

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

LARISSA TAVARES DE FREITAS

**AS PENAS *HUDUD* DO DIREITO MUÇULMANO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS**

**JOÃO PESSOA
2018**

LARISSA TAVARES DE FREITAS

**AS PENAS *HUDUD* DO DIREITO MUÇULMANO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof. Doutor Gustavo
Barbosa de Mesquita Batista

**JOÃO PESSOA
2018**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

F866p Freitas, Larissa Tavares de.

As Penas Hudud do Direito Muçulmano: uma análise crítica à luz dos Direitos Humanos / Larissa Tavares de Freitas. - João Pessoa, 2018.

85 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito Muçulmano. 2. Shari'a. 3. Penas Hudud. 4. Direitos Humanos. 5. Compatibilização. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

LARISSA TAVARES DE FREITAS

AS PENAS *HUDUD* DO DIREITO MUÇULMANO:
Uma análise crítica à luz dos Direitos Humanos

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Barbosa de
Mesquita Batista

DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE NOVEMBRO DE 2018

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)


Prof. Ms. EDUARDO DE ARAUJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)


Prof. Dr. MARLENE HELENA DE OLIVEIRA FRANÇA
(AVALIADORA)

À minha avó, Neuza Tavares Soares.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Claudiane e Medeiros, e à minha irmã, Ana Luiza, pela atenção diário sem a qual nada disso seria possível. Obrigada por acreditarem incondicionalmente no meu potencial, principalmente quando eu falho nessa tarefa, e por permitirem, sem medir esforços, que eu vivesse experiências que me fizeram chegar até o presente trabalho e à pessoa que eu sou hoje.

À minha família, principalmente meus primos, que eu sempre tive a sorte de ter como um constante ponto de apoio.

Aos meus amigos, irmãos por escolha, sem os quais toda a minha educação, seja na escola ou na universidade, teria sido bastante cinza. Crescer com vocês foi e continua sendo um privilégio que eu reconheço e valorizo.

A Bianca, Carolina, Elizabeth, Rafaella, Raquel e Paulo, pelo companheirismo e torcida de toda uma vida, a Juliana, por ser uma amiga incrível e uma ótima editora, a Ibrahim e Thiago, pelo alívio cômico e pela atenção, sempre demonstrada de nosso jeito peculiar, a William, pelo suporte permanente e cuidado mútuo sem o qual tudo seria mais complicado, e a Ylana, cuja parceria fez todo o processo mais divertido.

Às minhas amigas, Camila, Deise, Luísa e Renata, e a todos os meus colegas de trabalho que serviram de incentivo diário, principalmente pela compreensão.

Ao meu orientador, Professor Gustavo Barbosa de Mesquita Batista, pelo entusiasmo com o tema desde o início do processo e por todas as orientações e disponibilidade, e a todos os professores que me impactaram positivamente, servindo de inspiração e contribuindo para a minha formação acadêmica e pessoal.

O mesmo se aplica a Viviane e a todos aqueles que fizeram parte da minha trajetória com oportunidades, apoio e ensinamento. A todos, meus mais verdadeiros agradecimentos.

**“Ele queria que nós nos inspirássemos em
nossos grandes heróis, mas de um modo
adequado a nossos tempos: com canetas,
não com espadas. Assim como Khattack
desejou que os patchuns se unissem contra
um inimigo estrangeiro, nós devemos nos
unir contra a ignorância.”**

Malala Yousafzai

RESUMO

A presente monografia versa sobre o Direito Penal Muçulmano, mais especificamente sobre as penas fixas da área criminal islâmica. Analisa-se como estas penalidades, que constituem os castigos corporais de açoite, amputação e pena capital, violam os Direitos Humanos, ilustrados aqui através dos instrumentos internacionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Contudo, para chegar a esta discussão estuda-se a origem do Islã e do Direito Muçulmano, bem como suas quatro fontes: o Alcorão, a Sunna, o consenso e o processo analógico. Estuda-se, também, a organização interna do Direito Penal Muçulmano, com a averiguação da divisão deste ramo feita pela ciência jurídica islâmica, que se dá, em diferença do ordenamento brasileiro, com base nas penas a serem aplicadas, não com relação à matéria violada pelos crimes em questão. De tal feita, a categoria das penas fixas junta-se a outra duas, a das penas *qysas*, aplicadas aos delitos de homicídio e lesão corporal, e aquela dos castigos *ta'azir*, que, por sua vez, abrangem os crimes que não se encaixam em nenhum dos dois primeiros grupos. Uma análise dos referidos dispositivos de Direitos Humanos deixa clara a incompatibilidade entre esta seara do Direito e as penas fixas impostas pelo Direito Muçulmano. Propõe-se uma reinterpretação da Shari'a, redirecionando sua análise aos seus próprios princípios, que em sua literalidade são brandos e compatíveis com as normas internacionais. Isto permitiria a abolição das penas corporais e a troca destas por penalidades alternativas, sem questionar ou contrariar a Lei Sagrada. Além disso, propõe-se uma maior participação dos países de maioria islâmica na elaboração dos instrumentos normativos de matéria de Direitos Humanos, de modo que se desconstrua a ideia de que estas regras fundamentais são apenas fruto e instrumento de influência do ocidente. Para tal, utiliza-se uma metodologia que combina uma abordagem exploratória, que se apresenta através da análise bibliográfica, virtual e legal de dispositivos, doutrina e textos sagrados, com um tratamento interpretativo e qualitativo dos recursos estudados. Dentre os principais autores utilizados, cita-se Joseph Schacht, Francesco Castro, Mark A. Gabriel, Massimo Papa e Rudolph Peters. As alternativas propostas para o empasse trazido tornam-se necessárias haja vista a tendência mundial presente e futura de tutela e ampliação dos Direitos Fundamentais, bem como os crescentes conflitos internacionais em regiões de maioria islâmica.

Palavras-chave: Direito Muçulmano. Shari'a. Penas *hudud*. Direitos Humanos. Compatibilização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DIREITO MUÇULMANO	12
2.1 A ORIGEM DO DIREITO MUÇULMANO	13
2.1.1 Definições de Direito Muçulmano e Shari'a	15
2.2 AS FONTES DO DIREITO MUÇULMANO	18
2.2.1 O Alcorão	20
2.2.2 A <i>Sunna</i>	22
2.2.3 A <i>Ijma</i>	24
2.2.4 O <i>Qyias</i>	25
3 A PERSPECTIVA CRIMINAL	27
3.1 A VISÃO GERAL DO DIREITO PENAL MUÇULMANO	28
3.2 A ESTRUTURAÇÃO INTERNA DO DIREITO PENAL MUÇULMANO	30
3.2.1 As Penas <i>Qysas</i>	32
3.2.2 As Penas <i>Ta'azir</i>	36
3.2.3 As Penas <i>Hudud</i>	38
4 DAS PENAS FIXAS DO DIREITO PENAL MUÇULMANO	42
4.1 RELAÇÃO SEXUAL ILÍCITA (<i>ZINÀ</i>)	42
4.2 FALSA ACUSAÇÃO DE RELAÇÃO SEXUAL ILEGAL (<i>QADHF</i>)	46
4.3 EMBRIAGUEZ (<i>SHURB AL-KHAMR</i>)	48
4.4 FURTO (<i>SARIQA</i>)	50
4.5 PERTURBAÇÃO DA PAZ (<i>HARABA</i> OU <i>QAT 'AL-TARIQ</i>)	53
4.6 APOSTASIA (<i>RIDDA</i>)	55
4.7 TRANSGRESSÃO (<i>BAGHI</i>)	56
5 ANÁLISE CRÍTICA DAS PENAS FIXAS DO DIREITO PENAL MUÇULMANO À LUZ DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	59
5.1 DA ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS E DA PERCEPÇÃO ISLÂMICA	59
5.2 VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS PROMOVIDAS PELAS PENAS <i>HUDUD</i>	65
5.2.1 Punição Cruel, Desumana e Degradante	67
5.2.2 Direito à Vida	69
5.2.3 Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião	70
5.2.4 Direito à Privacidade	72

5.2.5 Direito à Igualdade	72
5.3 DESCONSTRUÇÃO DAS DEFESAS ISLÂMICAS E ALTERNATIVAS NO TRATO DAS PENAS <i>HUDUD</i>.....	75
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia discute a compatibilidade entre o Direito Penal Muçulmano e os Direitos Humanos internacionalmente tutelados. Mais precisamente, analisar-se-á a harmonia entre as penas fixas do Direito Islâmico, notadamente as mais ortodoxas e diferentes dos castigos comumente aplicados por ordenamentos jurídicos ocidentais como o brasileiro e o americano.

Entende-se por Direito Muçulmano, ou Shari'a, o direito vigente para os povos islâmicos de determinada região, pessoas aqui vistas como cidadãos-fieis, haja vista a inseparabilidade do ordenamento jurídico e da religião, que influencia, em verdade, todos os âmbitos do foro interno e externo da sociedade muçulmana.

Analisar-se-á que esta conexão religioso-jurídica é ainda mais estreita na seara do Direito Criminal Muçulmano, pois toda a efetividade normativa e punitiva dele deve, obrigatoriamente, advir das fontes sagradas do Islã. As penas fixas, assim como aquelas aplicadas aos crimes de homicídio e lesão corporal, e aquelas deixadas à discricionariedade do juiz, compõem a organização interna deste âmbito da ciência jurídica, sendo o foco caracterizador os tipos de punição em vez da matéria a ser discutida.

Cabe ao presente trabalho investigar quais os subsídios internos para a aplicação das sanções do primeiro grupo, a dos castigos fixos, e como esta conduta estatal é recebida no âmbito internacional dos Direitos Humanos, pois trata-se de castigos corporais, prática há muito abolida e atualmente amplamente repreendida por ordenamentos jurídicos externos ao contexto islâmico.

O problema da compatibilização entre esses dois universos vem à baila, por sua vez, em virtude da constante globalização, que vem intensificando tanto as relações interestatais quanto os relacionamentos intrapessoais de toda a Comunidade Internacional. Além disso, é indiscutível que o mundo caminhe em direção a uma tutela cada vez maior dos Direitos Humanos, entendidos aqui como garantias de todas as pessoas, inerentes às suas próprias condições de seres humanos.

Sendo assim, há de se questionar: qual espaço ocuparão os países de maioria muçulmana neste contexto se essa aparente incompatibilidade for confirmada? Até onde a liberdade religiosa e a soberania dos países podem ser consideradas razões para a exclusão da responsabilidade dos atores que incorrerem

em condutas inadequadas? E, por fim, qual o caminho sugerido para que haja, de fato, uma conformidade entre ordenamentos distintos sem a opressão que pode surgir da ideia parcial de universalidade, promovendo o respeito e a integração das peculiaridades da realidade de cada cultura envolvida?

Essas discussões mostram-se pertinentes, pois, apesar de parecer distante do contexto brasileiro, trata-se de matéria cada vez mais difundida em um espectro global, principalmente em virtude da atual crise migratória que assola a sociedade e dos crescentes conflitos internacionais ocorrendo em países de maioria islâmica, que frequentemente acarretam na desproteção de Direitos Fundamentais. É importante que as informações que cheguem aos cidadãos alheios a essa realidade sejam trazidas de maneira responsável e fidedigna, de modo a promover o conhecimento e a empatia ao invés do preconceito e da estereotipação de toda uma cultura que abrange um grande número da população mundial.

Ademais, durante intercâmbio realizado na Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, na Itália, no ano de 2017, esta autora teve a oportunidade de estudar sobre o tema, ocasião na qual pôde adquirir uma visão geral do Direito Muçulmano e dos países islâmicos, em disciplina ministrada pelo professor Massimo Papa, autor de uma das obras utilizadas como base para o presente trabalho.

Na experiência de estudo fora do Brasil, constatou-se que é imprescindível que a Comunidade Internacional como um todo contribua para a resolução pacífica de conflitos que envolvam ou ameacem a égide dos Direitos Humanos, de modo que a academia brasileira não deve isentar-se do estudo do tema. Esta relevância foi ratificada pela vivência do problema da crise migratória a olho nu, bem como da percepção dos diversos desdobramentos práticos da desinformação e da recorrência irresponsável a um lugar-comum quando do tratamento de toda população.

Quanto à metodologia do presente trabalho, trata-se de uma pesquisa exploratória, cujo objetivo é familiarizar o leitor com os conceitos do Direito Penal Muçulmano para que, ao final, se possa fazer uma análise mais aprofundada de um de seus tópicos específicos. Isto se dá através de uma abordagem qualitativa, pela qual objetiva-se a discussão do problema, e interpretativa.

Resta, ainda, pontuar que as técnicas aqui utilizadas foram, majoritariamente, as bibliográfica, virtual e legal. As duas primeiras, através da análise da doutrina especializada em formato de livros, dissertações, artigos, tanto

físicos quanto virtuais, e a terceira, através da interpretação de dispositivos legais pertinentes ao tema, tanto no âmbito do Direito Islâmico, como o Alcorão, como do Direito Internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Para buscar a solução dos problemas propostos, iniciar-se-á por uma análise histórica do surgimento do Direito Muçulmano e do Islã enquanto religião, de modo que se possa perceber a intrínseca conexão existente entre estas duas esferas. Além disso, apresentar-se-á as principais fontes do Direito Muçulmano. A compreensão do papel e da força normativa de cada uma é imprescindível para a problematização que o presente trabalho se propõe a fazer.

Em seguida, discutir-se-á a organização interna do Direito Penal Muçulmano, como foco na distinção entre os três grupos de penas que ele possui, qual seja: as penas fixas (*hadd*), aquelas aplicadas a crimes de lesão corporal e homicídio (*qysas*) e aquelas deixadas à discricionariedade do juiz (*ta'azir*).

No terceiro capítulo, por sua vez, dar-se-á uma pesquisa mais específica da aplicação do primeiro grupo de penas da Shari'a, através do apontamento da peculiaridade dos sete crimes aos quais elas podem ser imputadas, que são relação sexual ilícita, denúncia falsa de relação sexual ilícita, embriaguez, furto, perturbação da paz, apostasia e transgressão, bem como dos institutos dos quais elas se originam. Trata-se de penalidades corporais que podem variar entre diferentes modalidades de açoites, amputações e penas capitais.

Por fim, examinar-se-á estes regramentos à luz dos Direitos Humanos, argumentando-se, de maneira polida e imparcial, que há incompatibilidade que deve ser urgentemente combatida. Serão investigadas alternativas à interpretação da Lei Divina islâmica, com a defesa de uma reinterpretação respeitosa da Shari'a de modo a permitir a mudança legal das penas a serem aplicadas, e ao papel desempenhado pelos Estados de maioria muçulmana no plano internacional.

2 O DIREITO MUÇULMANO

Predominante em países do lado oriental do globo, o Direito Muçulmano que chega ao contexto brasileiro, notadamente fora do âmbito da academia, é muitas vezes permeado por incertezas e impressões, fontes de conhecimento que podem carecer de base não apenas jurídica, haja vista tratar-se de um conjunto de normas, mas também cultural e sociológica.

De fato, é fácil notar o “truísmo” existente na ideia de que ordenamentos ocidentais e grupos societários sob a égide do Direito Islâmico são incongruentes, principalmente quando observamos questões de mais visibilidade, como o tratamento reservado à porção feminina da população e o reconhecimento de direitos civis.¹ Esta perspectiva, inclusive, torna-se ainda mais evidente quando falamos de matéria do âmbito criminal. Como bem afirma Massimo Papa², professor e pesquisador italiano:

I tanti stereotipi che ruotano intorno al termine shari'a (diritto coranico, legge degli arabi) hanno spesso ingenerato (e continuano a produrre) una serie di equivoci che impediscono di poter offrire un giudizio trasparente e leale sulle vicende che coinvolgono una delle tre grandi religioni della storia dell'umanità, una fede che è in grado di coprire una vastissima área del pianeta, dal nord del Mediterraneo e Medio Oriente sino al Sudest asiatico, dall'Africa centrale sino ad alcuni Stati sorti dall'ex repubblica dell'Unione Sovietica, senza considerare l'incessante fenomeno delle grandi migrazioni di popolazioni di fede musulmana verso l'Europa e gli altri paesi occidentali.³

Isso implica dizer, em outras palavras, que compreender tal falta de informação como fruto da diversidade de contextos nos quais e através dos quais esses diferentes ordenamentos se originam é natural. Contudo, é importante combatê-la e encará-la com responsabilidade, de modo que possamos caminhar para uma comunidade internacional mais tolerante e instruída.

¹ KELLY, Michael J. Islam & International Criminal Law: a Brief (In) Compatibility Study. **Pace International Law Review Online Companion**. [S. l.], 1 mar. 2010. p. 3. Disponível em: < <https://digitalcommons.pace.edu/pilronline/8/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

² PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 7.

³ Tradução livre: “Os tantos estereótipos que rodam em torno ao termo shari’a (direito corânico, lei dos árabes) frequentemente geraram (e continuam a produzir) uma série de equívocos que impedem o oferecimento de julgamentos transparentes e leais sobre os eventos que envolvem uma das três grandes religiões da história da humanidade, uma fé que é capaz de cobrir uma área vastíssima do planeta, do norte do Mediterrâneo e Oriente Médio até o sudeste asiático, da África Central a alguns Estados nascidos da antiga União Soviética, sem considerar o incessante fenômeno das grandes migrações de populações de fé muçulmana para a Europa e outros países ocidentais.”

Para tal, é condição *sine qua non* o esclarecimento de aspectos basilares da organização do aparato jurídico que norteia e estrutura o Direito Muçulmano, bem como sua origem e suas principais características, conceitos e institutos, dentre os quais as várias acepções das próprias expressões “direito muçulmano” e “shari’a”, conforme demonstrar-se-á a seguir.

2.1 A ORIGEM DO DIREITO MUÇULMANO

Para entender de onde vêm os preceitos e as regras do Direito Muçulmano é imprescindível compreender como se deu a origem da própria religião islâmica. Isto porque a linha divisória entre os âmbitos político, jurídico e religioso das sociedades islâmicas é, por vezes, bastante tênue, sendo as intercessões nítidas e parte importante da cultura na qual todo este grupo se insere.

Neste campo do estudo da ciência jurídica, a palavra-chave é revelação (*naql*) e as principais personagens são Alá e Muhammad, o Profeta. Todo o sistema religioso, bem como os aglomerados culturais, políticos e jurídicos posteriores, baseiam-se na figura de Maomé, órfão nascido em 570 D.C. e pertencente à tribo dos *Quraysh*. De acordo com a tradição islâmica, em 610 ele recebeu a primeira revelação do Arcanjo Gabriel, virando o Mensageiro de Alá entre os homens.⁴

Isso se dá no contexto das antigas sociedades árabes, na época controladas por diversos grupos locais que funcionavam à semelhança do que entendemos por comunidades tribais. Neste momento, a hierarquia social era ditada pela imponente do vínculo sanguíneo e da efetiva participação societária, com uma sobreposição do “nós” em detrimento do “eu”. Aqui, todas as decisões tomadas possuíam um aspecto consuetudinário, pois eram nada mais que a aplicação dos preceitos morais passados de geração em geração.⁵

Naturalmente, a difusão e proliferação de acontecimentos com proporções tão magnânimas quanto uma revelação divina provocou alterações no *status quo*, o que resultou em hostilidades por parte daqueles que detinham o controle – a oligarquia mercantilista de Mecca. A pressão desses impulsionou o

⁴ ACQUARONE, Lorenza. et. al. **Sistemi Giuridici Nel Mondo**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 286.

⁵ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 10.

jovem Profeta a procurar refúgio na cidade de Yarthrib, posteriormente denominada Medina (cidade do profeta).

Contudo, os esforços para impedir a divulgação das palavras reveladas não foram bem sucedidos. Neste momento, a credibilidade dada ao Profeta era tanta que surgiu em Medina a primeira comunidade daqueles que creem, a *umma*, grupo que se via com superioridade por julgarem estar mais próximos de Deus. A ideia norteadora da religião é de que através da *naql* se dá a liberação da ignorância das sociedades pré-islâmicas acontece.⁶

Esse movimento persiste e se fortalece à medida que continuam as revelações, que se deram até a morte de Maomé, em 632. Mas a consagração da comunidade islâmica como tal vem em 637, quando da expulsão da comunidade hebraica de Medina. Neste ponto os seguidores de Maomé já utilizavam seus dizeres e hábitos como fonte reguladora de suas condutas morais e sociais, vendo nele o mais próximo que os homens conseguiriam chegar à santidade de Alá. Aqui dá-se a mudança mais significativa no panorama da época: a união societária pelo vínculo de sangue é sucedida pela união de uma única fé, o Islã. Dentro da *umma*, os cidadãos desligam-se de seus laços de parentesco e vinculam-se individualmente a direitos e deveres oriundos de seu status de indivíduo-crente⁷, condição inseparável.

Dali em diante ocorre uma fusão entre o que era visto como religião, direito e política, principalmente em virtude do crescimento da *umma*, que funcionava em um regime de submissão total aos ditos de Maomé. Isto porque a revelação continha mensagens de nítido cunho jurídico, como será posteriormente explicitado, e também porque, após a sua morte, cabia apenas aos sucessores (califas) do Profeta guiar e controlar a sociedade.

Apesar da pouca formalidade na transmissão dos dizeres do profeta, a *umma* já era vista e entendida como regida por Deus através dele. Essa ideia é ilustrada com preciosidade por Lorenzo Ascanio⁸, que diz que:

La *umma* è governata da Dio. Egli è il re (*Allah al-malik*) e detiene il potere sul suo popolo, senza alcuna forma di mediazione. Il rapporto tra divino e umano è, infatti, diretto, non potendo esistere intermediari in grado di interpretare la volontà del Creatore. L'uomo è solo innanzi al giudizio ultimo

⁶ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 12.

⁷ Ibid., p. 10 – 13.

⁸ Ibid., p. 12.

di Dio rispetto alle sue azioni; Allah conosce tutto, sino al più intimo e recondito angolo della coscienza del singolo essere umano. A quest'ultimo non rimane che l'abbandono innanzi alla sua potenza infinita e alla sua misericordia.⁹

Resta evidente o poder completo de controle que a religião exerce naqueles que creem. Trata-se de uma submissão total de todos os aspectos da vida dos crentes, até mesmo de seus pensamentos, haja vista a onipotência e onisciência de Alá. O que os fiéis devem ter como norte, para viverem como tais, é que o Islã, como lei e religião, requer a performance de “atos cerimoniais”, sendo qualquer conduta considerada insignificante tanto religiosa quando juridicamente caso por trás dela não haja atos de compaixão e caridade pelos outros.

Essa linha de pensamento é retratada frequentemente no Alcorão, livro sagrado codificado durante o terceiro Califado que reúne as revelações do Profeta. Em seus primeiros versículos, por exemplo, lê-se: “eis o livro que é indubitavelmente a orientação dos tementes a Deus; que creem no incognoscível, observam a oração e gastam daquilo com que os agradamos; que creem no que te foi revelado (ó Muhammad)”¹⁰.

É com o advento do Livro Sagrado, a ser examinado em detalhes adiante, que podemos discutir a existência de um Direito Muçulmano concreto e mais próximo das concepções ocidentais de um ordenamento jurídico.

2.1.1 Definições de Direito Muçulmano e Shari'a

Sabendo da construção histórica que levou à criação do Direito Muçulmano, há de se discutir exatamente no que ele, enquanto ordenamento jurídico, consiste e através de quais pontos de vista pode ser examinado.

Aqui prevalece o entendimento de que o Direito Islâmico diz respeito a um conjunto de tradições emanadas do próprio Alá, e não a um poder construído pelo intelecto e esforço societário humano, haja vista a impotência deste em confronto

⁹ Tradução livre: “a *umma* é governada por Deus. Ele é o rei (*Allah al-malik*) e detém o poder sobre seu povo, sem nenhuma forma de mediação. O relacionamento entre divino e humano é, na verdade, direto, não podendo existir intermediários capazes de interpretar a vontade do Criador. O homem está apenas diante do juízo último de Deus no que diz respeito às suas ações; Alá conhece tudo, até o mais íntimo e recôndito ângulo da consciência de todo ser humano. A este último não resta outra opção que não seja abandonar-se diante da Sua infinita potência e misericórdia.”

¹⁰ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html> >. Acesso em: 25 ago. 2018.

com a relevância Daquela. A partir disto, é na Shari'a que se dá a consolidação da união religiosa, ética e jurídica entre Deus, aqueles que creem e sua comunidade.¹¹

A popularidade deste termo, principalmente no ocidente, muitas vezes não reflete seus múltiplos significados. Isto porque a Shari'a pode ser entendida e interpretada de três pontos de vista diversos, mas extremamente conectados. A própria palavra em árabe significa “a estrada, o caminho que conduz à fonte de salvação”, passando a ideia de que apenas através dela o crente muçulmano estaria seguindo o caminho de Deus. De um segundo ponto de vista, Shari'a é entendida como via revelada apenas aos muçulmanos com diretrizes acerca de sua conduta humana, entendida como foro externo, e de sua consciência, que seria o foro interno. Por último, em sentido estrito, trata-se de fato da lei religiosa dos povos islâmicos, oriunda de Deus e organizada para controlar a vida em sociedade.¹²

Ela caracteriza-se, notadamente, por sua exclusividade, personalidade, imutabilidade, sacralidade, extraterritorialidade e seu aspecto confessional e ético. Além de intuir-se que a Shari'a é sacra e imutável em virtude de sua origem divina, por este mesmo motivo cabe exclusivamente a ela a disciplina de várias matérias dos mais diversos âmbitos, dentre os quais o jurídico.

A ética, por sua vez, aparece como reflexo da grande carga moral que esse sistema traz desde sua origem. Ademais, sua eficácia territorial está, em teoria, mais ligada à localização daqueles que creem do que às fronteiras resultantes da soberania dos Estados – é deste pensamento que vem a ideia de personalidade. A Shari'a é carregada pelos fiéis para onde eles forem.¹³

Essa linha de pensamento sobre a conceituação da Lei Islâmica e seus aspectos caracterizadores é reiterada por Ahmed Akgunduz¹⁴, que preciosamente a define como:

(...) the general name given to Islamic Law and refers to the body of Islamic Law. It means “way” or “road to the water source,” “path to be followed”, “the way to the source of life” and it is the legal framework within which the public and private aspects of life are regulated for those living in a legal system based on Islamic principles of jurisprudence and for Muslims living outside the borders of an Islamic country. (...) refers to the Islamic law, includes the totality of God's commandment, and deals with many aspects of day-to-day

¹¹ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 15.

¹² Ibid., p. 16.

¹³ Ibid., p. 19 – 20.

¹⁴ AKGUNDUZ, Ahmed. **Introduction to Islamic Law**: Islamic Law in Theory and Practice. Roterdã: IUR Press, 2010. p. 19.

life, including politics, economics, banking, business, contracts, family, sexuality, hygiene, and social issues. (...) This definition includes matters of conduct (*'amalyyât*) as well as matters of belief (*i'tiqâdiyyât*) and of ethics (*akhlâqiyyât*)¹⁵.

A concepção de Direito Muçulmano ou Direito Islâmico, por seu turno, também recebe três interpretações. Este pode ser entendido, primeiramente, como *fiqh*, “conhecimento profundo” em árabe¹⁶, parte da Shari’a que regula as atividades do foro externo daqueles que creem tanto em relação a Deus quanto a ele mesmo e aos outros. Por um segundo viés, trata-se, mais especificamente, da parte realmente jurídica da *fiqh*, com complemento do conteúdo de direito público alheio àquela. Ademais, tal expressão pode também ser vista como o direito vigente para determinado grupo de muçulmanos de uma região, enquadrando-se aqui a parcela da *fiqh* que não caiu em desuso e o direito consuetudinário local, mesmo que não conectado com o islamismo.¹⁷

Dito isto, é importante mencionar que através da superioridade Dele e do alcance de Seu poder sobre a vida daqueles que creem, todas as condutas humanas são enquadradas em um sistema qualitativo no qual a elas são atribuídos valores ou “desvalores” normativos. As atitudes dos fiéis, de acordo com os ensinamentos corânicos, podem ser classificadas em cinco categorias: obrigatórias (*fard*), proibidas (*haram*), recomendáveis (*mustahadd*), reprováveis (*makrub*) e lícitas (*habal*).¹⁸

Percebe-se aqui o caráter impositivo e controlador da revelação, o que se podia constatar mesmo antes da concepção desta sistema como jurídico ou da instalação de um poder coercitivo organizado. De fato, a evolução das profecias de Maomé deu-se paulatinamente, culminando no esquema de fontes construído e estruturado pela *fiqh*, vocábulo também entendido como ciência do Direito Islâmico, a atuação humana do cientista jurídico das leis islâmicas.

¹⁵ Tradução livre: “(...) o nome genérico dado à Lei Islâmica, referindo-se também ao corpo dela. Significa “caminho” ou “estrada à fonte de água,” “trajeto a ser seguido,” “caminho para a fonte de vida” e é também a moldura dentro da qual os aspectos públicos e privados da vida daqueles que vivem dentro de um sistema baseado em princípios islâmicos de jurisprudência e daqueles muçulmanos que vivem fora das fronteiras de um país islâmico são regulados. (...) refere-se à Lei Islâmica, incluindo a totalidade dos comandos de Deus, e lida com vários aspectos da vida cotidiana, incluindo política, economia, sistema financeiro, negócios, contratos, família, sexualidade, higiene e questões sociais. (...) Esta definição inclui questões de conduta (*'amalyyât*), assim como questões de crença (*i'tiqâdiyyât*) e de ética (*akhlâqiyyât*).”

¹⁶ AKGUNDUZ, Ahmed. **Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice**. Roterdã: IUR Press, 2010. p. 20.

¹⁷ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 3.

¹⁸ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 17.

Toda essa transição, passo base para a construção do estado atual que nos permite discutir os delitos oriundos do texto corânico à luz dos princípios dos Direitos Humanos, é definida por Nilo Batista¹⁹ da seguinte forma:

No início tratava-se apenas de ler o Corão, de memorizar os preceitos divinos. Só mais tarde, graças à reconstrução das obras, das sentenças, das palavras e dos silêncios, em suma, das orientações e esclarecimentos que em sua movimentada vida o profeta ministrara, reconstrução essa fruto de um esforço e uma dedicação fantasticamente minuciosos que resultarão na Sunna, e graças também a um dosado e escrupuloso emprego da dedução analógica (*qiyás*) (...). O direito islâmico pretende regulamentar de forma ampla e totalizante (suas lacunas espelham tão somente a ignorância ou incompreensão humana) e a vida (e o após-a-vida) dos crentes, sendo, (...), um direito pessoal.

É importante para a discussão que o presente trabalho se propõe a fazer a compreensão de que se trata de normas imperativas vistas como infalíveis e inquestionáveis em virtude de sua origem divina. Estas condições estabelecidas aplicam-se a todas as áreas do Direito, tendo especial relevância no âmbito criminal, como analisar-se-á em capítulos posteriores.

Parte-se agora para a análise de cada uma das fontes formais do Direito Muçulmano, quase em sua totalidade mencionadas no texto acima, quais sejam: o Alcorão, a Sunna, o *Qiyás* e a *Igmà*.

2.2 AS FONTES DO DIREITO MUÇULMANO

O estudo do funcionamento e da organização hierárquica das fontes do direito muçulmano é imprescindível para a compreensão de qualquer problematização que se proponha fazer em matéria de Direito Muçulmano. Isto porque elas, além de servirem como base para a construção dos ordenamentos, também regem os ideais morais e sociais de toda a *umma*.

Inicialmente, pensou-se que, pela sua proposta de completude e infalibilidade, o próprio Texto Sagrado e apenas ele conteria credibilidade e conteúdo suficiente para reger a vida dos crentes. No entanto, com o passar do tempo lacunas passaram a ser descobertas e a necessidade de completa-las impulsionou o desenvolvimento de outras nascentes normativas. O raciocínio,

¹⁹ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 148.

porém, permaneceu o mesmo: manter os cânones morais, religiosos, políticos e jurídicos o mais próximo possível dos ensinamentos divinos. Isto culminou em um minucioso reexame dos feitos e silêncios de Maomé, entendido como o homem mais próximo a Deus e desta atividade intelectual surge a *Sunna*.

Ademais, permanecendo embates não resolvidos na prática do ordenamento jurídico, perdurou também a busca por respostas alternativas que dessem funcionalidade ao Poder Jurídico sem implicar no desrespeito às regras já estabelecidas. Aqui tem lugar a *ijma*, o *qiyas* e a *urf*.

A subordinação e hierarquização destas fontes dão-se, naturalmente, com base na origem de cada uma, na amplitude do impacto delas na vida dos muçulmanos da comunidade islâmica e até mesmo na ordem em que elas se consolidam. De todo modo, a construção da pirâmide dá-se com as fontes diretas, o Alcorão e a Sunna, no topo, enquanto as fontes indiretas, fruto do esforço humano da *fiqh*, ocupam lugar inferior.²⁰ Por último, encontram-se fontes cuja validade não é unanimemente aceita, como a '*urf*, *istishab*, *istishaan* e *maslahah mursalah*.²¹

Esta divisão também pode ser entendida, nas palavras de Mohamed Elewa Badar²², como entre fontes primárias e subordinadas. As primeiras seriam as fundadoras da Shari'a em sentido estrito, puramente legal, e as segundas, aquelas alcançadas através da dedução, entendidas aqui como parte formadora jurisprudência islâmica.

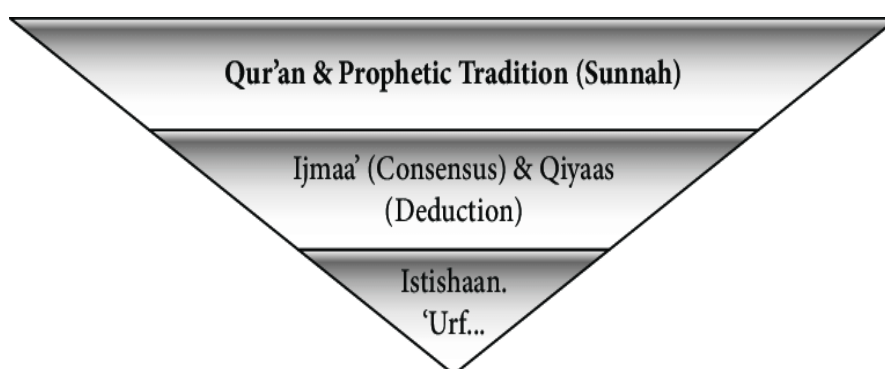


FIGURA 1²³ – Hierarquia das fontes do Direito Muçulmano.²⁴

²⁰ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 12.

²¹ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 417.

²² Ibid., p. 414.

²³ USTAOGU, Murat; INCEKARA, Ahmet. The First Step Towards Islamic Finance: Separation of Secularism and the Islamic Agenda. **Islamic Finance Alternatives for Emerging Economies: Empirical Evidence from Turkey**. Nova York: Palgrave Pivot, 2014. p. 44.

As peculiaridades de cada uma das fontes serão demonstradas a seguir, com análise mais profunda do Alcorão haja vista a sua relevância para a presente problemática. É através de sua compreensão que teremos a perspectiva interna do processo de imposição de suas leis, notadamente aquelas de Direito Penal, papel, por sua vez, importante para que possamos ter uma visão mais clara do problema quando diante do contexto dos Direitos Humanos.

2.2.1 O Alcorão

A fonte primeira e inquestionável do Direito Muçulmano é o Alcorão. O livro sagrado, indivisível, infalível e inquestionável para o cidadão-fiél, é fruto da coleta das revelações recebidas por Maomé através do Anjo Gabriel, o que se deu de forma isolada e em breves intervalos no curso de 23 anos.²⁵

Primeiro livro escrito em árabe, a escritura sagrada dos muçulmanos não é dividida por matérias ou em ordem cronológica, mas sim pelo tamanho de seus capítulos, chamados de Surata, passando dos maiores para os menores. Além disso, todo o texto é feito em discurso direto, com exceção da primeira *Sura*, representando a exata conversa entre Maomé e Alá.²⁶

É importante perceber que se trata de algo distantes da ideia comumente associada a códigos normativos ocidentais, com artigos espalhados por diversos capítulos. Como bem afirma Mohamed Elewa Badar²⁷, trata-se de um livro-guia de todos os aspectos da vida dos muçulmanos, cujos ensinamentos se apresentam através de apontamentos de cunho majoritariamente moral. O mesmo pensamento é reiterado por Lorenzo Ascanio²⁸, que, de maneira interessante, assevera que:

Va naturalmente sottolineato che le norme contenute nel Corano non rispecchiano, nella forma in cui si presentano al lettore, un vero e proprio stile giuridico secondo i canoni conosciuti dal giurista occidentale, quanto piuttosto un insieme di obbligazioni, regole, ingiunzioni che si possono ricavare all'interno di rivelazioni a carattere morale-religioso; così si possono

²⁴ Tradução livre: "Alcorão e Tradições Proféticas (*Sunna*); *Ijmaa'* (consenso) e *Qiyas* (dedução); *Istishaan* e '*urf*'."

²⁵ CASTRO, Francesco. **II Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 13.

²⁶ Ibid., p. 13.

²⁷ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 415.

²⁸ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 30.

individuare norme estremamente chiare e precise, pertanto non suscettibili di alcuna interpretazione (...).²⁹

Ressalta-se que, apesar desta mencionada clareza, é possível atestar com facilidade a existência de contradições no texto corânico. Porém, o que poderia gerar insegurança jurídica ou incertezas quanto à falibilidade da revelação é apenas visto como outro aspecto do poder discricionário absoluto de Deus: apesar de conhecer, pela sua onisciência, todo o conteúdo da escritura, se for de Seu desejo, Alá pode modificar as regras previamente estabelecidas. Reina aqui a teoria da ab-rogação (*naskh*), através da qual se dá o cancelamento de uma regra pela substituição de outra posterior sobre a mesma matéria.³⁰

Seguindo o aspecto cronológico, apenas para fins explicativos, é possível dividir as revelações corânicas dois períodos distintos, intrinsecamente conectados com o conteúdo apresentado: aquele compartilhado pelo profeta quando em Mecca e aqueles feito quando em Medina.

Os versículos advindos da primeira época, quando do início das revelações, são de cunho religioso e moral, com especial atenção ao aspecto teológico³¹. Já aqueles cujo surgimento data da ocupação de Medina tratam, notadamente, de temáticas econômicas, políticas e jurídicas, o que nada mais é do que reflexo do momento que o Profeta vivia durante aquele tempo: o estabelecimento e organização da primeira *umma*.³²

Essa assertiva é ratificada por Francesco Castro³³, que afirma que esta mudança de enfoque acontece em virtude da nova posição ocupada por Maomé de chefe político do Estado que ele próprio criou. O autor pontua, inclusive, que as regras apresentadas neste momento são “profanas” por não abarcarem a religião puramente, ou por alcançarem preceitos jurídicos e de direcionamento de comportamentos através dos cânones religiosos e não com uso direto destes.

É apontado, também, que a parte efetivamente jurídica dos mandamentos corânicos é pequena em comparação com toda a sua extensão, tratando-se de

²⁹ Tradução livre: “É naturalmente entendido que as normas contidas no Alcorão não dizem respeito, quanto à forma em que são apresentadas ao leitor, ao verdadeiro e próprio estilo jurídico segundo os cânones conhecidos pelo jurista ocidental, mas sim a um conjunto de obrigações, regras, injunções que podem ser obtidas no interior da revelação com caráter moral-religioso; assim é possível individualizar normas extremamente claras e precisas, portanto não suscetíveis de interpretação.”

³⁰ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 32.

³¹ Ibid., p. 29.

³² Ibid., p. 30.

³³ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 14.

cerca de 500 versículos em um universo de mais de 6 mil. Dentro deste nicho, há ainda outras compartimentalizações, haja vista a amplitude das matérias a serem abordadas, das quais resultam cinco subgrupos: o das regras morais, o das normas dogmáticas, o daquelas com escopo cultural, o das regras alimentares e de vestuário, e, por último, o das regras jurídicas.

Neste último campo, aparecem outras micro categorias, dentre as quais o casamento, a imposição fiscal, o direito à guerra, e penas a serem aplicadas a crimes especificamente previstos. É destes últimos que se ocupará o presente trabalho, tanto do aspecto interno de eficácia e implementação, quanto do aspecto externo, quando diante das diretrizes adotadas pela comunidade internacional em matéria de Direitos Humanos, tema que tem se tornado cada vez mais importante, haja vista atual crise migratória na qual se encontram o continente europeu e os países de maioria muçulmana do Oriente Médio.

Ademais, a busca por novas fontes, todas subordinadas e submetidas aos crivos do Alcorão, partiu da constatação da fragmentação e complexidade do texto do Livro Sagrado. Até mesmo o vocabulário, muitas vezes obscuro, cooperou para a compreensão coletiva de que através dos dizeres corânicos e apenas deles essa pretensa completude jamais foi alcançada.

Desta feita, passa-se, então, ao exame da *Sunna*, a segunda fonte do Direito Muçulmano.

2.2.2 A *Sunna*

Com o “esgotamento” do Alcorão, a procura por um guia moral, político, religioso e jurídico passou a concentrar-se, como já mencionado, àquele dentre os homens que mais próximo chegou do divino, o profeta Maomé. Conforme Lorenzo Ascanio³⁴, isso se deu justamente em razão de seu status de “o melhor entre os homens, maior que os outros, que recebeu, através da revelação, a graça de ser o ser mais próximo à última verdade, tornando-se, assim, infalível (...) e iluminado da sabedoria a ele revelada por Deus”.³⁵

³⁴ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 34.

³⁵ Texto original: “(...) il migliore tra gli uomini; più di tutti gli altri, ha ricevuto, attraverso la rivelazione, la grazia di essere il più vicino alla verità ultima, così divenendo infallibile, (...) illuminato dalla sapienza rivelatagli da Dio”.

A palavra *sunna*, em árabe, significa “modo habitual de comportar-se”, de acordo com Francesco Castro.³⁶ No entanto, conforme o autor, é apenas com a consolidação do Islã que o termo representa a abreviação de *sunnat al-nabi*, que quer dizer, por sua vez, “*Sunna* do profeta”. Desta feita, para complementação da legislação islâmica e a consequente estruturação do sistema jurídico muçulmano, todas as atenções passam para Maomé, analisado aqui como homem, e não como Profeta. Nas palavras de Nilo Batista³⁷, este caminho é pertinente, pois “Maomé ouvira a Voz que lhe ditara o direito revelado, porém Maomé também ensinara, refletira, julgara, repreendera, pelejara, advertira, opinara, corrigira, comerciara, absolvera, orientara”.

No próprio Alcorão é possível perceber a carga normativa a ser depositava nos feitos e desfeitos do Profeta. O versículo 59:7³⁸, por exemplo, diz: “aceitai, pois, o que vos der o Mensageiro, e abstende-vos de tudo quanto ele vos proíba”. Na mesma linha, em 4:64³⁹ lê-se que “jamais enviaríamos um mensageiro que não devesse ser obedecido, com a anuência de Deus”.

Conforme Mohamed Elewa Badar⁴⁰, reina o entendimento de que a *Sunna* nada mais é do que uma revelação interna. A ideia é de que, ao ser inspirado por Deus, Maomé transmitiu os conceitos através de suas próprias palavras e opiniões ou dizeres (*hadith*).

Restando clara tal diretriz, pontua-se que foi apenas depois de três séculos da Hégira, a fuga de Maomé de Meca para Medina, que as tradições do Mensageiro passam a ter força jurídica de fontes do direito⁴¹, servindo tanto para complementar como para explicar os preceitos corânicos, principalmente graças aos esforços de Muhammad al-Shàfi’i, renomado jurista do Islã.⁴²

Aqui teve início um escrupuloso estudo de vários aspectos da vida de Maomé, dentre os quais suas opiniões e hábitos. Como explica Lorenzo Ascanio⁴³:

³⁶ CASTRO, Francesco. **II Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 15.

³⁷ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 149.

³⁸ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 05 set. 2018.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari’a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 415 – 416.

⁴¹ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 34.

⁴² CASTRO, op. cit., p. 15.

⁴³ PAPA, ASCANIO, op. cit., p. 35.

La parola (*qawl*), l'atto (*fi'l*), il silenzio (*sukut*) come tacita conferma o approvazione (*taqrir*), e più in generale, gli ammonimenti e le esortazioni rinvenibili dalla vita quotidiana del Messaggero prendono, pertanto, il nome di Sunna, letteralmente “modo abituale di agire”, “pratica”, “tradizione”.⁴⁴

O trabalho desenvolvido por um ramo dedicado da ciência do Direito Islâmico a partir de então voltou-se não apenas ao conteúdo dos dizeres do Mensageiro, mas também e principalmente à análise da credibilidade da origem destes *hadith*. Levando-se em conta que o compartilhamento da tradição se dá através de cadeias de transmissores que remontam ao tempo do próprio profeta, existe uma complexa discussão acerca da relevância social, religiosa e jurídica a ser dada a cada uma delas. Vigora, inclusive, um sistema de classificação, de acordo com o qual a fiabilidade das informações é valorada, podendo elas serem *sahih* (sãs ou exatas), *hasan* (belas) ou *da'if* (doentes ou fracas).⁴⁵

Vale ressaltar, também, sem adentrar no mérito da relevância desta divisão, que é da confiança dada à cadeia dos transmissores dos *hadith*, bem como da discussão acerca das regras de sucessão do califado islâmico, que advém a cisão entre sunitas e xiitas.⁴⁶

2.2.3 A *Ijma*

A *ijma*, originalmente *ijma' al-umma*, é a primeira fonte do Direito Muçulmano oriunda do esforço de compreensão humano. Ela representa, de acordo com a tradição, o consenso da comunidade islâmica.⁴⁷

Naturalmente, vários pontos não de ser questionados em tal definição, principalmente pois o embasamento de sua existência não se dá no Alcorão, mas sim em uma suposta fala de Maomé, uma vez que a ele é atribuído o discurso de que à comunidade muçulmana é impossível entrar em acordo sobre um erro.⁴⁸

⁴⁴ Tradução livre: “A palavra (*qawl*), o ato (*fi'l*), o silêncio (*sukut*) como confirmação tácita de aprovação (*taqrir*) e, de maneira mais genérica, as advertências e exortações originárias da vida cotidiana do Mensageiro recebem, portanto, o nome de *Sunna*, literalmente ‘modo habitual de agir’, ‘prática’, ‘tradição’.”

⁴⁵ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 16.

⁴⁶ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 35.

⁴⁷ KELLY, Michael J. Islam & International Criminal Law: a Brief (In) Compatibility Study. **Pace International Law Review Online Companion**. [S. l.], 1 mar. 2010. p. 13. Disponível em: < <https://digitalcommons.pace.edu/pilronline/8/>>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁴⁸ CASTRO, op. cit., p. 17.

Daqui depreende-se que, caso consiga harmonicamente posicionar-se acerca de um determinado aspecto da Shari'a, poder normativo há de ser concedido a tal racionalização da *umma*. No entanto, como seria impraticável estruturar um sistema no qual houvesse a necessidade de um consenso absoluto de todos os integrantes do grupo, cabe aos doutores do direito, enquanto representantes qualificados da comunidade em determinado momento da história, cumprir tal obrigação.⁴⁹

Ademais, de acordo com Lorenzo Ascanio, cabe a esta fonte uma importante responsabilidade: a de adaptar e perpetuar a autenticidade das duas primeiras fontes do direito, o Alcorão e a *Sunna*, com o decorrer do tempo, através das gerações de fiéis que passam. Isto porque a consolidação dos dogmas jurídicos oriundos da fé islâmica origina-se da ideia de infalibilidade do pensamento harmonioso de toda a comunidade islâmica.⁵⁰

Ainda conforme o autor, este princípio representa o apogeu da íntima ligação existente entre Alá e seu povo. Isso porque este consenso nada mais é do que um fruto da inspiração divina, sendo essa indefectibilidade do pensamento da *umma* concedida por Deus, enviada por Ele de modo a promover o bem e proibir o mal entre os Seus.

É importante ressaltar que aqui as diferenças doutrinárias entre sunitas e xiitas são gritantes. O primeiro grupo, em suas subdivisões, ou não reconhece a *ijma* como fonte do Direito Muçulmano, ou limita-a ao consenso daqueles que representam a opinião do *imàm*, líder infalível e supremo. Já o segundo simplesmente não admite o uso do consenso como fonte do direito.⁵¹

2.2.4 O Qyias

O *qyias*, por sua vez, é a fonte mais ligada ao intelecto humano, logo, uma das mais criticadas pela doutrina muçulmana. Aqui trata-se, de acordo com Mhamed Elewa Badar⁵², do procedimento analógico a ser aplicado a casos novos, não antes previstos pelo Alcorão, pela *Sunna* ou por alguma *Ijma* definida. É a

⁴⁹ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 17.

⁵⁰ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 41

⁵¹ Ibid., p. 43.

⁵² BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 417.

extensão do valor e julgamento da Shari'a, que se dá em virtude da coincidência de efeitos entre os dois processos.

Essa definição da quarta fonte do Direito Muçulmano é ratificada por Francesco Castro⁵³, que aponta, ainda, que a semelhança entre os acontecimentos deve ser inquestionável e evidente, ou que a aplicação dos preceitos de um ao outro deve ser lógica.

A polêmica em torno dos *qiyas* origina-se justamente de seu maior distanciamento da intervenção divina, o que ainda se dá de forma imponente com as três primeiras fontes. Aqui questiona-se, como pontua Lorenzo Ascanio⁵⁴, como “pode, em outras palavras, o homem, falível, investigar as razões e o intelecto perfeito de Deus?”⁵⁵. Ressalta-se a título de informação que a aceitação e a extensão do uso do *qiyas* varia entre as várias escolas jurídicas do Direito Muçulmano, assim como acontece com o processo analógico.

Esgotado o estudo das fontes, passa-se agora à análise específica da perspectiva penal do Direito Muçulmano e para posterior discussão acerca da compatibilidade deste com os regramentos de Direitos Humanos.

⁵³ CASTRO, op. cit., p. 18.

⁵⁴ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 45.

⁵⁵ Texto original: “Può, in altri termini, l'uomo, fallibile, investigare le ragioni e l'intelletto, perfetti, di Dio?”

3 A PERSPECTIVA CRIMINAL

No meio do processo de miscigenação cultural pelo qual passa a sociedade moderna, principalmente em virtude da globalização, é notável o esforço feito pelos países de maioria islâmica para adaptar seus preceitos e realidades às novas dinâmicas do mundo moderno.

No entanto, esta empreitada, cujo objetivo é a inserção da realidade muçulmana no novo contexto mundial, no qual as relações entre os membros da Comunidade Internacional estão cada vez mais estreitas, não se dá de maneira homogênea dentro das diversas ramificações do Direito. Isto é verdade devido aos diferentes níveis de flexibilização concedidos a cada uma das searas jurídicas pelos costumes e tradições há muito estabelecidos.

Na perspectiva do Direito Muçulmano, isto é traduzido no entendimento de que algumas matérias são mais dificilmente dissociadas da moldura assinalada a elas por qualquer uma das fontes do direito islâmico estudadas. Além disso, a inclusão do Direito Penal neste seletivo grupo, que poderia ser meramente intuitiva devido ao seu nítido distanciamento das premissas ocidentais, é também ratificada pela doutrina majoritária, como será analisado no presente capítulo. Entretanto, essa não foi sempre o cenário encontrado.

De acordo com o professor italiano Massimo Papa⁵⁶, essa tendência ao conservadorismo não foi imutável. Em realidade, ela surge após esforços de distanciamento do sistema islâmico tradicional, como se deu com o código penal otomano, reinando, na época, uma forte influência europeia na elaboração dos instrumentos normativos, tanto com relação à forma de tratamento dada aos assuntos quanto aos procedimentos adotados. O processo de “re-islamização” da matéria criminal só se inicia nos anos 70 do século XX, momento no qual a Shari’a volta a exercer papel de filtro de todos os aspectos referentes a esta esfera.

A maior justificativa para este processo de “fechamento de fronteiras jurídicas”, que se dá em clara contraposição ao fluxo que tende a ser adotado pelas relações modernas entre Estados, está na promoção e salvaguarda dos valores, hábitos e cânones professados e seguidos há anos por aqueles que se submetem à realidade muçulmana, que, como já mencionado, exacerba o jurídico, sendo,

⁵⁶ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 118.

também, moral, política, econômica e religiosa. Aqui o Direito Penal deixa de ser visto apenas como meio de promoção da paz social e passa a acumular a função de resguardar e defender a corrupção dos costumes islâmicos⁵⁷. Ele passa a ser, em tradução livre, um “ponto de referência essencial na construção da identidade individual e social dos muçulmanos e representando um tipo de emblema contra a invasão dos modelos culturais e jurídicos produzidos pelo ocidente, em particular aqueles americanos”.⁵⁸

Essa volta à perspectiva ortodoxa pode se dar de duas maneiras: através, efetivamente, da aplicação e execução literal da Shari’a, ou através do uso desta como inspiração para o legislador ao qual caberá a elaboração das leis existentes. Como observar-se-á no último capítulo, qualquer reinterpretação ou reavaliação da Lei Sagrada é vista com maus olhos pela ortodoxia muçulmana. No entanto, é inegável a existência de uma corrente moderada que propõe certas reformas no sistema apresentado.

Sendo assim, é relevante para o presente trabalho analisar dogmaticamente os preceitos em matéria de Direito Penal estabelecidos pela Lei Islâmica, evidenciando a estruturação deste ramo do Direito Muçulmano bem como seus principais institutos, em detrimento das adaptações específicas feitas por cada ordenamento estatal a ela submetido.

Além disso, para que seja promovida uma visão aberta do Direito Penal Muçulmano e de sua relação com o pensamento jurídico supranacional, é necessário, também, analisar de forma específica as penas e crime oriundos diretamente do Alcorão. Através desta análise, a ser feita no terceiro capítulo, objetiva-se a preparação da discussão acerca dos graus de compatibilidade entre estas normas e o atual caminho seguido pelo Direito Internacional, com especial atenção às regras de Direito Humanos.

3.1 A VISÃO GERAL DO DIREITO PENAL MUÇULMANO

O Direito Penal consolida-se no Direito Muçulmano como um importante elemento na regulação da vida dos cidadãos-crentes. O ponto de vista de acordo

⁵⁷ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 118 – 119.

⁵⁸ Texto original: “(...) punto di riferimento essenziale nella costruzione dell’identità individuale e sociale dei musulmani e rappresenta una sorta di emblema contro l’invasione dei modelli culturali e giuridici prodotti dall’Occidente, in particolare di quelli statunitensi”.

com o qual cabe a ele a defesa da base do islamismo não se afasta muito daquele adotado quando do surgimento da *umma*, pois desde esta época era através da coercitividade que se fomentava o dever ético-moral de preservar o bem e evitar o mal (*hisba*).⁵⁹

Sob uma ótica mais ampla, todas as normas da Shari'a originalmente agrupam-se em dois grandes grupos: as regras *ibadat* e as *mu'amalat*. No primeiro enquadram-se os ritos de culto, ou seja, as principais diretrizes de devoção que os fiéis devem seguir para serem considerados como tal, estando em foco aqui a relação entre o homem e Deus. Trata-se de cinco ditames específicos, quais sejam: a profissão da fé (*shahada*), as cinco orações diárias (*salat*), o pagamento do dízimo (*zakat*), o jejum (*saum*) e a participação no ritual de peregrinação aos lugares sagrados do islã (*hajj*). O segundo grupo, por sua vez, representa as normativas que disciplinam as relações entre os homens.⁶⁰ É neste onde se encontra o Direito Penal Muçulmano.

No entanto, apesar de não se tratar da conexão direta entre o fiel e Alá, as regras deste âmbito jurídico encontram-se, mais do que nunca, ligadas aos preceitos da ética religiosa. Em semelhança ao apontado como origem da legitimidade das fontes do direito, a ideia aqui regente é a de que Deus impõe a obrigação de não cometer crimes, estabelecendo ele mesmo as penas a serem pagas pelo descumprimento desta ordem.⁶¹

Este pensamento é bem elucidado por Lorenzo Ascanio⁶², que pontua que:

La *hisba* è, pertanto, attuata per mezzo della proibizione di tutti gli atti umani vergognosi, ingiusti e di ribellione. Allo stesso tempo, la disciplina dei reati e delle pene trova terreno fertile nel raggiungimento degli obiettivi o scopi (*maqasid*) tesi proprio alla salvaguardia dell'interesse, dell'utilità (*maslaha*) che la shari'a si prefigge di tutelare, quali la difesa della religione, della vita, della ragione, della stirpe e della proprietà. Proprio per tali motivi, anche per la matèria penalistica diritto ed ética religiosa si stringono in un forte legame l'uno con l'altra, fattispecie criminosa e peccato sono, infatti, intimamente correlati.⁶³

⁵⁹ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 70.

⁶⁰ Ibid., p. 52 – 53.

⁶¹ Ibid., p. 70.

⁶² Ibid., p. 70.

⁶³ Tradução livre: “A *hisba* é, portanto, implementada como meio de proibição de todos os atos humanos vergonhosos, injustos e de rebelião. Ao mesmo tempo, a disciplina dos crimes e das penas encontra terreno fértil no alcance dos objetivos ou escopos (*maqasid*) destinados à salvaguarda do interesse, da utilidade (*mashala*) que a Shari'a se propõe, de antemão, a tutelar, quais sejam: a defesa da religião, da vida, da razão, da estirpe e da propriedade. Justamente por estes motivos,

O mesmo pensamento é reiterado por Nilo Batista, que, ao estudar as comunidades pré-islâmicas da Andaluzia, aponta que o Direito Muçulmano, teoricamente falando, não se aplicaria aos infiéis. Ele afirma que “em Al-Andaluz o princípio da personalidade tem uma base religiosa estritamente observada; não é aquele ‘direito de raças’ (...), mas sim um ‘direito de credos’ que compreendia normas penais e cuja influência alcançaria a idade moderna”.⁶⁴

Contudo, na prática da vida em sociedade, é inconcebível que um grupo de pessoas simplesmente fiquem à margem do ordenamento jurídico estabelecido. A consequência de tal fato é, inclusive, uma das principais características do Direito Muçulmano como um todo: a diferença de tratamento concedida a fiéis e infiéis. Observar-se-á, em capítulo posterior, que o próprio Alcorão impõe e estimula a diferença de status entre esses dois grupos. No entanto, pode-se mencionar de agora que aqui reina a ideia de que aqueles que não se submetem à palavra Dele naturalmente incorrem no erro, não sendo merecedores das mesmas tutelas e regalias que aqueles que se dedicam ao seguimento do caminho divino.

Naturalmente, esta estreita ligação entre Direito e religião, que aparenta ser muito distante da laicidade que impera no ocidente, é a maior fonte de direcionamento para a estruturação interna do Direito Penal Muçulmano, o que se analisará agora.

3.2 A ESTRUTURAÇÃO INTERNA DO DIREITO PENAL MUÇULMANO

No Direito Penal Muçulmano, a primeira característica a ser pontuada é o critério utilizado para estudo, divisão e enfrentamento dos comportamentos ilícitos. Em dissonância da metodologia adotada pelos ordenamentos jurídicos dos Estados ocidentais, o Direito Islâmico divide os crimes em dois grandes gêneros, que, por sua vez, se subdividem em três grandes espécies, levando como base as penas a serem aplicadas.

também em matéria penalística, direito e ética religiosa se aproximam em um forte vínculo uma com a outra, a tipificação criminosa e o pecado são, inclusive, intimamente correlatos.”

⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 152 – 153.

Esse sistema não se dá sem suas diversas nuances, ainda mais por ser tão peculiar. De acordo com Mohamed Elewa Badar⁶⁵, a análise das penas para fins de categorização não se dá de maneira superficial, levando em consideração aspectos como a gravidade da punição, a maneira e o método utilizados na incriminação e no castigo, e, principalmente, a natureza do interesse ofendido pelo ato proibido. É deste último ponto, inclusive, que se origina o primeiro agrupamento, que se dá, quanto ao gênero, entre crimes contra Deus e crimes contra o Homem.⁶⁶

Seguindo a mesma linha de pensamento, Joseph Schacht⁶⁷ afirma, em outras palavras, que essa divisão inicial em dois grandes grupos se dá com base nas duas reclamações das quais se origina todo o Direito Penal, que seriam a vingança pessoal e os atentados contra religião e disciplina militar.

Há, ainda, autores como Lorenzo Ascanio⁶⁸, Francesco Castro⁶⁹ e o já mencionado Mohamed Elewa Badar⁷⁰ que pontuam a existência de um terceiro grande agrupamento, o que nos leva à divisão dos delitos a nível de espécie. Nessa perspectiva, as penalidades utilizadas seriam, em ordem de ligação com os preceitos religiosos, as penas *hadd* ou *hudud*, as *qysas* e as *ta'azir*. Para fins de relevância e completude do presente estudo, analisar-se-á o Direito Penal Muçulmano com base nesta tríade de sanções.

Resta enumerar, antes do estudo detalhado a que se propõe o presente capítulo, que existem cerca de dez tipos diferentes de penalidades a serem aplicadas no Direito Penal Muçulmano, quais sejam: reprimenda, multa, exposição pública a humilhação, banimento, prisão, açoite, amputação, amputação cruzada, retaliação e pena de morte, que, por sua vez, pode dar-se de três formas diferentes (como retaliação, por apedrejamento, com uso da espada, ou através da crucificação).⁷¹

A maioria destes castigos serão estudados dentro de uma das três categorias já mencionadas. No entanto, os dois primeiros mencionados, por serem

⁶⁵ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 417.

⁶⁶ KELLY, Michael J. Islam & International Criminal Law: a Brief (In) Compatibility Study. **Pace International Law Review Online Companion**. [S. l.], 1 mar. 2010. p. 15. Disponível em: < <https://digitalcommons.pace.edu/pilronline/8/>>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁶⁷ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 176.

⁶⁸ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 70.

⁶⁹ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 75.

⁷⁰ BADAR, op. cit., p. 417 – 418.

⁷¹ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 33 – 38.

considerados punições leves, não encontram lugar dentro destas divisões, de modo que serão explicadas com antecedência.

Entende-se por reprimenda uma mera recriminação por parte do juiz feita em público, geralmente reservada a membros da elite. Apesar de tratar-se de conduta reprovável, o status do acusado, bem como sua reputação, o protegem, pois prevalece a confiança de que tal situação não se repetirá. Já a multa é o castigo pecuniário que visa compensar os danos sofridos pela vítima ou seus herdeiros, devendo ser pago pelo acusado ao Estado. Este depósito é visto como uma garantia de que a pessoa não reincidirá.⁷²

Passa-se agora à análise dos três grandes grupos de penalidades do Direito Penal Islâmico.

3.2.1 As Penas Qysas

Enquadradas no segundo grande gênero, o dos crimes contra o homem ou vingança pessoal, as penas *qysas* são aquelas que representam o talião. Elas perpetuam a ideia do “olho por olho, dente por dente” em crimes de assassinato e outros cujo escopo da lesão seja pessoal, sejam eles dolosos ou culposos.⁷³ Isso implica dizer que, apesar de encontrarem-se previstos na Shari’a, essas condutas atacam interesses primordialmente privados e disponíveis.⁷⁴ Suas gravidades são relativizadas, consideradas inferiores, haja vista a enormidade da feitura de condutas que representem um direito desrespeito a Deus.

No entanto, o status de coadjuvante desta punição não a diminui como parte integrante do sistema penal muçulmano. Em verdade, sua presença data das sociedades pré-islâmicas, onde se podia encontrar o princípio da vingança (*tha’ir*) dentro da ‘*urf*. A diferença é que este instituto promovia a aplicação de uma sanção com dano maior do que aquele que havia sido causado pelo agressor⁷⁵, o que foi retificado pelo Alcorão no versículo 45 da 5ª Surata, que assevera que:

⁷² PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 33.

⁷³ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 75.

⁷⁴ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 159.

⁷⁵ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 72.

45 Nem (a Tora) temo-lhes prescrito: vida por vida, olho por olho, nariz por nariz, orelha por orelha, dente por dente e as retaliações tais e quais; mas quem indultar um culpado, isto lhe servirá de expiação. Aqueles que não julgarem conforme o que Deus tem revelado serão iníquos.⁷⁶

É importante mencionar que, de acordo com a mentalidade jurídica muçulmana, apenas os homicídios considerados injustos ou ilegais serão punidos. Isto porque, como se verá adiante, há situações nas quais existe permissão para que tal conduta seja adotada, sendo até mesmo incentivada aos fiéis. Além disso, pontua-se que o pensamento de que o sofrimento de castigo em vida servirá de livramento para castigos na vida eterna permeia todo o sistema punitivo muçulmano, como é possível perceber do final do referido versículo.

De acordo com Rudolph Peters⁷⁷, três princípios regem as penas *qysas*: o da privacidade do processo, o da reparação, que consiste em retaliação ou compensação financeira, e o da equivalência.

Depreende-se do primeiro o papel da vítima e de seus herdeiros na denúncia dos crimes agrupados nesta categoria. Aqui o papel dela é tão grande que cabe a ela – ou a seus familiares, no caso de morte – decidir se há intenção de reparação do dano ou não.⁷⁸ Isso implica dizer que a continuação do julgamento, bem como a execução da sentença, está completamente nas mãos das pessoas que sofreram os danos do ato ilícito, cabendo ao Poder Judiciário o papel de atuar apenas como mediador. Como analisar-se-á adiante, esta possibilidade de não persecução da punição decorrente de conduta ilícita é impensável diante de crimes contra a religião.

O segundo princípio diz respeito às penas a serem aplicadas para os delitos de lesão corporal e homicídio. O cânone principal deste tipo de pena é a ideia de que ao agressor será infligido dano exatamente igual ou equivalente ao que ele causou à vítima. No entanto, no interior do talião, dois esquemas hierárquicos se organizam para que esta reparação seja possível: um quanto aos graus de culpabilidade e outro quanto ao nível de sanções legais a serem aplicadas. A importância desta estruturação é notável, pois a intenção com a qual uma conduta

⁷⁶ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 07 set. 2018.

⁷⁷ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 39.

⁷⁸ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 418.

reprovável é desempenhada é um dos critérios utilizados para definir a intensidade com a qual o castigo será aplicado.

De qualquer maneira, dentro do estudo da culpabilidade no Direito Penal Muçulmano, quatro categorias devem ser mencionadas, quais sejam: *deliberate intent*, *quase-deliberate intent*, *mistake* e *indirect homicide*. A primeira e mais grave das intenções se dá quando do uso de material ou objeto letal na execução da conduta ilícita. Já a segunda representa um ato intencional cometido sem o uso de material ou objeto letal. Tem-se ainda a possibilidade de *mistake*, onde entrariam os erros, e *indirect homicide*, que, por sua vez, ao opor-se à ideia de condução intencional do ato ilegal⁷⁹, aproxima-se da ideia de crimes culposos do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo. Percebe-se, aqui, um enfoque maior no *modus operandi* da execução, principalmente no instrumento utilizado para tal.

Quanto às punições em si, estas podem dar-se de duas formas: através da retaliação (*kisás*) ou do preço de sangue (*diya*).⁸⁰ A retaliação representa a ideia original de infligir ao culpado dano igual ao que ele causou, só sendo permitida quando o ato danoso for intencional, de acordo com os versículos 178 e 179 da 2ª Surata da Lei Sagrada, que dizem, *in verbis*:

178 Ó fiéis, está-vos preceituado o talião para o homicídio: livre por livre, escravo por escravo, mulher por mulher. Mas, se o irmão do morto perdoar o assassino, deveis indenizá-lo espontânea e voluntariamente. Isso é uma mitigação e misericórdia de vosso Senhor. Mas quem vingasse, depois disso, sofrerá um doloso castigo.
179 Tendes, no talião, a segurança da vida, ó sensatos, para que vos refreeis.⁸¹

É possível perceber na mesma passagem outro aspecto importante do papel da vítima e de seus familiares no processo acusatório islâmico: em diversos casos, a primeira punição pode ser substituída em virtude do instituto do *afw*, que é o perdão concedido pela pessoa ofendida ao agressor, através do qual aquela faz

⁷⁹ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 181.

⁸⁰ Ibid., p. 181.

⁸¹ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 07 set. 2018.

uma transação com este, trocando o talião por ressarcimento financeiro e uma garantia pessoal de mudança de conduta.⁸²

A indenização a que o versículo 178 se refere é justamente o *diyya* ou preço de sangue. Trata-se, em termos simples, de uma compensação pecuniária pelos prejuízos do crime. De acordo com Rudolph Peters⁸³, ela é cabível em duas situações, além do contexto no qual a pessoa com capacidade ativa para tal entra em um acordo, escolhendo não impor a retaliação: quando o ato ilícito tiver sido accidental ou semi-intencional, e quando o agressor tiver agido intencionalmente, mas, por alguma razão, a pena de retaliação não puder ser aplicada.

Ressalta-se, aqui, que essa indenização não é vista como punição propriamente dita, haja vista o fato de o pagamento não ser feito pelo próprio condenado, mas sim por sua *‘āqila*⁸⁴, entendida como grupo de pessoas com responsabilidade solidária nos casos de homicídio accidental ou semi-intencional. Menciona-se, também, que o valor a ser pago varia de acordo com o sexo, religião e status legal da vítima, o que deixa clara a diferente posição ocupada por diferentes grupos dentro da hierarquia do Direito Muçulmano. O preço de sangue a ser pago a uma vítima mulher, por exemplo, é consideravelmente menor do que o devido a um homem que sofreu o mesmo dano.⁸⁵

Francesco Castro⁸⁶, ao posicionar-se sobre a aplicação do preço de sangue, explica esta situação em outras palavras. Em consonância com a doutrina majoritária italiana, ele afirma que:

Quando non si possa o non si voglia applicare il taglione, si fa luogo alla composizione (*diyya*, o prezzo di sangue, simile al guidrigildo del diritto barbarico), la cui misura varia in base alla minutissima casistica che tiene conto dello *status libertatis*, del sesso e della condizione sociale della vittima.⁸⁷

⁸² CARADONNA, Ivan. Il Diritto Islamico: categorie generali e norme penali. **Diritto&Diritto**. [S. l.]: Nov. 2003. Disponível em: <<https://www.diritto.it/articoli/transnazionale/caradonna.html>>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁸³ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 49.

⁸⁴ A ideia de *‘āqila* é a mesma existente nas tribos pré-islâmicas: grupo de homens cuja responsabilidade era proteger todos os membros de seu grupo.

⁸⁵ PETERS, op. cit., p. 47.

⁸⁶ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 75.

⁸⁷ Tradução livre: “Quando não se possa ou não se queira aplicar o talião, se dá lugar à composição (*diyya*, o preço de sangue, similar ao *guidrigildo* do direito bárbarico), a qual se mede com base nas especificidades do caso concreto, que leva em conta o *status libertatis*, o sexo e a condição social da vítima.”

Há de se pontuar, ainda, outra forma de reparação atribuída aos crimes *qysas*: a expiação religiosa ou *kaffara*. Trata-se de uma punição espiritual definida pelo próprio agressor para que este possa buscar o perdão divino, aproximando-se da ideia de arrependimento. Geralmente trata-se de jejum por dois meses ou promessa de orações diárias.⁸⁸ A peculiaridade desta forma de reparação é que ela parte totalmente do condenado, tratando-se de atitude do foro interno deste e fora da jurisdição do juiz muçulmano, o *qadi*.

Já o terceiro princípio trazido por Rudolph Peters⁸⁹, que defende a equivalência, não relaciona-se à já mencionada correspondência entre o crime cometido e a pena aplicada, mas sim ao valor atribuído às pessoas envolvidas na lide. Quanto a este aspecto, são claras as palavras do referido autor, que menciona, de maneira elucidativa, que:

According to most schools, retaliation for homicide or bodily harm is only allowed if the victim's bloodprice is the same as or higher than the offender's. As a consequence, a person cannot be sentenced to retaliation if he has killed a person with a lower bloodprice: a free man cannot be executed for having killed a slave, nor a Muslim for having killed a dhimmi (protected non-Muslim resident). The only exception is that a man may be executed for having killed a woman, although her bloodprice is only half that of a man.⁹⁰

Esta parte do Direito Penal Muçulmano é examinada com bastante minúcia pelos cientistas jurídicos do Direito Islâmico. No entanto, para o presente trabalho não cabe a análise detalhada dos desdobramentos e especificidades referentes a cada um dos crimes puníveis com as *qysas*. Desta feita, passar-se à análise das penas *ta'azir*.

3.2.2 As Penas Ta'azir

⁸⁸ TOUZENIS, Kristina. **Appunti di Diritto Musulmano**. Reelaboração, integração e atualização por Francesca Raia e Francesco Randone. Pisa: Università di Pisa, 2010. p. 50 – 51. Disponível em: < http://web.jus.unipi.it/wp-content/uploads/2014/05/Diritto_musulmano.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁸⁹ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 47.

⁹⁰ Tradução livre: “De acordo com a maioria das escolas, retaliação por homicídio ou lesão corporal só é permitida se o preço de sangue da vítima for igual ou superior ao do agressor. Como consequência, uma pessoa não pode ser sentenciada a retaliação se ele tiver assassinado pessoa com preço de sangue menor que o seu: um homem livre não pode ser executado por ter matado um escravo, nem um muçulmano por ter matado um *dhimmi* (residente não-muçulmano protegido). A única exceção é que um homem pode ser executado por ter matado uma mulher, apesar do preço de sangue desta ser metade do de um homem.”

As penas *ta'azir* aparecem dentro do ordenamento jurídico muçulmano com a função de suprir, preencher as lacunas deixadas pelo Alcorão e pela Sunna diante do caso concreto. Tal linha de pensamento poderia ser questionada, assim como aconteceu com as fontes do direito, em virtude da pretensa completude dos textos e preceitos sagrados. No entanto, com o passar do tempo e com o desenvolvimento da vida na *umma*, percebeu-se a necessidade de deslocar certa autonomia ao *qadi*, como é conhecido o juiz islâmico.

Nas circunstâncias que cercam essas penas, caberá ao juiz fazer uso direto de sua discricionariedade na aplicação das punições, mantendo este o dever de não bater de frente com os preceitos e normas corânicos e da *Sunna*. Há, ainda, a obrigação de não impor pena superior à *hadd*, que será analisada posteriormente.⁹¹

Inicialmente, é necessário pontuar que o *qadi* é um juiz único indicado pela autoridade política local, apesar da validação de sua indicação não depender do caráter desta autoridade. Sua competência exacerba o âmbito jurídico e abrange responsabilidades como a promoção do bem estar social⁹² e a administração de mesquitas.⁹³

A amplitude das obrigações do juiz islâmico refletem-se nos próprios objetivos das punições *ta'azir*, que vão além da mera reparação de danos. Aqui, de acordo com Nilo Batista⁹⁴, “tais penas pretendem influenciar condutas, moldar a organização social, e são, pois, servidas por uma teoria relativa; aqui há espaço para a prescrição e para a graça, pois cabe ao poder político dissipar o que ele mesmo criou”.

Na mesma linha, Bassiouni⁹⁵ explica que este grupo de penas abrange condutas que resultam em danos individuais ou sociais tangíveis ou intangíveis, para os quais a punição, que pode ser prisão, punição física, multa e compensação, é corretiva. Ele aponta, também, que, para dar seguimento ao processo, o *qadi* deve considerar certos critérios, como o interesse social envolvido na ação, a justa

⁹¹ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 73.

⁹² SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 188.

⁹³ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 81.

⁹⁴ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 159.

⁹⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes and the Criminal Process. **Arab Law Quarterly**. [S. l.], v. 12, n. 3, 1997. p. 270.

reparação da vítima de acordo com os interesses desta, a correção da violação da norma e a reabilitação do agressor.

De modo geral, além de aplicar-se aos crimes sem punição prevista pelo Alcorão ou pela Sunna, os castigos *ta'azir* são imputados a qualquer ato que ofender interesses privados ou comunitários de ordem pública, sendo obrigação do poder público punir estas condutas.

Em outras palavras, Mohamed Elewa Badar⁹⁶ afirma que as punições deste grupo serão cabíveis em três casos, quais sejam, para:

1. Criminal acts which must by their very nature be sanctioned by penalties which relate to *hudud*, for example attempted adultery, illicit cohabitation, or simple robbery;
2. Criminal acts normally punished by *hudud*, but where by reason of doubt, for procedural reasons, or because of the situation of the accused, the *hudud* punishment is replaced by *ta'azir*;
3. All acts under the provisions of the law, which are not punished by *hudud*.⁹⁷

Os crimes submetidos a esta categoria de penas são inúmeros, variando do estupro violento à falsificação de documentos⁹⁸, incluindo também corrupção, falso testemunho, espionagem e outros. No entanto, apesar da indiscutível variação do nível de gravidade de cada conduta, impera aqui uma ideia “contravencional” do ilícito⁹⁹.

Resta, agora, analisar as penas mais bem definidas e esclarecidas do Direito Penal Muçulmano, as *hadd* ou *hudud*.

3.2.3 As Penas Hudud

As penas *hadd*, cujo plural em árabe é *hudud*, são aquelas que representam o grupo mais importante e grave de ilícitos dentro do ordenamento jurídico muçulmano: o dos crimes religiosos e contra a disciplina militar.

⁹⁶ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 418.

⁹⁷ Tradução livre: “1. Atos criminosos que devem, pela sua própria natureza, ser sancionados por penalidades que se relacionam à hudud, como tentativa de adultério, coabitação ilegal, ou furto simples; 2. Atos criminosos normalmente puníveis por hudud, mas onde, por existência de dúvidas, questões processuais, ou pela situação do acusado, há a troca da punição hudud pela ta'azir; 3. Todos os atos sob a provisão da lei que não sejam puníveis por hudud.”

⁹⁸ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 73.

⁹⁹ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 159.

Apesar da clareza do nome, é importante entender que esses delitos não se caracterizam necessariamente por ofensas em matéria de religião. Percebe-se, por exemplo, que as penas *hudud* não se aplicam necessariamente ao descumprimento de uma das cinco obrigações básicas do Islã mencionadas no primeiro capítulo, tratando-se, em verdade, da responsabilização daquele que afrontar os ensinamentos diretos de Deus e de Seu Mensageiro.

De toda forma, a enorme força normativa e moral atribuída a estas penalidades se dá em virtude da origem das normas proibitórias, pois, de fato, elas estão necessariamente prescritas nas principais fontes da Shari'a, quais sejam: o Alcorão ou a Sunna.

Já da análise desta origem depreender-se-ia a obrigação clara de não-fazer das condutas a serem apontadas. No entanto, essa premissa é ainda mais forte em virtude da prescrição conjunta dos castigos a serem aplicados àqueles que perseverarem no comportamento inadequado, predominando aqui de maneira evidente a ideia de respeito às obrigações impostas por Deus, cabendo ao Poder Público a responsabilidade de assegurar este cumprimento.¹⁰⁰

Sobre o tema, Rudolph Peter¹⁰¹ acrescenta que também aqui há uma “convicção generalizada de que aquele que foi sujeito a penas fixas não serão punidos novamente pela mesma ofensa na outra vida”.¹⁰² Trata-se, novamente, da expiação, o sofrimento terreno que alivia as dores da vida eterna.

Ademais, existe uma lista de desregramentos, a ser analisada em capítulo posterior, para os quais as penas fixas são aplicadas. Para cada um deles, caberá, de acordo com a Letra Sagrada, uma consequência específica que pode variar entre as seguintes alternativas: pena de morte por lapidação, crucificação ou com o uso de uma espada, amputação de um membro e açoite.¹⁰³ Essa definição encontra-se no Alcorão, 5, 33, que dispõe:

“O castigo, para aqueles que lutam contra Deus e contra o Seu Mensageiro e semeiam a corrupção na terra, é que sejam mortos, ou crucificados, ou

¹⁰⁰ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 417.

¹⁰¹ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 53.

¹⁰² Texto original: “(...) a widespread conviction that a person who has been subjected to a fixed penalty will no longer be punished for the same offense in the Hereafter”.

¹⁰³ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 175.

lhes seja decepada a mão e o pé opostos, ou banidos. Tal será, para eles, um aviltamento nesse mundo e, no outro, sofrerão um severo castigo”.¹⁰⁴

Quando diante de ocorrências, as peculiaridades do caso concreto, apesar de não permitirem a mudança do tipo de pena, influenciam na intensidade com a qual estas são aplicadas. As circunstâncias podem, por exemplo, modificar o número de açoites que o réu deve receber ou permitir que mulheres utilizem uma proteção especial acolchoada ao redor do abdômen para evitar sua morte¹⁰⁵.

Pontua-se, ainda, que para estas acusações não cabe qualquer alternativa, sendo inadmissível a graça ou a prescrição. Além disso, elas devem ser aplicadas de forma sequenciada nos casos em que mais de um crime *hudud* for executado e todo o processo que as circunda é permeado por peculiaridades e especificidades que de certa forma desestimulam as suas aplicações.¹⁰⁶

A denúncia de qualquer destes delitos pode ser feita por qualquer muçulmano, até mesmo o próprio juiz, e a vítima mantém, até o início do processo, o poder de conceder o perdão ao agressor. Tal concessão implicaria na absolvição completa do ilícito tanto perante os homens quanto perante Deus, restando, apenas, a possibilidade de aplicação de sanções pecuniárias ou de *ta'azir*. Dentro do mesmo prazo para o perdão, é possível, ainda, que a pessoa ofendida opte pela feitura de um acordo.¹⁰⁷

Mohamed Elewa Badar pontua, de maneira interessante, que a doutrina vê o aspecto protetivo desta seara do Direito Penal como modo de salvaguardar os seguintes aspectos da vida do muçulmano, em ordem de importância: religião, vida, família, intelecto e fortuna.¹⁰⁸ De fato, a gravidade desses castigos se justifica em virtude da magnitude das ofensas, que se dão contra a palavra de Deus e os feitos do Profeta. O apelo disciplinante, assim como o cunho educador e exemplificativo

¹⁰⁴ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 07 set. 2018.

¹⁰⁵ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 71.

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 158.

¹⁰⁷ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 54.

¹⁰⁸ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 417.

destes castigos, é tanto que eles devem, necessariamente, ser desempenhados em público.¹⁰⁹

No entanto, existe, se não um esforço, uma clara intenção de tratar tais reprimendas com responsabilidade. Pode-se citar, por exemplo, as confissões, que só serão aceitas se feitas no próprio tribunal, devendo ser efetuadas quatro vezes em quatro circunstancias diferentes, podendo ser retiradas (*ruju*)¹¹⁰ sem prejuízo ao agressor, e os testemunhos, que só terão efetividade caso partam de, no mínimo, dois homens ou um homem e duas mulheres, número que varia de acordo com o *hadd*.

Além disso, há diversas regras a serem seguidas quanto ao aceite de provas e é forte o instituto do arrependimento, de acordo com o qual o agressor poderá ser escusado do julgamento pelos crimes *hudud* caso prove haver genuinamente reconsiderado sua conduta.¹¹¹ Outrossim, a própria definição dos crimes, bastante detalhada, deixa margem para o desenquadramento de condutas análogas em virtude do princípio da incerteza (*shubha*).¹¹²

Em razão da especificidade dos crimes puníveis com as penas *hudud*, analisar-se-ão cada uma das hipóteses em capítulo específico.

¹⁰⁹ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 53.

¹¹⁰ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 177.

¹¹¹ KELLY, Michael J. Islam & International Criminal Law: a Brief (In) Compatibility Study. **Pace International Law Review Online Companion**. [S. l.], 1 mar. 2010. p. 15 – 16. Disponível em: < <https://digitalcommons.pace.edu/pilronline/8/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹¹² PETERS, op. cit., p. 54.

4 DAS PENAS FIXAS DO DIREITO PENAL MUÇULMANO

Como explicado em capítulo anterior, as penas fixas do Direito Penal Muçulmano, conhecidas como *hadd*, são aquelas que derivam diretamente das duas principais fontes sagradas do Islamismo, a *Sunna* e o Alcorão.

Em virtude de tratar-se de condutas explicitamente proibidas por Deus e Seu Mensageiro, é importante que os castigos aplicados àqueles que ousem incorrer na ilegalidade sejam opulentos, servindo de exemplo e de lição para todos os outros fiéis.

Quanto às espécies de delitos que constituem os crimes *hudud*, há grande divergência doutrinária. Vários autores pontuam a existência de cinco ou seis delitos neste grupo. No entanto, outros, como Mohamed Elewa Badar¹¹³ e Nilo Batista¹¹⁴, trabalham com sete itens, que seriam os crimes de relação sexual ilícita (*zinà*), falsa acusação de relação sexual ilícita (*qadhf*), embriaguez (*shurb al-khamr*), furto (*sariqa*), perturbação da paz (*haraba* ou *qat 'al-tariq*), transgressão (*baghi*) e apostasia (*ridda*). Por ser a mais completa, a última classificação será adotada no presente trabalho.

Sendo assim, passa-se à análise detalhada de cada uma destas situações, com foco em suas particularidades e efetivação diante de casos concretos.

4.1 RELAÇÃO SEXUAL ILÍCITA (ZINÀ)

O universo do Islã, como já explicado, abrange todas as áreas da vida do cidadão-crente. Diante da onipresença, onipotência e onisciência de Alá, o alcance da disciplina do ordenamento jurídico muçulmano se estende a ponto de alcançar a disciplina da vida sexual dos fiéis, impondo permissões e proibições.

A criminalização da relação sexual ilícita, chamada de *zinà* em árabe, bem como da falsa acusação de adultério, a ser analisada em tópico posterior,

¹¹³ BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, 2011. p. 417.

¹¹⁴ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 158 – 159.

aparecem no Direito Penal Muçulmano com o objetivo de proteger dois interesses da sociedade islâmica como um todo: a religião (*din*) e a estirpe (*nasab*).¹¹⁵

De acordo com a tradição islâmica, o direito à relação sexual, conhecido como *milk*, surge em duas situações: ou com o matrimônio legítimo ou através da posse de alguma escrava.¹¹⁶ Isso implica dizer que qualquer relação sexual que aconteça fora destes parâmetros será considerada ilegal. No entanto, tal assertiva é considerada *hadd* pois encontra-se descrita no Alcorão, mais especificamente nos primeiros versículos da 24ª Surata, que dizem, *in verbis*, que:

2 Quanto à adúltera e ao adúltero, vergastei-os com cem vergastadas, cada um; que a vossa compaixão não vos demova de cumprir a lei de Deus, se realmente credes em Deus e no Dia do Juízo Final. Que uma parte dos fiéis testemunhe o castigo.

3 O adúltero não poderá casar-se, senão com uma adúltera ou uma idólatra; adúltera não poderá desposar, senão um adúltero ou um idólatra. Tais uniões estão vedadas aos fiéis.¹¹⁷

Além disso, lê-se, no versículo 32 da 17ª Surata: “evitai a fornicação, porque é uma obscenidade e um péssimo exemplo!”.¹¹⁸ Destes posicionamentos corânicos depreende-se a pena a ser aplicada para esta contravenção, qual seja: cem vergastadas. No entanto, esta penalidade não é indiscriminadamente aplicada para todos os casos de pessoas que incorrem neste delito.

De acordo com a doutrina, as condutas podem encaixar-se em duas subclassificações: a de fornicação simples e a de adultério propriamente dito. A primeira diz respeito ao ato apontado no texto sagrado, abrangendo qualquer relação sexual que é ilícita por não acontecer dentro do casamento e a punição é, de fato, cem açoites e banimento por um ano. Já a segunda trata de relações extraconjugais, caso no qual o castigo pode chegar à pena de morte por lapidação¹¹⁹, e a punição, assim como o exílio para os casos de fornicação, advém da Sunna, mais especificamente de um *hadith*¹²⁰ do Profeta que diz:

¹¹⁵ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 71.

¹¹⁶ Ibid., p. 71.

¹¹⁷ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 15 set. 2018.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 75 – 76.

¹²⁰ ASQALANI, Bulūgh apud PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 60.

He said: 'My son worked as a labourer for this man and then he fornicated with his wife. I was told that my son deserved to be stoned to death, so I ransomed him for one hundred sheep and a female slave. I then asked the people of knowledge and they informed me that my son deserved to be stoned to death.' The Prophet answered: 'By the One Who holds my hand in His soul, I shall certainly pass judgment between you in accordance with God's book. As for the female slave and the seep, they must be returned to you. Your son deserves one hundred lashes and banishment for a year. Go, Unays, to this man's wife and if she confesses, stone her to death.' Thereupon Unays went to this man's wife and she confessed. Then the Prophet ordered her to be stoned.¹²¹

Em todos os casos, é imprescindível que haja penetração para que o crime seja consumado.¹²² Contudo, a ideia de tipificação apenas quando da conjunção carnal é aparentemente flexibilizada quando do trato de casais homossexuais. De acordo com Mark A. Gabriel¹²³, qualquer pessoa flagrada cometendo “atos homossexuais”, sem especificação da conduta, devem ser punidas, devendo o ilícito ser tratado como um crime *zinà*. O autor afirma, ainda, que esta é a posição adotada por todas as quatro escolas sunitas do Direito Muçulmano, que defendem, cada uma à sua maneira, que os mesmos castigos de açoite e morte por apedrejamento sejam aplicados.

Pontua-se, também, que o castigo adequado deve ser aplicado às duas pessoas que incorreram no crime. Além disso, na constatação da relação sexual ilícita as peculiaridades do caso concreto, como a idade das pessoas envolvidas, não implicam no agravamento da pena e a existência de consento é irrelevante.¹²⁴

Ademais, os delitos *zinà*, assim como todos os *hudud*, demandam provas inquestionáveis para sua comprovação e posterior castigo, até mesmo porque qualquer dúvida ou incerteza dá margem à aplicação do já mencionado princípio da *shubha*. De qualquer maneira, estes crimes podem ser provados de duas maneiras:

¹²¹ Tradução livre: “Ele disse: ‘meu filho trabalhava como trabalhador para este homem e depois fornicou com a esposa dele. Me disseram que meu filho merece ser apedrejado até a morte, então eu o resgatei com ovelhas e uma escrava. Depois, perguntei às pessoas sábias e eles me informaram que meu filho merecia cem vergastadas e um ano de banimento e que a mulher merecia ser apedrejada até a morte.’ O Profeta respondeu: ‘Por Aquele Que segura minha alma em Suas mãos, eu certamente devo julgar sua situação de acordo com o Livro de Deus. No que concerne as cem ovelhas e a escrava, eles devem retornar para você. Seu filho merece cem vergastadas e banimento por um ano. Vá, Unays, para a esposa deste homem e, se ela confessar, a apedreje até a morte.’ Após isto, Unays foi até a mulher e ela confessou. Logo, o Profeta ordenou que ela fosse apedrejada.”

¹²² PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 61.

¹²³ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 97.

¹²⁴ PETERS, op. cit., p. 59.

ou através de uma confissão totalmente voluntária do acusado, que deve ser feita em quatro ocasiões diferentes, sempre diante do juiz, e que pode ser retirada posteriormente, ou pelo testemunho de quatro homens muçulmanos confiáveis, que devem, teoricamente, ter presenciado juntos e ao mesmo tempo o ato sexual ilegal.¹²⁵

Aqui, quando da análise das questões processuais de admissão de provas, fica gritante a diferença entre o direcionamento do ordenamento jurídico muçulmano e Código Penal do Brasil, aqui utilizado como exemplo de conjunto normativo ocidental. Da perspectiva brasileira, com todos os instrumentos e restrições disponíveis para produção de provas disponibilizados pelo Código de Processo Penal, tais circunstâncias seriam consideradas totalmente insuficientes para o processo acusatório. Isto, obviamente, através de uma análise puramente comparativa do modo como a matéria é abordada das duas perspectivas, haja vista o fato de o Direito brasileiro não legislar sobre o foro interno dos seus cidadãos.

É interessante mencionar, também, que no Direito Muçulmano não existe a ideia de que a mulher tem “direito exclusivo” ao marido em virtude de seu casamento.¹²⁶ Isto porque, de acordo com as leis muçulmanas de Direito Civil, especificamente no que concerne o Direito de Família, o esposo que controla a vida da casa, exercendo sobre todos os entes familiares o “direito de coerção doméstica”.¹²⁷

Ademais, é possível notar, a título de curiosidade, que é da mesma ideia de defesa da estirpe e dos bons costumes que surgem várias regras referentes à vida e comportamento das mulheres muçulmanas. Na mesma Surata na qual a *zinà* é prevista, lê-se também:

30 Dize aos fiéis que recatem os seus olhares e conservem seus pudores, porque isso é mais benéfico para eles; Deus está bem inteirado de tudo quanto fazem.

31 Dize às fiéis que recatem os seus olhares, conservem os seus pudores e não mostrem os seus atrativos, além dos que (normalmente) aparecem; que cubram o colo com seus véus e não mostrem os seus atrativos, a não ser aos seus esposo, seus pais, seus sogros, seus filhos, seus enteados, seus irmãos, seus sobrinhos, às mulheres suas servas, seus criados isentos das necessidades sexuais, ou às crianças que não discernem a nudez das

¹²⁵ LAWAN, Mamman, et. al. **An Introduction to Islamic Criminal Justice: a teaching and Learning Manual**. [S. I.]: UK Center for Legal Education, 2011. p. 26 – 27.

¹²⁶ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 179.

¹²⁷ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari’a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 61 – 62.

mulheres; que não agitem os seus pés, para não chamarem à atenção sobre seus atrativos ocultos. (...) ¹²⁸

Esta é apenas uma das áreas do Direito Muçulmano na qual diretrizes acerca das liberdades femininas podem ser discutidas. A opressão imposta às mulheres submetidas ao regime jurídico islâmico é alvo popular e importante de estudos de várias áreas da ciência, notadamente da Sociologia e do Direito.

Ressalta-se, por último, que a pena a ser aplicada a escravos neste e em todos os crimes *hudud* é sempre metade da aplicada para pessoas em status de liberdade. No caso da fornicação, por exemplo, caberia à escrava receber 50 açoites ao invés de 100 em virtude de seu status de pessoas não-livres. ¹²⁹

4.2 FALSA ACUSAÇÃO DE RELAÇÃO SEXUAL ILEGAL (QADHF)

O crime de falsa acusação de relação sexual ilegal tem a sua primeira aparição conhecida no tempo do próprio Profeta. Nesta ocasião, uma de suas mulheres favoritas, 'À'isha, foi acusada por outro homem de ter tido relações sexuais ilegais com ele ¹³⁰, o que implicaria na prática de *zinà* por parte dela.

De acordo com esse delito, será punido aquele que, como o próprio nome sugere, difamar pessoa respeitável e de reputação ilibada, nunca antes acusada do delito de relação sexual ilícita. Este indivíduo é conhecido como *muhsan*, que, de acordo com o Oxford Islamic Studies Online ¹³¹, é o “conceito legal que descreve o status de um indivíduo que, ou nunca cometeu o ato de relação sexual ilícita, ou consumou um casamento legalizado com uma parceira livre”. ¹³² Rudolph Peters ¹³³ ainda complementa esta definição apontando que um *muhsan* deve ser adulto, muçulmano e livre, além de casto.

¹²⁸ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 15 set. 2018.

¹²⁹ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 178.

¹³⁰ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 76.

¹³¹ OXFORD ISLAMIC STUDIES ONLINE. **Muhsan**. Disponível em: <www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1587>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹³² Texto original: “Legal concept describing the personal status of an individual who either has never committed an act of illicit intercourse or has consummated a lawful marriage to a free partner”.

¹³³ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 63.

Este crime também se aplica, em situação diferente, ao marido que falsamente acusar a mulher de ter gerado um filho ilegítimo.¹³⁴ Essa conduta implicaria uma relação sexual ilegal por parte da esposa, se encaixando no tipo penal em questão.

Naturalmente, este delito está intrinsecamente conectado com o crime de *zinà*, já examinado. Isto porque a acusação de difamação no que concerne relação sexual ilícita representa uma defesa da pessoa que, por sua vez, foi apontada como tendo incorrido na conjunção carnal ilegal. Neste caso, a punição de um implica, necessariamente, na absolvição da outra parte. Em outras palavras, ou a acusação é mentirosa e o acusador incorrerá no crime de *qadhif*, ou é verdadeira e o acusado terá incorrido no crime de relação sexual ilegal.

É importante mencionar que as únicas pessoas com capacidade ativa de denunciar alguém do delito em questão são aqueles que estão sendo acusados de conduta inadequada, quais sejam: o possível adúltero ou fornicador e a mulher acusada de ter tido um filho fora de seu casamento.¹³⁵

A Lei Sagrada, fonte originária de tal proibição, posiciona-se sobre o assunto através, novamente, da 24ª Surata. O tema é bastante explorado, mas listam-se abaixo os versículos mais importantes:

4 E aqueles que difamarem as mulheres castas, sem apresentarem quatro testemunhas, infligi-lhes oitenta vergastadas e nunca mais aceiteis os seus testemunhos, porque são depravados.

5 Exceto aqueles que, depois disso, se arrependerem e se emendarem; sabeis que Deus é Indulgente, Misericordiosíssimo.

6 E aquele que difamar a sua esposa, em mais testemunhas do que eles próprios, que um deles jure quatro vezes por Deus que é um dos verazes.

7 E na quinta vez pedirá que a maldição de Deus caia sobre ele, se for perjuro.

(...)

11 Aqueles que lançam a calúnia, constituem uma legião entre vós; não considereis isso coisa ruim para vós; pelo contrário, é até bom. Cada um deles receberá o castigo merecido por seu delito, e quem os liderar sofrerá um severo castigo.¹³⁶

¹³⁴ MA', Arafa. Islamic Criminal Law: The Divine Criminal Justice System Between Lacuna and Possible Routes. **Journal of Forensic and Crime Studies**. [S. l.], v. 2, n. 1, 2018. p. 3.

¹³⁵ COMPARATIVE Criminal Law and Enforcement: Islam – False Accusation of Unlawful Intercourse (kadhf). Disponível em: <<http://law.jrank.org/pages/662/Comparative-Criminal-Law-Enforcement-Islam-False-accusation-unlawful-intercourse-kadhif.html>>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹³⁶ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 15 set. 2018.

Como em todos os *hudud*, a pena para os crimes é estabelecida no próprio Alcorão ou na Sunna. Neste caso, como é possível perceber no versículo 4, o castigo para a infração de falsa acusação de relação sexual ilícita é de 80 vergastadas, além da perda do direito de testemunhar até que advenha um arrependimento. Além disso, o *qadhif* pode, também, ser evitado caso o acusado de difamação consiga comprovar sua versão dos fatos através de quatro testemunhas.¹³⁷

Joseph Schacht¹³⁸ menciona, ainda, que, caso a tipificação do crime não seja perfeita no caso concreto, a conduta, sendo reprovável, pode ser punida com penas *ta'azir*, ficando o castigo a cargo da discricionariedade do *qadi*. Isso acontece, por exemplo, quando o acusado é um escravo ou um infiel, alguém não muçulmano.

Outrossim, Raj Bhala¹³⁹, professor da Universidade de Kansas, aponta que outros tipos de difamações, desta vez sobre temas externos à esfera sexual, também são regulamentados, porém com penas *ta'azir*. Chamar um muçulmano de pecador (*tasik*) ou insultar a sua mãe (*kahba*), por exemplo, são atitudes que podem ensejar punição com açoites em um número a ser determinado pelo *qadi*. O mesmo acontece quando descendentes do Profeta ou estudiosos da Shari'a são chamados de cachorros.

4.3 EMBRIAGUEZ (*SHURB AL-KHAMR*)

O delito de embriaguez é inicialmente tratado como a proibição de consumo de vinho, diretriz trazida no Alcorão no versículo 90 da 5ª Surata, que lê: “ó, fiéis, as bebidas inebriantes¹⁴⁰, os jogos de azar, a dedicação às pedras e as adivinhações com setas, são manobras abomináveis de Satanás. Evitai-os, pois, para que prospereis.”¹⁴¹

¹³⁷ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 63.

¹³⁸ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 179.

¹³⁹ BHALA, Raj. **Understanding Islamic Law: Shari'a**. [S. l.]: LexisNexis, 2011. Sem paginação. Disponível em: <<https://bit.ly/2ymeyCe>>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁴⁰ Em versões do Alcorão em inglês, o termo utilizado é “wine”, que significa vinho. Na versão em português da Lei Sagrada utilizada neste trabalho, o uso de “bebidas inebriantes” dá a entender que outras bebidas alcoólicas já são abrangidas pelos preceitos corânicos, o que não é o caso.

¹⁴¹ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Esta obrigação de não fazer, bem como o descontentamento com tal conduta, são reforçados também em outras partes da Lei Sagrada. No versículo 219 da segunda Surata, por exemplo, é dito: “interrogam-te a respeito da bebida inebriante e do jogo de azar; dize-lhes: Em ambos há benefícios e malefícios para o homem; porém, os seus malefícios são maiores do que os seus benefícios”. Já o versículo 43 da 4ª Surata assevera que “ó, fiéis, não vos deis à oração, quando vos achardes ébrios, até que saibais o que dizeis, nem quando estiverdes polutos pelo dever conjugal (...) até que vos tenhais higienizado”.¹⁴²

Esse crime, enquadrado entre os de natureza político-religiosa¹⁴³, tem o objetivo de proteger o uso saudável da razão humana. Naturalmente, a embriaguez causa “ofuscamento” e “incapacidade” da mente, impedindo e afastando o homem dos ensinamentos e cânones do Islã.¹⁴⁴

Através do uso da analogia (*qiyas*), passou-se a considerar, para fins de tipificação do crime de embriaguez, qualquer substância, alcohólica ou entorpecente, que cause estado de confusão mental. Joseph Schacht¹⁴⁵ explica, em outras palavras, que este desregramento pode dar-se em duas situações: através do consumo de qualquer quantidade de vinho, sendo aqui seguido o Alcorão em sua literalidade, e através do alcance do estado de inebriação por qualquer outra causa.

O autor sinala, ainda, que, para a prova de tal conduta ilícita, há de se comprovar que o consumo das substâncias foi voluntário. Na prática, isto significa que encontrar uma pessoa em estado de embriaguez não é suficiente para prendê-lo.¹⁴⁶

Contudo, percebe-se que o referido versículo corânico, apesar de deixar clara a obrigação de não-fazer, silencia-se quanto à punição adequada para esta ilicitude. Cabe, assim como no caso da pena a ser aplicada para adultério, a um *hadith*¹⁴⁷ do Profeta suprir esta lacuna. Sobre este assunto, o seguinte dizer é atribuído a ele:

¹⁴² O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁴³ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 76.

¹⁴⁴ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 71.

¹⁴⁵ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 179.

¹⁴⁶ Ibid., p. 179.

¹⁴⁷ 'ASQALANI, Bulūgh apud PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 64.

Once a man who had drunk wine was brought before the Prophet. He then inflicted about forty strokes with two palm-leaf stalks on him. Abu Bakr did the same. But when 'Umar came to power he consulted the people and then 'Abd al-Rahman ibn 'Awf said, 'The lightest of all fixed penalties is eighty [strokes].' Thereupon 'Umar decreed this.¹⁴⁸

Depreende-se da clareza deste *hadith* que a punição para o estado inebriante é de 80 açoites – 40, caso se trate de escravos.

4.4 FURTO (SARIQA)

Sariqa, ou furto, é um dos delitos mais peculiares e detalhados de todo o Direito Penal Muçulmano. Trata-se, em consonância com a definição utilizada nos ordenamentos jurídicos ocidentais, da subtração de um bem móvel que não pertencia à pessoa que o subtraiu, enquadrando-se no grupo dos crimes de lucro dentro das ofensas contra o patrimônio.¹⁴⁹

Inicialmente, esta matéria seria enquadrada no âmbito do Direito Civil, área da qual se originaria a obrigação de reparação de danos e de restituição do bem perdido, sendo o principal interesse tutelado a propriedade privada. No entanto, dentro do contexto islâmico, o tópico passa a ser visto como criminal, pois ocorre o preenchimento de diversos elementos específicos que tipificam a ilicitude como um crime *hadd*.

De acordo com Rudolph Peters¹⁵⁰, existem elementos específicos que devem, necessariamente, ser observados para a ocorrência do *hadd*. Para adquirir tal status, a conduta deve acontecer secretamente, o objeto subtraído deve ser bem móvel de um determinado valor mínimo (*nisab*), não sendo de propriedade ou co-propriedade do acusado e não estando sob seus cuidados (*hirz*). O item deve, também, ser retirado de um local guardado e seguro.

Há de se mencionar que o objeto furtado deve ser licitamente passível de posse de acordo com as leis e tradições islâmicas. Isso significa que vinho e carne

¹⁴⁸ Tradução livre: “Uma vez um homem que havia bebido vinho foi trazido diante do Profeta. Ele, então, infligiu cerca de quarenta vergastadas com dois caules de folhas de palmeira nele. Abu Kabr fez a mesma coisa. Mas quando 'Umar assumiu o poder ele consultou as pessoas e então 'Abd al-Rahman ibn 'Awf disse: 'A mais leve de todas as penalidades fixas é oitenta (açoites).' Então, 'Umar decretou isto'.”

¹⁴⁹ CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 76.

¹⁵⁰ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 56.

de porco, por exemplo, caso roubados, não ensejam a tipificação de *sariqa*, haja vista o fato de estes objetos não poderem ser adquiridos pelos fiéis. O mesmo se dá quando do roubo de objetos sagrados, como cópias do Alcorão, e de utensílios dos quais o agressor é dono parcial, o que pode acontecer com elementos de propriedade privada ou pública.¹⁵¹

Joseph Schacht¹⁵² complementa o estudo deste crime mencionando que o caráter furtivo do furto afasta a sua incidência nos casos de roubo às claras e para batedores de carteiras. Já a necessidade de o objeto encontrar-se em custódia implica dizer que o *hadd* não acontecerá quando se der entre parentes (*mahram*), nos casos de fraude (*khiyana*) e quando a subtração for de objeto situado em casa onde o acusado foi permitido ou convidado a entrar.

A excludente de tipificação decorrente do correto, seguro e protegido armazenamento dos itens valiosos, por sua vez, coloca certa responsabilidade nos proprietários. Isso porque cabe a eles, sabendo da importância do objeto, não deixá-lo à mercê do destino. Sendo assim, caso eles falhem em protegê-lo, não haverá de se falar em *saqira*.

Ressalta-se, porém, que o fato de estas brechas à aplicação das penas *hudud* existirem em grande quantidade não implica dizer que estas condutas, ilegais e proibidas, serão simplesmente ignoradas pelo ordenamento jurídico muçulmano. Por não se tratar de *saqira*, a penalidade fixa não poderá ser aplicada. No entanto, a cada um dos casos concretos caberá a execução de um castigo alternativo, consistindo em alguma dentre as outras penas *ta'azir* estudadas.

Ademais, pontua-se a existência de muita divergência quanto a diversos detalhes da *saqira* entre as quatro escolas sunitas do Direito Muçulmano (*madhahib*), que se chamam hanifita, malikita, chafiita e hanbalita.¹⁵³ No entanto, é pacificado na doutrina que é condição *sine qua non* para a qualificação do ato como *hadd* que o objeto subtraído tenha valor igual ou superior a 10 dirrãs¹⁵⁴ (*dirhams* em árabe), moeda até hoje utilizada em vários países árabes. Destaca-se, ainda, que no

¹⁵¹ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 180.

¹⁵² Ibid., p. 180.

¹⁵³ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 150 – 151.

¹⁵⁴ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 56.

caso de crime efetuado por mais de uma pessoa, o valor do objeto dividido pelo número de autores deve ser igual ou superior ao *nisab*.¹⁵⁵

Esse ilícito é mencionado no Alcorão no versículo 188 da 2ª Surata e no versículo 28 da 5ª, que dizem, respectivamente: “não consumais as vossas propriedades em vaidades, nem as useis para subornar os juízes, a fim de vos apropriardes ilegalmente, com conhecimento, de algo dos bens alheios”¹⁵⁶ e “quanto ao ladrão e à ladra, decepai-lhes a mão, como castigo de tudo quanto tenham cometido; é um exemplo, que emana de Deus, porque Deus é Poderoso, Prudentíssimo”.¹⁵⁷

Há quem mencione também um *hadith*¹⁵⁸ do Profeta narrado por ‘A’isha, a mesma mulher citada no *qadhí*, de acordo com o qual é creditada a Maomé a seguinte fala: “a mão de um ladrão não deve ser cortada exceto por um quarto de *dinar* ou mais”.¹⁵⁹

De qualquer feita, percebe-se pela redação da Lei Sagrada que a pena a ser aplicada àqueles que incorrerem no delito de furto é a amputação da mão direita e subsequente amputação do pé esquerdo em caso de reincidência. Se a conduta repetir-se após os dois primeiros castigos, o acusado deve permanecer preso até que demonstre arrependimento.¹⁶⁰

As peculiaridades da punição são ponto de bastante diferenciação entre Sunitas e Xiitas. Menciona-se, a título de curiosidade, que, enquanto os primeiros pregam a amputação de toda a mão direita a partir do pulso, os segundos defendem a mutilação de quatro dedos.¹⁶¹

Outro aspecto relevante da *saqira* é o papel da vítima na persecução da denúncia. Joseph Schacht¹⁶² elucida que, apesar de tratar-se de matéria classicamente situada no âmbito privado do Direito, o furto é visto com um caráter público no Direito Muçulmano. A consequência disso é que a vítima perde o direito

¹⁵⁵ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 180.

¹⁵⁶ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ BURKHARI & MUSLIM apud LAWAN, Mamman, et. al. **An Introduction to Islamic Criminal Justice: a teaching and Learning Manual**. [S. l.]: UK Center for Legal Education, 2011. p. 29.

¹⁵⁹ Texto original: “A thief’s hand should not be cut off except for a quarter of *dinar* and upwards”.

¹⁶⁰ SCHACHT, op. cit., p. 180.

¹⁶¹ LAWAN, Mamman, et. al. **An Introduction to Islamic Criminal Justice: a teaching and Learning Manual**. [S. l.]: UK Center for Legal Education, 2011. p. 30.

¹⁶² PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 57.

de conceder perdão ao acusado a partir do momento que esta formaliza a denúncia e demanda a aplicação da pena fixa. Deste ponto em diante, apenas a escolha da vítima de doar o objeto furtado para o acusado é capaz de minorar sua pena. O mesmo efeito é alcançado caso este tome a iniciativa de retornar o objeto furtado àquela antes do julgamento.

4.5 PERTURBAÇÃO DA PAZ (*HARABA* OU *QAT 'AL-TARIQ*)

O delito de perturbação da paz, assim como o de furto, enquadra-se nos crimes de lucro, atentando contra a propriedade. No entanto, este ilícito é bem mais abrangente do que o que esta classificação dá a entender.

De acordo com Rudolph Peters¹⁶³, trata-se de “mostrar armas com objetivo de assustar pessoas viajando por vias públicas e de impedi-las de continuar sua jornada”.¹⁶⁴ Ele menciona, também, que os assaltantes em questão devem ser mais fortes que as vítimas, que, por sua vez, devem encontrar-se sem possibilidade de escapar.

A previsão da *haraba* como crime *hadd* advém dos versículos 33 e 34 da 5ª Surata do Alcorão, que dizem, respectivamente, que:

33 O castigo, para aqueles que lutam contra Deus e contra o Seu Mensageiro e semeiam a corrupção na terra, é que sejam mortos, ou crucificados, ou lhes seja decepada a mão e o pé opostos, ou banidos. Tal será, para eles, um aviltamento nesse mundo e, no outro, sofrerão um severo castigo.

34 Exceto aqueles que se arrependem, antes de caírem em vosso poder; sabeis que Deus é Indulgente, Misericordiosíssimo.¹⁶⁵

Percebe-se que aqui quatro penas fixas são previstas, quais sejam: banimento, amputação, morte e crucificação. Neste ponto, as escolas sunitas do Direito encontram campo livre para interpretações, dispersando-se quanto às exatas regras de punição e analisando a situação de acordo com o ponto de vistas específicos de seus contextos societários, bastante diversificados entre si.

¹⁶³ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 57.

¹⁶⁴ Texto original: “The shown of drawn weapons in order to frighten people travelling on a public road and to prevent them from continuing on their journey”.

¹⁶⁵ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

De toda feita, todas as escolas, com exceção da malikita, acreditam que haja uma correspondência entre as circunstâncias, agravantes do caso concreto e a punição a ser aplicada. Com base nisto, nos deparamos com quatro situações distintas: caso haja apenas o impedimento de trânsito das pessoas, incorrem os culpados em banimento ou prisão até arrependimento. Se houver bloqueio e furto, aqui entendido com todos os elementos já apresentados para a *saqira*, inclusive o *nisab*, o sofrimento é a *cross-amputation*, a amputação da mão direita e do pé esquerdo na mesma ocasião. Já no terceiro cenário, existe homicídio e a pena é de morte, enquanto na quarta possibilidade trata-se da combinação do ato de saquear e o de matar alguém, o que enseja a morte por crucificação.¹⁶⁶

Na mesma linha, Joseph Schacht¹⁶⁷ pontua que:

(...) the penalties inflicted differ according to the different facts of the case. If only plunder has happened and the value of the loot, when divided by the number of culprits, at least equals the minimum amount required for the *hadd* for theft to be applicable, the right hand and the left foot are cut off; if only homicide has happened, execution with the sword takes place, not as retaliation but as *hadd*; if both plunder and homicide have happened, execution by crucification alive takes place.¹⁶⁸

Ademais, é importante perceber que este crime é visto como um delito coletivo. Essa característica, além de implicar que ele não pode ser executado por apenas uma pessoa, tem efeitos importantes na culpabilização ou absolvição dos agressores. Isso porque, de acordo com o Direito Penal Muçulmano, a pena deve ser aplicada igualmente para todos os envolvidos, independentemente do papel específico que cada um desempenhou no contexto geral. Isto implica dizer que, caso um dos acusados seja menor de idade ou considerado inimputável em virtude de insanidade, por exemplo, nenhum dos outros membros do grupo pode ser processado pelo delito *hadd* de distúrbio da paz. Permanece, contudo, a responsabilidade pessoal pelos atos acessórios cometidos, que podem ser, como já citado, homicídio e furto, devendo aos acusados serem aplicados os castigos

¹⁶⁶ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 58.

¹⁶⁷ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 181.

¹⁶⁸ Tradução livre: "(...) as penalidades infligidas diferem de acordo com os diferentes fatos do caso. Se houver acontecido apenas o saque e o valor do objeto roubado, quando dividido pelo número de culpados, pelo menos igualar-se à quantidade mínima necessária para o delito *hadd* de furto ser aplicado, a mão direita e o pé direito são cortados; se apenas homicídio aconteceu, execução com a espada acontece, não como retaliação, mas como *hadd*; se tanto saque quanto homicídio tiverem acontecido, execução por crucificação enquanto vivo acontece".

correspondentes às ilicitudes praticadas concomitantemente ao *haraba* não penalizado.¹⁶⁹

4.6 APOSTASIA (RIDDA)

A apostasia, ou *ridda*, enquadra-se dentro dos crimes político-religiosos, assim como a embriaguez. Aqui temos a criminalização da “desistência” do Islã, do abandono religioso por parte de um fiel, e o nítido objetivo de proteção, defesa e promoção da religião, base para todo o aparato moral, político, econômico e jurídico que se está estudando.

Essa recusa criminalizada pode dar-se tanto através de atos quanto de palavras. Em virtude disso, entende-se, também, como crime de *ridda* condutas contrárias aos preceitos e cânones do Islã, que o desrespeitem ou diminuam. Isso porque a rejeição ao islamismo pode dar-se tanto de maneira explícita, através da escolha direta e aberta de outra religião ou da ofensa direta a ele, como de maneira implícita, através do desrespeito de um dos pilares que o fiel deve seguir para ser considerado muçulmano. Dentro deste último grupo enquadrar-se-iam, por exemplo, as condutas de maus tratos a cópias do Alcorão ou a negação da obrigatoriedade do jejum durante o Ramadã.¹⁷⁰

Dentro da ciência jurídica do Direito Muçulmano, muito se discute acerca do status de crime *hadd* da apostasia. Isto fica claro quando da análise das escolas do Direito, pois, apesar de um consenso majoritário, há a escola hanafita, no contexto sunita, e todo o estudo xiita que negam esta possibilidade.¹⁷¹

De qualquer forma, a origem da proibição, bem como o castigo a ser aplicado, advém de um *hadith*¹⁷² do Profeta e do versículo 217 da 2ª Surata do Alcorão. É creditada a Maomé a seguinte fala: “se alguém mudar sua religião, então o mate”.¹⁷³ Já a Lei Sagrada pontua, ao falar sobre combates no mês sagrado, que:

¹⁶⁹ SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 181.

¹⁷⁰ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 64.

¹⁷¹ Ibid., p. 65.

¹⁷² ASQALANI, Bulūgh apud PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 65.

¹⁷³ Texto original: “If someone changes his religion, then kill him”.

Os incrédulos, enquanto puderem, não cessarão de vos combater, até vos fazerem renunciar à vossa religião; porém, aqueles dentre vós que renegarem a sua fé e morrerem incrédulos tornarão as suas obras sem efeito, neste mundo e no outro, e serão condenados ao inferno, onde permanecerão eternamente.¹⁷⁴

Apesar de restar clara a pena a ser aplicada aos apóstata, a morte, o modo como ela deve ser executada não é descrito em detalhes, o que abre margem para diferentes interpretações. Sobre o tópico, Lorenzo Ascanio¹⁷⁵ aponta que o tratamento do culpado há de variar de acordo com o seu gênero. Para homens, a punição é a morte por decapitação. Já para mulheres, é prevista a prisão até que advenha o arrependimento.

Em todos os casos, deve ser concedido um período a ser contado a partir do veredito de apostasia para que o acusado repense suas escolhas e se arrependa. Bassiouni¹⁷⁶ pontua, contudo, que a extensão desse prazo é bastante discutida, variando dentre as quatro principais escolas jurídicas sunitas: enquanto algumas defendem o prazo de 3 dias, outras apontam 10 dias ou até mesmo uma quantidade de tempo mais longa.

Outros pormenores interessantes sobre este delito são mencionados por Rudolph Peters.¹⁷⁷ De acordo com o autor, nos casos de apostasia decorrentes de insultos diretos ao Profeta, a pena de morte deve ser executada imediatamente, não havendo oportunidade para arrependimento. Esta segunda chance também não deve ser concedida àqueles que cometem *ridda* enquanto passam a impressão de continuarem sob o islamismo. Isto porque, a partir do momento que mentiram e mantiveram as aparências, torna-se impossível aferir a veracidade de uma possível mudança de pensamento que levasse à sua retratação.

4.7 TRANSGRESSÃO (*BAGHI*)

¹⁷⁴ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁷⁵ PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014. p. 72.

¹⁷⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes and the Criminal Process. **Arab Law Quarterly**. [S. l.], v. 12, n. 3, 1997. p. 277.

¹⁷⁷ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 65.

Último dos crimes *hudud* a ser analisado, o delito de *baghi* é conhecido com transgressão ou rebelião. Na mesma linha da *ridda* e da embriaguez, trata-se de um ilícito político-religioso cuja proibição visa proteger e defender o Islã.

A posição da Lei Sagrada sobre este crime encontra-se na Sutura 49, especificamente no versículo 9, que diz, *in verbis*:

E quando dois grupos de fiéis combaterem entre si, reconciliai-os, então. E se um grupo provocar outro, combatei o provocador, até que se cumpram os desígnios de Deus. Se porém, se cumprirem (os desígnios), então reconciliei-os equitativamente e sede equânimes, porque Deus aprecia os equânimes.¹⁷⁸

De acordo com a doutrina, a definição do delito em si distancia-se um pouco do preceito corânico. Para Bassiouni¹⁷⁹, trata-se de qualquer insurreição contra um *Imam*, um líder legitimamente estabelecido, com uso de força. A dificuldade de discutir este tema encontra-se no fato de que todo muçulmano tem não apenas o direito como também o estímulo a rebelar-se contra líderes considerados injustos. Isto acarreta uma natural discussão acerca da justiça ou injustiça da insurreição, questionando-se tanto a conduta do *Imam* quanto a dos acusados.

A pena a ser aplicada, de acordo com Muhammad Al-Awa¹⁸⁰, seria a capital. Ele aponta, também, que diversos ordenamentos jurídicos atuais, como o egípcio em seu Código Penal, mencionam esta ilegalidade, apontando tratar-se de ofensas contra a segurança nacional do Estado.

Haja vista a complexidade do tema, bem como a extensa divergência acerca de seu enquadramento como *hadd*, feito apenas por poucas escolas sunitas do Direito Muçulmano, decidiu-se pela menção do delito no presente trabalho sem adentrar em suas peculiaridades.

Resta, agora, a análise de como estas penas fixas do Direito Muçulmano, bem como as condutas criminalizadas, são recebidas pela Comunidade

¹⁷⁸ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁷⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes and the Criminal Process. **Arab Law Quarterly**. [S. l.], v. 12, n. 3, 1997. p. 278.

¹⁸⁰ AL-AWA, Muhammad. Does rebellion carry a mandatory punishment? **Arab News**. 2002. Disponível em: <<http://www.arabnews.com/node/217478>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Internacional, especialmente a parte desta responsável pelos crescentes e propagados ideias dos Direitos Humanos.

5 ANÁLISE CRÍTICA DAS PENAS FIXAS DO DIREITO PENAL MUÇULMANO À LUZ DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A tutela dos Direitos Humanos, apesar de mais difundida e estudada na realidade brasileira do que os próprios preceitos do Direito Muçulmano, não deixa de ser outro tema que muitas vezes carece de embasamento e de ratificação acadêmica quando tratado diariamente.

Por essa e outras razões, a serem expostas no presente capítulo, a importância de tal seara da ciência jurídica, que se encontra em pleno desenvolvimento nos dias de hoje, é inegável e, de certa forma, ainda incipiente, no sentido de que se situa em um campo relativamente inexplorado se comparado a todo o seu potencial produtivo.

Pautados, a grosso modo, na atribuição de direitos inalienáveis aos seres humanos pela sua própria natureza humana, e na promoção de princípios de respeito aos mais diversos aspectos da vida das pessoas, tanto internacional quanto nacionalmente, os Direitos Humanos são normas de *jus cogens*, imperativas no contexto internacional.

Diante disto, há de se questionar como se dá a interseção entre estes dois setores, o grupo de direitos inalienáveis e o Direito Muçulmano, especificamente no que concerne a sua parte criminal. Isto porque estas esferas aparentam ser incompatíveis até mesmo para o olhar mais despreparado.

O presente capítulo objetiva examinar os Direitos Humanos sob o ponto de vista do Direito Islâmico, analisando as posições do primeiro no que diz respeito à aplicação das penas fixas da Shari'a, apresentadas no capítulo anterior, e sugerindo soluções para pontos sensíveis.

Para tal faz-se mister, inicialmente, uma breve explanação sobre a origem dos Direitos Humanos e a interferência que este tem no Direito Internacional como um todo, o que inclui, naturalmente, as relações diplomáticas, políticas e econômicas entre Estados.

5.1 DA ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS E DA PERCEPÇÃO ISLÂMICA

Em meados do século XX, a sociedade mundial encontrava-se diante de grandes obstáculos à harmonia internacional, notadamente as duas Guerras

Mundiais e a Guerra Fria. Do esforço de balancear as expectativas dos Estados, bem como da vontade geral de impedir que abusos grotescos à vida humana respaldados em ideias ultranacionalistas continuassem a acontecer, surge o interesse em consolidar um grupo de Direitos indiscutíveis e indivisíveis, vistos como tal por não ter sua validação e efetividade atrelados a qualquer outro critério que não seja a própria essência de ser humano.

Essa tentativa de normatização das relações interestatais no âmbito supranacional representou, nas palavras de Flavia Piovesan¹⁸¹, uma quebra de paradigma: se, durante os conflitos, houve a submissão do valor da pessoa humana aos interesses políticos da época, passa-se, agora, à reconstrução da dignidade de todos os cidadãos, que passa a ser vista como “referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”.

Essa mudança, como bem pontuam Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles¹⁸², surge como consequência do que se percebeu com as experiências do nazismo e do fascismo: não é a partir do Estado que os cidadãos devem ser vistos como titulares de direitos. Pelo contrário, cabe àqueles limitarem seus poderes e suas atuações de modo a resguardar e proteger estes.

O efeito dessas experiências com o totalitarismo foi o mesmo de acontecimentos históricos posteriores, como o Apartheid, o movimento anticolonialista e a luta contra a opressão dos regimes soviéticos: a internacionalização dos Direitos Humanos.¹⁸³ Isto pois o que todos estes conflitos tem em comum é, justamente, um moral e aberto desrespeito pela condição humana, com tratamentos tão inaceitáveis e reprováveis que a Comunidade Internacional sentiu-se impelida a, no mínimo, posicionar-se, chegando até mesmo a intervir em tentativas de solucionar os desacordos.

Como explica Flavia Piovesan¹⁸⁴, é superada a “era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania”. A partir deste momento consolida-se a

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

¹⁸² TRINDADE, Antônio; CANÇADO, Augusto. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2003. p. 106 – 107.

¹⁸³ FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000. p. 4.

¹⁸⁴ PIOVESAN, op. cit., p. 12.

ideia de que os Direitos Humanos são universais e indivisíveis e, sobre esses aspectos, a autora elucida¹⁸⁵, de maneira interessante, que:

Universalidade (...) clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta com valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância de direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civil e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Desde cenário emergem várias consequências. A primeira é a progressiva normatização dos Direitos Humanos no âmbito internacional através a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948¹⁸⁶, e a conseguinte elaboração de vários outros dispositivos, dentre os quais se menciona os dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹⁸⁷ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), haja vista a relevância de ambos para o presente trabalho.¹⁸⁸

A segunda consequência, por sua vez, é a pretensão de aplicação e respeito total dessas regras a nível mundial, o que implica em diversos desdobramentos que afetam aspectos como a soberania e as estruturas político, econômico e religiosa vários Estados. É neste âmbito que surge a questão do Direito Muçulmano.

Com o advento da Guerra Fria e a consequente polarização mundial, os Direitos Humanos passaram a ser vistos como portadores de uma pesada carga ideológica¹⁸⁹. Esta discussão, naturalmente, expõe o estado completamente polarizado em que se encontrava o mundo no momento. Se, por um lado, o ocidente

¹⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 13.

¹⁸⁶ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

¹⁸⁷ BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000. p. 8.

era acusado de utilizar estes regramentos como instrumento de pressão para controle de questões de geopolítica internacional¹⁹⁰, por outro lado, o oriente tinha estes ataques interpretados como desculpas de governos autoritários para justificar a não cooperação com os padrões internacionais, impedindo a responsabilização interna ou externa de suas condutas.¹⁹¹

A superação deste problema, por sua vez, deu margem para outro questionamento, este até hoje utilizado como argumento enfraquecedor da universalidade da tutela internacional da pessoa humana: a origem culturalmente “afetada” deste grupo de princípios e regras.

Nota-se, pelo exposto até o presente momento, que, de fato, a origem dos Direitos Humanos se deu no ocidente como resposta a problemas que envolviam sujeitos internacionais do ocidente e com pouca ou nenhuma participação de atores dos “movimentos não-alinhados”. Como bem explica Mohammad Abed al-Jabri¹⁹²:

The Universal Declaration of Human Rights that was heralded in Western culture (like the American Declaration of Independence in 1776; the French Declaration of the National Assembly, in 1789; and the UN Declaration, in 1948) finds its authoritative historical point of reference in the givens of the Western Nations and appears to be the outcome of situations experienced by those nations.¹⁹³

Depreende-se deste contexto que, se considerando excluídos do processo formativo da nova legislação, alguns atores internacionais, dentre os quais os países de maioria islâmica, quando cobrados pelo Direito Internacional acerca da aplicação e tutela destes direitos fundamentais, questionam a efetividade do sistema. Parece-lhes que o processo de elevação de preceitos à indisponibilidade acontece apenas com atenção ao ponto de vista consolidado nos países-fundadores.

¹⁹⁰ AL-JABRI, Mohammad Abed. **Democracy, Human Rights and Law in Islamic Thought**. Hamra: Centre for Arab Unit Studies; Londres: I.B. Tauris, 2009. p. 176.

¹⁹¹ FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000. p. 8.

¹⁹² AL-JABRI, op. cit., p. 176.

¹⁹³ Tradução livre: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi pioneira na cultura ocidental (como a Declaração de Independência americana em 1776; a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; e a Declaração das Nações Unidas de 1948) encontra autoridade histórica do ponto de referência das nações ocidentais e parece ser o resultado de situações vividas por estas nações.”

Richard A. Falk¹⁹⁴, compactuando com esta linha de pensamento, aponta para os perigos da “romantização” desta normatização dos Direitos Humanos. De acordo com ele, a universalização destes direitos:

(...) can easily be confounded with the cultural arrogance of a geopolitical leadership that self-confidently disseminates its particular worldview as if it were universally valid. How human rights fits into this dynamic of Western dominance in both its Eurocentric and later American phases is a critical element in any convincing claim to the effect that international human rights as now understood in the West possesses a universal applicability.¹⁹⁵

Este afrontamento é real e significativo da perspectiva do Direito Muçulmano, que passa a questionar a universalidade dos Direitos Humanos e, assim, a obrigatoriedade de sua aplicação, principalmente no que concerne a área criminal, que, como demonstrado nos capítulos anteriores, é uma das que mais se distancia da visão ocidental do Direito.

Mark A. Gabriel¹⁹⁶ pontua a existência de importantes críticas aos Direitos Humanos como nós conhecemos por parte dos muçulmanos ortodoxos, todas remontando, em sua base, ao fato de supostamente tratar-se de uma invenção ocidental. De acordo com o autor, qualquer tipo de sugestão normativa ou moral vinda do ocidente que contrarie o Islã será vista com maus olhos, pois este, enquanto produto divino, é infalível. Diante de sua infalibilidade, qualquer coisa que o contradiga é imoral e destrutiva, uma doença infecciosa que deve ser erradicada.

Além disso, existe certa aversão a ideais ocidentais em virtude do histórico colonialista desta parte do mundo. Muitos estudiosos muçulmanos acreditam que, ao negarem a validade dos Direitos Humanos da outra parte do globo, estão livrando a cultura muçulmana da corrupção e da influência de princípios negativos que visam à aniquilação da identidade islâmica e à defraudação de seu principal instituto, a Shari'a.¹⁹⁷

¹⁹⁴ FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000. p. 1.

¹⁹⁵ Tradução livre: “(...) pode facilmente ser confundido com a arrogância de uma liderança geopolítica que dissemina sua visão de mundo particular como se fosse universalmente válida. Como os direitos humanos se encaixam nesta dinâmica de dominação ocidental tanto em sua fase eurocêntrica quanto americana é um elemento crucial em qualquer argumentação convincente de que os direitos humanos internacionais como entendidos atualmente no ocidente possuem aplicabilidade universal”.

¹⁹⁶ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 56.

¹⁹⁷ Ibid., p. 57 – 58.

Nessa discussão vem à baila, ainda, mais dois aspectos: a liberdade religiosa dos países de maioria muçulmana e a ideia de que a Shari'a já traz, dentro de seu texto, proteções de Direitos Humanos. Inicialmente, pontua-se a ironia na requisição de "imunidade" em virtude de preceitos religiosos, haja vista o fato de que o respeito a liberdade encontra-se dentro do rol de direitos tutelados pelos Direitos Humanos. Ou seja, existe a tentativa de utilização de um preceito defendido como norma de *jus cogens* para justificar a não aplicação das mesmas normas.

De fato, como já explanado no presente trabalho, o Islã como religião é o guia máximo de todas as áreas da vida dos cidadãos, vistos aqui indissociavelmente como cidadãos-crentes. Isto implica dizer que a religiosidade e os preceitos dela oriundos são a bússola moral, econômica, política, social e jurídica dos Estados a ela submetidos. Logo, insinuar que determinados aspectos do Direito Muçulmano encontram-se em desacordo com o Direito Internacional implica, necessariamente, dizer que há algo de errado com o Islã, o que, por sua vez, é inconcebível.

No segundo ponto, argumenta-se que a Shari'a não apenas tutela e protege direitos pertencentes ao rol dos Direitos Humanos como o fez antes das sociedades do ocidente¹⁹⁸, principalmente através dos cinco aspectos indispensáveis defendidos pelo Islã, quais sejam: religião, vida, intelecto, família e propriedade, nesta ordem de importância. A diferença é que os Direitos Humanos islâmicos, assim como a ciência do Direito nesta esfera, são vistos como divinos, oriundos diretamente da vontade de Alá.¹⁹⁹

De fato, Mark A. Gabriel²⁰⁰ pontua que uma análise do Alcorão permite perceber pontos de interseção entre a Shari'a e as concepções "ocidentais" de Direitos Muçulmanos, como a proteção da santidade da vida, da dignidade de todas as pessoas, do direito à privacidade e até mesmo da liberdade de religião, respectivamente nas seguintes passagens corânicas:

17:33 Não mateis o ser que Deus vedou matar, senão legitimamente; mas, quanto a quem é morto injustamente, facultamos ao seu parente a represália; porém, que não exceda na vingança, pois ele está auxiliado (pela lei);
(...)

¹⁹⁸ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 62.

¹⁹⁹ Ibid., p. 65 – 66.

²⁰⁰ Ibid., p. 66.

17: 70 Enobrecemos os filhos de Adão e os conduzimos pela terra e pelo mar; agraciamo-os com todo o bem, e preferimos enormemente sobre a maior parte de tudo quanto criamos;

(...)

49:12 Ó, fiéis, evitai tanto quanto possível a suspeita, porque algumas suspeitas implicam em pecado. Não vos espreiteis, nem vos calunieis mutuamente. Quem de vós seria capaz de comer a carne do seu irmão morto? Tal atitude vos causa repulsa! Temei a Deus, porque Ele é Remissório, Misericordiosíssimo.

(...)

2:256 Não há imposição quanto à religião, porque já se destacou a verdade do erro. Quem renegar o sedutor e crer em Deus, Ter-se-á apegado a um firme e inquebrável sustentáculo, porque Deus é Oniouvinte, Sapiientíssimo.²⁰¹

Além disso, existiram, sim, esforços notáveis de países muçulmanos para pelo menos aproximar-se dos ideais internacionalmente consolidados de Direitos Humanos, notadamente através de dois instrumentos: a Carta Árabe de Direitos Humanos, adotada pela Liga dos Estados Árabes em 1994, e a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, de 1990, ambas sujeitas aos preceitos da Lei Sagrada.²⁰²

No entanto, é inegável que existam incongruências entre este discurso e a realidade apresentada no Direito Penal Muçulmano. Tais discrepâncias ficam ainda mais evidentes quando da análise das penas fixas da Shari'a, que, além de representarem a polêmica criminalização de condutas vistas como normais por boa parte do mundo, implicam na aplicação de castigos bastante severos e cruéis, que são, como já mencionado, a amputação, o açoite e a pena de morte, cada um em diversas variáveis.

Passa-se, agora, à análise das violações de Direitos Humanos desempenhadas por estas penalidades, para, depois, discutir-se a possibilidade de uma coexistência harmoniosa destes dois institutos, o da tutela inalienável da dignidade da pessoa humana e do ordenamento submetido à Lei Revelada.

5.2 VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS PROMOVIDAS PELAS PENAS HUDUD

²⁰¹ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 29 set. 2018.

²⁰² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21.

Como explicado em capítulo anterior, as penas fixas da Shari'a, conhecidas como *hadd* ou *hudud*, são aplicadas a sete crimes: relação sexual ilícita, falsa acusação de relação sexual ilícita, embriaguez, furto, perturbação da paz, transgressão e apostasia.

Por serem originárias diretamente das principais fontes da Lei Sagrada, o Alcorão e a *Sunna*, sua validade e efetividade são indiscutíveis do ponto de vista interno do Direito Muçulmano. Contudo, é clara a intensidade exacerbada destas penalidades, cuja execução implica no desrespeito de vários princípios e direitos que o próprio Direito Islâmico se diz tutelar.

Inicialmente, faz-se mister discutir um ponto ainda mais fundamental de discrepância entre estas duas searas do Direito: a própria tipificação dos crimes na ciência jurídica islâmica. A criminalização de algumas condutas, como a embriaguez, determinados tipos de relações sexuais e a apostasia, é bastante questionável fora do contexto islâmico.

Ainda sobre o mesmo tópico, mas focando nos outros delitos, Mark A. Gabriel²⁰³ pontua brilhantemente que, apesar de também serem puníveis do ponto de vista do Direito Internacional, estes crimes, ou o são por condutas diferentes, ou implicam na aplicação de castigos completamente diversos e significativamente mais leves. A difamação, por exemplo, é considerada ilegal pela Comunidade Internacional, estando prescrita no parágrafo 1º do art. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁰⁴, que assevera que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”. No Direito Penal Muçulmano, como já demonstrado, trata-se da acusação falsa ou não comprovada de relação sexual ilícita (adulterio ou fornicação). Já o furto, apesar de não caracterizar definição muito distinta, certamente não implica o castigo de amputação de membros quando analisado fora do contexto islâmico.

Restando claro que o primeiro ponto de conflito entre os Direitos Humanos e o as penas *hudud* do Direito Penal Muçulmano são as próprias condutas

²⁰³ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 72.

²⁰⁴ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

a serem criminalizadas, comentar-se-á, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a violação grave das normas inalienáveis em si. Isto se dá, como se observará adiante, através do desrespeito das seguintes normativas inalienáveis: direito à vida, liberdade de pensamento, consciência e religião, direito à privacidade, direito à igualdade e a proibição de punição cruel, desumana e degradante.

5.2.1 Punição Cruel, Desumana e Degradante

Do ponto de vista do Direito Internacional, a proteção dos cidadãos à aplicação de punição cruel, desumana e degradante é explícita e consolidada, estando presente nos arts. 5º e 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁰⁵ e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁰⁶, respectivamente. Em ambos defende-se, em palavras similares, que ninguém será submetido a tortura ou a penas e tratamentos que se enquadrem nas circunstâncias derogatórias mencionadas.

No entanto, certa polêmica surgiu a respeito deste tema em virtude dos dizeres do art. 1º da Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes.²⁰⁷ Isto porque, a partir do texto deste artigo, argumentou-se uma suposta permissão do desempenho deste tipo de conduta por parte do Estado, desde que este esteja executando de seu poder coercitivo.

A este respeito, Mark A. Gabriel²⁰⁸ explica que a questão foi pacificada pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que

²⁰⁵ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

²⁰⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

²⁰⁷ BRASIL. **Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasilero-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvTortTratPenCruDesDegr.html>>. Acesso em: 4 out. 2018.

²⁰⁸ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 68.

esclareceu, no Comentário Geral N. 20²⁰⁹, que “o Comitê observa que nenhuma justificativa ou circunstancia extenuante pode ser invocada como desculpa para a violação do artigo 7 por nenhuma razão, incluindo aquelas baseadas em ordens de oficiais superiores ou autoridades públicas”. Acertadamente, o Comitê refere-se ao já mencionado art. 7º do PIDCP, que assevera, *in verbis*, que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”.

O órgão teve, ainda, o cuidado de ampliar a proibição de maneira clara, pontuando que:

The prohibition in article 7 relates not only to acts that cause physical pain, but also to acts that cause mental suffering to the victim. In the Committee's view, moreover, the prohibition must extend to corporal punishment, including excessive chastisement ordered as punishment for a crime or as an educative or disciplinary measure.²¹⁰

Além disso, esta suposta permissão é desafiada ainda pelo art. 10º do PIDCP²¹¹, que assevera, por sua vez, que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”. Com esta tutela, a garantia dos direitos dos presos é ratificada, o que impossibilita a afirmação de que determinado ato não seria considerado tortura ou crueldade por partir de autoridade pública em exercício de seu poder coercitivo.

Ademais, como demonstrado anteriormente, todas as penas *hudud* são castigos corporais graves que, ou afetam permanentemente a vida dos condenados, como acontece com os açoites e as amputações, ou acaba com ela, como nas diversas modalidades de pena de morte que podem ser adotadas (apedrejamento, com espada, crucificação).

Sendo assim, resta clara a violação do Direito Muçulmano a esta normativa internacional, sendo ele, de fato, um recorrente violador da proteção contra punições cruéis, desumanas e degradantes.

²⁰⁹ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **CCPT General Comment No. 20:** Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment). 10 mar 1992. Disponível em: < <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>>. Acesso em: 4 out. 2018.

²¹⁰ Tradução livre: “A proibição no artigo 7 relaciona-se não apenas com atos que causam dor física, mas também com atos que causam sofrimento mental para a vítima. Do ponto de vista do Comitê, ademais, a proibição deve ser estendida a punições corporais, incluindo castigos excessivos por crimes ou como medidas educativas ou disciplinares”.

²¹¹ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

5.2.2 Direito à Vida

O direito à vida, possivelmente a mais básica das garantias humanas, é vastamente tutelado tanto internacional quanto nacionalmente - neste último caso, nos próprios textos constitucionais. Naturalmente, ele é afrontado através da aplicação da pena capital, bastante disseminada e aceita dentro do Direito Muçulmano, como já demonstrado.

A discussão acerca das peculiaridades que envolvem a pena de morte é extensa. Pontua-se, brevemente, que o art. 6º do PIDCP²¹² disciplina a matéria de maneira bastante detalhada e completa, asseverando que:

§ 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pelas Leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

§2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

(...)

§4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderão ser concedidos em todos os casos.

(...)

§6. Não se poderá invocar disposição alguma de presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado-parte no presente Pacto.

A violação ao direito à vida, apesar do que diz o já mencionado versículo 33 da 17ª Surata do Alcorão, é uma constante no que concerne às penas fixas da Shari'a. Isto porque a execução da pena de morte é, de fato, normatizada, apesar dos mencionados esforços para extingui-la e das dificuldades que são postas pela própria ciência criminal para a tipificação dos crimes *hudud*.

Sinaliza-se, outrossim, que o castigo de pena de morte, gravíssimo em sua própria natureza, é ainda mais delicado e preocupante do ponto de vista do Direito Penal Islâmico, haja vista as condutas às quais este castigo é aplicado –

²¹² BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

circunstâncias que, como já demonstrado para a apostasia e a relação sexual ilícita, não são tampouco consideradas criminosas fora deste contexto.²¹³

5.2.3 Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião

A liberdade de pensamento e de consciência, assim como a liberdade de religião, são atacadas pelas penas fixas do Direito Penal Muçulmano indicadas para os crimes de apostasia e de perturbação da paz.

Inicialmente, é importante mencionar que tais direitos são tutelados por diversos dispositivos internacionais: enquanto a liberdade religiosa é protegida nos arts. 18 da DUDH e do DIDCP, a liberdade de pensamento e de consciência é defendida nos arts. 19 dos mesmos instrumentos.²¹⁴

Observa-se que o crime de *haraba*, por exemplo, ao abarcar em sua tipificação qualquer crítica ao Islã, a Alá e a Maomé feita através de atos ou palavras, criminaliza a liberdade de pensamento, cerceando parte do direito de expressão do cidadão-fiel. A justificativa dada para tal é de que, em virtude da infalibilidade da palavra de Deus, qualquer tipo de raciocínio contrário ou questionador dos dizeres divinos é visto como perigoso e corrompido, devendo ser combatido. No entanto, este posicionamento vai diretamente de encontro ao que estabelece o referido art. 19 da DUDH²¹⁵, de acordo com o qual:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

O PIDCP²¹⁶ vai além, afirmando, explicitamente, que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões”.

²¹³ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 71.

²¹⁴ Ibid., p. 72.

²¹⁵ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

²¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

A questão da liberdade religiosa, por sua vez, é um dos pontos mais polêmicos no estudo da compatibilidade entre Direito Muçulmano e Direitos Humanos. Apesar da suposta tutela oferecida pela Shari'a no versículo 256 da 2ª Surata do Alcorão, o que se observa na prática é bastante diferente. Há não apenas um alto nível de intolerância às outras religiões, mas também a impossibilidade legal de que um fiel mude de religião, haja vista a tipificação do abandono do Islã com o já estudado crime de apostasia.

Sobre o posicionamento da Shari'a, o que Mark A. Gabriel²¹⁷ explica é que, na verdade, o que a Lei Divina tutela é a “proteção da religião”. Este conceito é diferente daquele apresentado para “liberdade religiosa” e é, inclusive, sinônimo de repressão, implicando em uma oposição direta à concepção cristalizada nos Direitos Humanos. De acordo com o autor:

On the one hand, the Qu'ran says that there shall be no compulsion in religion – meaning that everyone can freely choose whether to accept the Faith of Allah or not. On the other hand, orthodox Muslims strongly believe that no Muslim has the right to leave Islam. (...) Orthodox Muslims thus deny the protection of the “freedom of religion” found in the Qu'ran and instead they uphold the “protection of religion”, which is one of the five indispensables, the one being in opposition with the other. In contrast to freedom of religion, that is, the “freedom (of the individual) to change the religion or belief”, as defined in art 18 of the UDHR, the “protection of religion” actually limits individual's rights, if their behavior contravenes the requirements of the religion.²¹⁸

Isto configura, como mencionado pelo autor, uma violação aberta e concreta ao art. 18 da DUDH²¹⁹, que enfatiza o direito à liberdade de mudança de religião ou crença, podendo elas serem manifestadas de maneira pública ou particular. Esta linha de pensamento é reforçada e complementada pelo artigo de

²¹⁷ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 66 – 67.

²¹⁸ Tradução livre: “Por um lado, o Alcorão diz que não deve haver nenhuma compulsão em matéria de religião – o que significa que qualquer um pode escolher livremente se aceita a fé em Alá ou não. Por outro lado, muçulmanos ortodoxos acreditam plenamente que nenhum muçulmano tem o direito de deixar o Islã. (...) Muçulmanos ortodoxos, logo, negam a proteção da ‘liberdade de religião’ encontrada no Alcorão e, ao invés disso, mantém a ‘proteção da religião’, que é um dos cinco princípios indispensáveis do Islã, estando esta proteção em oposição com aquela liberdade. Em contraste com liberdade de religião, que é a ‘liberdade (do indivíduo) de mudar de religião ou crença’, como definido no art. 18 da DUDH, a ‘proteção da religião’ na verdade limita direitos individuais se os comportamentos contrariarem os requerimentos da religião.”

²¹⁹ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

mesmo número do PIDCP²²⁰, que adiciona que “ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha”.

5.2.4 Direito à Privacidade

A defesa do direito à privacidade é consistente no Direito Internacional, encontrando-se, por exemplo, no art. 17 do PIDCP²²¹, que assevera que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”. Dentro do Direito Muçulmano, a sua violação se dá de diversas maneiras.

Inicialmente, retorna-se à discussão de que algumas condutas criminalizadas por este ordenamento jurídico são consideradas externas à alçada da justiça do ponto de vista ocidental, principalmente os casos de *zinà*.²²² A constatação deste crime, que, como estudado, encontra-se dentro da esfera da vida sexual dos fiéis, representa uma entrada da jurisdição no foro interno do cidadão-fiel. Como já pontuado em capítulo anterior, isto se justifica, da perspectiva muçulmana, pela onipresença e onipotência de Alá e daqueles que protegem Sua palavra. No entanto, tal regulamentação por si só, além de tudo que envolve a constatação do crime e a sua punição, já representa uma violação grave do direito à privacidade.

Ademais, outro atentado grave ocorre no Direito Penal Muçulmano, desta vez relacionado à execução de todas as penas fixas. Em virtude de seu caráter educativo e exemplificativo, as penas *hudud* devem, obrigatoriamente, ser executadas em público. Isto eleva ainda mais o já alteroso nível de crueldade do castigo, adicionando ao mesmo humilhação e descaso pela imagem e dignidade da pessoa humana.²²³

5.2.5 Direito à Igualdade

²²⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

²²¹ Ibidem.

²²² GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 69.

²²³ Ibid., p. 68.

O direito à igualdade, último a ser mencionado, é tão consolidado e protegido quanto o direito à vida no âmbito dos Direitos Humanos. Nos instrumentos internacionais estudados, a tutela encontra-se especificamente no art. 26 do PIDCP²²⁴, que diz que “todas as pessoas são iguais perante a lei e tem direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei”, e no art. 2º da DUDH²²⁵, que dispõe o seguinte:

Todo ser humano tem capacidade de gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

No Direito Muçulmano, a violação ao ideal de igualdade se dá de forma mais exacerbada sobre dois grupos: as mulheres e os não muçulmanos, conhecidos como infiéis ou *kafir*.²²⁶ O primeiro grupo é diminuído em questão processual, como se viu, por exemplo, nos requisitos para servir como testemunha dos crimes *hudud*. Além disso, o próprio Alcorão coloca a mulher em um papel de submissão e inferioridade ao homem.²²⁷

Outro ponto gravíssimo de disparidade motivada pelo gênero é pontuado por Mark A. Gabriel²²⁸: os casos de estupro, nos quais, de acordo com a ciência jurídica islâmica, cabe à vítima o ônus probatório. Caso ela falhe, será punida pelo crime *hadd* de difamação, pois haverá mentido acerca de uma relação sexual ilícita.

Ressalta-se que as violações da igualdade feminina praticadas pela aplicação das penas fixas são apenas algumas dentre várias situações que poderiam ser mencionadas. O tratamento fornecido às mulheres pela Lei Islâmica representa, em diversos âmbitos que fogem do escopo do presente trabalho, opressão e violência.

²²⁴ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

²²⁵ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

²²⁶ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 69.

²²⁷ ABU-SAHLEH, Sami. Conflitos entre Direito Religioso e Direito Estadual em Relação aos Muçulmanos Residentes em Países Muçulmanos e em Países Europeus. **Análise Social**. [S. l.], v. 33, 1998. p. 559.

²²⁸ GABRIEL, op. cit., p. 69.

Quanto aos não muçulmanos, a desigualdade é nítida no próprio texto do Alcorão, sendo, inclusive, incentivada. O que se pensa aqui é que, como a palavra de Deus, revelada a Maomé, é irrefutável, incorrem em erro grave todos os que nela não acreditam, devendo ser combatidos.

Este raciocínio está presente na letra da Lei Divina em vários momentos diferentes. Grifam-se, para fins de ilustração, o versículo 123 da 9ª Surata²²⁹, que diz: “ó, fiéis, combatei os vossos vizinhos incrédulos para que sintam severidade em vós; e sabeis que Deus está com os tementes”; e o versículo 29 da 48ª Surata²³⁰, que dispõe:

29 Mohammad é o Mensageiro de Deus, e aqueles que estão com ele são severos para com os incrédulos, porém compassivos entre si. Vê-los-ás genuflexos, prostrados, anelando a graça de Deus e a Sua complacência. Seus rostos estarão marcados com os traços da prostração. Tal é o exemplo na Tora e no Evangelho, como a semente que brota, se desenvolve e se robustece, e se firma em seus talos, compraz aos semeadores, para irritar os incrédulos. Deus prometeu aos fiéis, que praticam o bem, indulgência e uma magnífica recompensa.

Essa desigualdade pode, ainda, ser notada em outro contexto. De acordo com Mark. A. Gabriel²³¹, existe diferença nas penas fixas a serem aplicadas aos infiéis nos casos de adultério e difamação, que são notadamente mais pesados do que aqueles dispostos para muçulmanos. De fato, isto já foi demonstrado no segundo capítulo deste trabalho, quando se pontuou que, em se tratando de calúnia de *zinà* cometida por um infiel, por exemplo, apesar de não ocorrer a tipificação perfeita do crime, penas *ta'azir* devem ser aplicadas.

Há, ainda, a menção corânica da excludente de ilicitude oferecida aos muçulmanos que assassinarem infiéis em momentos de batalha.²³² Percebe-se tal assertiva nos primeiros versículos da 47ª Surata do Alcorão, que dizem:

1 Quanto aos incrédulos, que desencaminham os demais da senda de Deus, Ele desvanecerá as suas ações.

²²⁹ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 05 out. 2018.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 69.

²³² OKON, Etim E. Hudud Punishments in Islamic Criminal Law. **European Scientific Journal**. [S.l.], v. 10, n. 14, mai. 2014. p. 233 – 234.

2 Outrossim, quanto aos fiéis, que praticam o bem e creem no que foi revelado a Mohammad – esta é a verdade do seu Senhor – Deus absolverá as suas faltas e lhes melhorará as condições.

3 (Isso não ocorrerá com os incrédulos) porque os incrédulos seguem a falsidade, enquanto os fiéis seguem a verdade do seu Senhor. Assim Deus evidencia os Seus exemplos aos humanos.

4 E quando vos enfrentardes com os incrédulos, (em batalha), golpeai-lhes os pescoços, até que os tenhais dominado, e tomai (os sobreviventes) como prisioneiros. Libertai-os, então, por generosidade ou mediante resgate, quando a guerra tiver terminado. Tal é a ordem. E se Deus quisesse, Ele mesmo ter-Se-ia livrado deles; porém, (facultou-vos a guerra) para que vos provásseis mutuamente. (...) ²³³

Há de se mencionar, ainda, a desigualdade em virtude de origem social e riqueza, violação que, apesar de não se dar no meio das penas *hudud*, é gritante e claramente contrária aos preceitos e princípios dos Direitos Humanos. Tal é o caso quando da aplicação do preço de sangue, pena *qysas* que, como pontuado por Rudolph Peters²³⁴, só pode ser usado como castigo pelos crimes de homicídio e de lesão corporal se a vítima e o agressor forem considerados “do mesmo valor”. Essas diferenças de status referem-se à condição de pessoa livre, em oposição à de escravo, e à condição de cidadão-fiel, contrária, por sua vez, à qualidade de *kafir*.

5.3 DESCONSTRUÇÃO DAS DEFESAS ISLÂMICAS E ALTERNATIVAS NO TRATO DAS PENAS *HUDUD*

Após as últimas análises, resta desconstruída a concepção defendida por muçulmanos ortodoxos de que a própria Shari’a, dentro de seu texto, tutela Direitos Humanos. Caso argumente-se que tal proteção existe, há de se entender que trata-se da perspectiva islâmica que, como demonstrado, não se encontra em consonância com as condutas adotadas no âmbito do Direito internacional.

Concomitantemente, não se pode negar que a ampliação do amparo aos Direitos Fundamentais é a tendência presente e futura da Comunidade Internacional, consolidando-se o pensamento de que trata-se, de fato, de uma era de supremacia

²³³ O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 05 out. 2018

²³⁴ PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005. p. 47.

do indivíduo com a consequente limitação do poder interventor do Estado no que concerne esta matéria. Nas palavras de Richard A. Falk²³⁵:

Support for human rights has been gathering further momentum in recent decades. This pattern of growth may reflect the overall dynamic of globalization that is creating a stronger sense of shared destiny among the diverse peoples of the world, even while it is also generating a more stressful sense of ethnic, religious, and cultural difference.²³⁶

Sendo assim, questiona-se qual o futuro dos países de maioria muçulmana, tanto do ponto de vista interno quanto externo, e se seria possível uma compatibilização ou harmonização destes dois ordenamentos que aparentam estar em polos opostos do espectro da ciência jurídica.

Diante da inflexibilidade dos grupos islâmicos tradicionalistas, uma alternativa seria o isolamento político e econômico dos Estados Muçulmanos. No entanto, tal prática causaria consequências muito superiores ao mero ostracismo destes atores no cenário internacional, caracterizando uma medida bastante impraticável no atual contexto mundial.

Com base nisto, sugere-se duas soluções que se complementam: a reinterpretção dos preceitos da Shari'a, com o cuidado de não a questionar, e uma mudança na organização internacional de modo a permitir uma maior participação de países "não alinhados", aqui incluídos não apenas o de maioria islâmica, no processo de produção e aplicação das normas supranacionais que se pretende adotar de maneira universal.

O primeiro ponto, trazido por Mark A. Gabriel²³⁷, representa o ponto de vista dos muçulmanos moderados, que, em contraste com os tradicionalistas, defendem uma atualização da abordagem feita da Shari'a. De acordo com o autor, com o passar do tempo a jurisprudência islâmica afastou a ciência jurídica dos princípios e cânones originais da Lei Divina, como os próprios conceitos de Direitos Humanos mencionados que podem ser encontrados nela.

²³⁵ FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000. p. 2.

²³⁶ Tradução livre: "Apoio pelos Direitos Humanos tem juntado impulso nas últimas décadas. Esse padrão de crescimento reflete a dinâmica geral de globalização que está criando um senso de destino compartilhado entre as diversas pessoas do mundo, mesmo enquanto também está gerando um sentimento mais estressante de etnia, religião e diferenças culturais."

²³⁷ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 86.

Neste ponto, é imprescindível compreender que esta reanálise não defende um afastamento ou um questionamento da Shari'a, nem uma negação da criminalização das condutas apontadas. Contrariamente, o que o autor propõe, de maneira bastante cuidadosa, é que se retorne à literalidade dos ensinamentos propostos, que, de fato, incluem, como demonstrado, princípios tutelados pelos Direitos Humanos, e que visam, acima de tudo, servir ao benefício dos cidadãos.²³⁸

Através desta “nova” perspectiva, que em realidade defende um retorno à base das diretrizes islâmicas, é proposta uma mudança completa no sistema de penas, com uma transição do objetivo final da punição: em vez de visar servir de exemplo, desaconselhando pessoas a repetirem as condutas ilegais, o sistema deveria ocupar-se, em consonância com o pensamento do ordenamento brasileiro, com a reabilitação dos condenados, de modo que estes possam eventualmente reinserir-se na sociedade.²³⁹

Dentro do Direito Muçulmano, isto seria possível através de uma abolição completa dos castigos corporais, gravíssimos violadores de Direitos Humanos, e da substituição destes por penas *ta'azir*. Isto porque, através destas pode-se “considerar, em cada caso, a severidade da ofensa, as circunstâncias especiais do crime e do ofensor, e o aspecto da reabilitação”²⁴⁰, sendo fomentado um regime com maior segurança jurídica e menos violência.²⁴¹

Além disso, o autor aponta, ainda, a existência de dispositivos islâmicos que defendem, através do uso da *itjihad*²⁴² – outro nome para a fonte do direito que propõe a analogia (*qiyas*) – que na própria Shari'a requer-se que a realidade da vida e a necessidade das pessoas sejam consideradas. Esse raciocínio permitiria a interpretação dos ensinamentos divinos de maneira ajustada a cada tempo e circunstância.²⁴³

Ademais, é imprescindível para a presente discussão apontar, novamente, que propostas de solução que enfrentem a Shari'a ou qualquer uma de

²³⁸ GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016. p. 206.

²³⁹ Ibid., p. 206.

²⁴⁰ Texto original: “(...) allow to consider, in every case, the severity of the offence, the special circumstances of the crime and the offender, and the aspect of rehabilitation”.

²⁴¹ GABRIEL, op. cit., p. 206.

²⁴² OXFORD ISLAMIC STUDIES ONLINE. **Itjihad**. Disponível em: <<http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e990>>. Acesso em: 06 out. 2018.

²⁴³ GABRIEL, op. cit., p. 202.

suas fontes não serão bem sucedidas. Isto porque, como demonstrado, trata-se da palavra divina, compartilhada por Alá com os fiéis através de Seu Mensageiro, Maomé. Logo, questionar as penas fixas pode e é facilmente interpretado como uma negação da divindade a elas atribuída, o que implica em pura blasfêmia. Em outras palavras, entende-se que uma abordagem “cega” e insensível às peculiaridades da cultura moral, política, social, econômica e jurídica muçulmanas é, em verdade, um desserviço ao trabalho de integração e harmonização da Comunidade Internacional. Isto porque este comportamento é não apenas infrutífero, sendo imediatamente rechaçado, como também reforçador os estereótipos etnocentristas e colonialistas imputados ao ocidente pelo islamismo ortodoxo.²⁴⁴

Porém, se, por um lado, há necessidade de comprometimento por parte da comunidade muçulmana através do esforço de aclarar os ensinamentos divinos, por outro lado, cabe à Comunidade Internacional funcionar de maneira mais democrática, dando vez e voz a grupos internacionalmente “marginalizados” quando da criação de instrumentos internacionais, principalmente em assunto de Direitos Humanos.

Aqui menciona-se que, de fato, a proposta de universalismo de qualquer corpo de normas ou preceitos, por mais óbvios que sejam, precisam pautar-se em uma universalidade real de contribuições. Isto pois, como visto na luta de outros grupos marginalizados, a não ser que participação autêntica no processo de criação de direitos ocorra, os resultados provavelmente não serão genuinamente representativos e todo o processo poderá ser visto como ilegítimo e alienado por aqueles que dele não participaram.²⁴⁵

Em termos práticos, a falta de participação dos países islâmicos neste processo pode ser observada de diversas formas. Como pontua Richard A. Falk²⁴⁶, apesar de representarem um grupo de mais de um bilhão de pessoas espalhadas por mais de 45 países, nenhuma das nações islâmicas é parte do Conselho de Segurança da ONU. Além disso, dentro deste órgão internacional, poucos postos de comando já foram administrados por muçulmanos. O mesmo se dá do ponto de vista econômico, com a falta de representatividade no G7, por exemplo.

²⁴⁴ FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000. p. 151 – 152

²⁴⁵ Ibid., p. 152.

²⁴⁶ Ibid., p. 157 – 159

É inegável que a população muçulmana é um dos maiores e mais proeminentes grupos do mundo. Logo, a falta de participação equitativa é não apenas uma das fontes do problema, mas também algo chocante e contraditório, haja vista a atual tendência e procura pela harmonização internacional. Cabe, aqui, o discurso de Falk, que, de maneira enérgica, pontua que:

We are in the midst of a period in international history in which the normative architecture of international society has been increasingly expressed by reference to a human rights discourse that combines, somewhat confusingly, ethical, political, and legal perspectives; these perspectives are intertwined in various ways, but more in the form of claims, grievances, and practices than as binding rules and standards. To a larger extent, this human rights discourse is unavoidably perceived, with varying degrees of justification and opportunism, as tainted by false universalism and as an expression of Western hegemony, one feature of which has been, and continues to be, the suppression of civilizational identity and difference – particularly Islam, which has historically been perceived as a threat by the West.²⁴⁷

Diante de tudo isto, é possível resumir as soluções propostas para a incompatibilidade entre as penas fixas *hudud* e os Direitos Humanos da seguinte forma: é necessário interpretar as normas construídas através de uma perspectiva intercivilizatória que promova o diálogo entre diferentes contextos²⁴⁸, inserindo-as na redoma do Direito Muçulmano sem diminuí-lo ou subestimá-lo, enquanto também diminuindo a marginalização dos atores internacionais submetidos à égide do Direito Muçulmano, através da fomentação da participação deles na produção das normas a serem aplicadas.

²⁴⁷ Tradução livre: “Estamos no meio de um período na história internacional no qual a arquitetura normativa da sociedade internacional tem sido cada vez mais expressada com base em um discurso de Direitos Humanos que combina, de maneira confusa, perspectivas éticas, políticas e legais; essas perspectivas estão interligadas de diversas maneiras, mas mais em forma de reivindicações, queixas e práticas do que como normas vinculantes e standards. Em grande medida, esse discurso de Direitos Humanos é inevitavelmente percebido, com vários graus de justificação e oportunismo, como contaminado por falso universalismo e como uma expressão da hegemonia ocidental, um aspecto da qual foi e continua a ser a supressão de identidades e diferenças civilizatórias – particularmente islâmicas, quem tem sido historicamente vistas como uma ameaça pelo ocidente.”

²⁴⁸ FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000. p. 154.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do exposto no presente trabalho, percebe-se que o Direito Muçulmano tem sua base e fundamento na religião Islâmica, pegando emprestado dela suas principais fontes, princípios e cânones.

Desta realidade, aliada à concepção de infalibilidade da palavra divina e à onipresença, onipotência e onisciência de Deus, surge a concepção do cidadão-fiel, cuja vida deve seguir os ensinamentos oferecidos por Ele tanto interna quanto externamente. O poder da palavra divina é atestado, também, através de sua reprodução em todos os âmbitos da vida da *umma*, a comunidade islâmica, na qual a religião age como guia dos preceitos morais, econômicos, sociais, políticos e jurídicos.

Dentro da ciência jurídica, o Direito Penal é, certamente, uma das áreas mais diretamente afetadas pelas mensagens passadas de Alá para Maomé. No entanto, a influência inicia-se na base da *fiqh*, que tem como fontes normativas o Alcorão, a Sunna, o consenso da comunidade e o processo analógico.

Na área criminal, um dos âmbitos mais direta e fortemente conectadas aos preceitos religiosos defendidos pelo Islã, os delitos podem ser considerados violações contra os homens ou contra Deus. No entanto, a organização da ciência penalística se dá com base nas penalidades a serem aplicadas em cada caso. Desta perspectiva, três grandes grupos de castigos surgem: os *hudud*, cujas penas vêm direto das principais fontes do Direito Muçulmano, os *qiyas*, aplicados a assassinato e lesão corporal, e os *ta'azir*, para condutas que não se enquadram em nenhuma das duas primeiras categorias.

A polêmica acerca das penas *hudud* se origina em virtude dos castigos propostos por ela – açoites, amputações e diferentes modalidades da pena capital –, a serem imputados pela incidência em 7 diferentes crimes, quais sejam: relação sexual ilícita, falsa acusação de relação sexual ilícita, embriaguez, furto, perturbação da paz, apostasia e transgressão.

A força normativa e efetividade destas punições, bem como sua intensidade, estão fundamentadas na mesma ideia de infalibilidade que permeia a base do Direito Muçulmano: em teoria, como elas são retiradas sem filtros do próprio texto corânico ou da Sunna, elas não podem ser modificadas ou questionadas.

Contudo, um conflito surge quando estas penalidades passam a ser analisadas através das lentes dos direitos fundamentais.

A constatação de que penas que promovem castigos corporais severos encontram-se em oposição com as disposições internacionais de Direitos Humanos é praticamente intuitiva. Este pensamento é ratificado pela análise dos principais instrumentos normativos do tema, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Percebe-se, na aplicação das penas fixas, violação do direito à vida, à igualdade, à privacidade, à dignidade da pessoa humana, à liberdade religiosa, de expressão e de pensamento, bem como da proibição da punição cruel, desumana e degradante.

Nota-se que a tutela dos Direitos Humanos é a tendência do presente e do futuro das relações entre Estados em um âmbito supranacional. Diante disto, a manutenção da cena relatada acarretaria num aumento exponencial das hostilidades entre países de maioria muçulmana e aqueles que se enquadram no *status quo*, provocando um gradual e inevitável isolamento daqueles, não apenas diplomática, mas também econômico e socialmente.

Contudo, o caminho para uma solução harmoniosa é árduo e requer empenho de todas as partes envolvidas. Se, por um lado, os Estados sob a égide da Shari'a precisam abrir mão de condutas que não se encaixam com os ideais do que é aceitável em termos de punições para delitos, por outro lado, a Comunidade Internacional, aqui entendida como os países alinhados no mesmo ponto de vista, precisa levar em conta as peculiaridades culturais envolvidas neste problema, de modo a propor reformas sensíveis e respeitosas a todos os contextos.

Sugere-se, para fim do conflito e uma maior compatibilização entre as penas fixas do Direito Muçulmano e os Direitos Humanos, uma reinterpretação dos preceitos da Shari'a, sem, contudo, contrariá-la ou questioná-la. Como mostrado, a Lei Sagrada possui vários pontos de interseção com a legislação internacional, principalmente no que concerne seus princípios. Em seu texto se defende, por exemplo, o direito à vida e à liberdade de expressão, de modo que uma volta ao ponto de partida original representaria um grande, positivo e pacífico passo em direção ao mencionado balanço, pois este dar-se-ia sem a intervenção de hábitos ou racionalizações oriundas do ocidente.

Além disso, é importante que o objetivo das penas mude, deixando de visar a coação do cidadão-fiel e passando a ter como objetivo a ressocialização dos

condenados para que estes, até mesmo através dos institutos do perdão e do arrependimento, possam eventualmente voltar a conviver em sociedade.

Por fim, é imprescindível que os países de maioria islâmica, assim como outros atores internacionais marginalizados, tenham mais participação nos órgãos e grupos que tem capacidade ativa de legislar sobre temas de Direitos Humanos. É apenas através do aumento desta presença que se desconstruirá a ideia de que a tutela de Direitos Fundamentais, como feito atualmente, seja fruto de pensamento puramente ocidental, beirando, a semelhança ao colonialismo, a imposição de condições que favorecem a um grupo em detrimento de outro.

Naturalmente, não há certezas de sucesso nesta empreitada, haja vista a complexidade do tema. No entanto, este problema é atual e relevante, não devendo ser negado ou minimizado, mas sim tratado com respeito e cautela. Afinal, o objetivo principal é comum: assegurar a todos os cidadãos do mundo as melhores condições para que eles cresçam e se desenvolvam da melhor maneira possível, gozando de oportunidades iguais independentemente de sua origem, religião ou qualquer outro fator que os distinga dos demais.

REFERÊNCIAS

ABU-SAHLIEH, Sami. Conflitos entre Direito Religioso e Direito Estadual em Relação aos Muçulmanos Residentes em Países Muçulmanos e em Países Europeus. **Análise Social**. [S. l.], v. 33, 1998.

AKGUNDUZ, Ahmed. **Introduction to Islamic Law**: Islamic Law in Theory and Practice. Roterdã: IUR Press, 2010.

AL-AWA, Muhammad. Does rebellion carry a mandatory punishment? **Arab News**. 2002. Disponível em: <<http://www.arabnews.com/node/217478>>. Acesso em: 20 set. 2018.

AL-JABRI, Mohammad Abed. **Democracy, Human Rights and Law in Islamic Thought**. Hamra: Centre for Arab Unit Studies; Londres: I.B. Tauris, 2009.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

AQUARONE, Lorenza. et. al. **Sistemi Giuridici Nel Mondo**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2012.

BADAR, Mohamed Elewa. Islamic Law (*Shari'a*) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. **Leiden Journal of International Law**. Londres, v. 24, n. 2, jun. 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes and the Criminal Process. **Arab Law Quarterly**. [S. l.], v. 12, n. 3, 1997.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico).

BHALA, Raj. **Understanding Islamic Law**: Shari'a. [S. l.]: LexisNexis, 2011. Disponível em: < <https://bit.ly/2ymeyCe>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

_____. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

_____. **Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade->

legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvTort TratPenCruDesDegr.html>. Acesso em: 4 out. 2018.

CASTRO, Francesco. **Il Modello Islamico**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007.
FALK, Richard A. **Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World**. Nova York: Routledge: 2000.

CARADONNA, Ivan. Il Diritto Islamico: categorie generali e norme penali. **Diritto&Diritto**. [S. l.]: Nov. 2003. Disponível em: <<https://www.diritto.it/articoli/transnazionale/caradonna.html>>. Acesso em: 04 set. 2018.

COMPARATIVE Criminal Law and Enforcement: Islam – False Accusation of Unlawful Intercourse (kadhf). Disponível: <<http://law.jrank.org/pages/662/Comparative-Criminal-Law-Enforcement-Islam-False-accusation-unlawful-intercourse-kadhf.html>>. Acesso em: 22 set. 2018.

GABRIEL, Mark A. **Reforming Hudud Ordinances to Reconcile Islamic Criminal Law with International Human Rights Law**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Cape Town, Cidade do Cabo, 2016.

KELLY, Michael J. Islam & International Criminal Law: a Brief (In) Compatibility Study. **Pace International Law Review Online Companion**. [S. l.], 1 mar 2010. Disponível em: < <https://digitalcommons.pace.edu/pilronline/8/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

LAWAN, Mamman, et. al. **An Introduction to Islamic Criminal Justice: a teaching and Learning Manual**. [S. l.]: UK Center for Legal Education, 2011.

MA', Arafa. Islamic Criminal Law: The Divine Criminal Justice System Between Lacuna and Possible Routes. **Journal of Forensic and Crime Studies**. [S. l.], v. 2, n. 1, 2018.

O ALCORÃO Sagrado. Tradução, introdução e anotações de Samir El Hayek. São Paulo: LLC Publicações Eletrônicas, 1994. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

OKON, Etim E. Hudud Punishments in Islamic Criminal Law. **European Scientific Journal**. [S.l.], v. 10, n. 14, mai. 2014.

OXFORD ISLAMIC STUDIES ONLINE. **Muhsan**. Disponível em: <www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1587>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. **Itjihad**. Disponível em: <<http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e990>>. Acesso em: 06 out. 2018.

PAPA, Massimo; ASCANIO, Lorenzo. **Shari'a**. Bolonha: Ed. Mulino, 2014.

PETERS, Rudolph. **Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century**. Amsterdã: Cambridge University Press, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHACHT, Joseph. **An Introduction to Islamic Law**. Oxford: Clarendon Press, 1982.

TOUZENIS, Kristina. **Appunti di Diritto Musulmano**. Reelaboração, integração e atualização por Francesca Raia e Francesco Randone. Pisa: Università di Pisa, 2010. P. 50 – 51. Disponível em: < http://web.jus.unipi.it/wp-content/uploads/2014/05/Diritto_musulmano.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

TRINDADE, Antônio; CANÇADO, Augusto. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2003.

UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)**. 10 mar 1992. Disponível em: < <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>>. Acesso em: 4 out. 2018.

USTAOGLU, Murat; INCEKARA, Ahmet. The First Step Towards Islamic Finance: Separation of Secularism and the Islamic Agenda. **Islamic Finance Alternatives for Emerging Economies: Empirical Evidence from Turkey**. Nova York: Palgrave Pivot, 2014.