

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O Divino e o Racional no Direito:
notas para um diálogo entre
sistemas jurídicos

**The Divine and the Rational
in Law:** Notes for a Dialogue
between Legal Systems

Salem Hikmat Nasser

José Garcez Ghirardi

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Sumário

PARTE I - O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS: QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?	1
EDITORIAL	3
“Tudo o que precisamos fazer é ter certeza de que continuaremos conversando”.....	3
Gustavo Cerqueira e Patrícia Perrone Campos Mello	
DIREITO COMPARADO E METODOLOGIA	6
COMPARAÇÃO JURÍDICA E IDEIAS DE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO NO INÍCIO DO SÉCULO XXI....	8
Gustavo Cerqueira	
O DIREITO COMPARADO: ESFORÇO DE RESGATE HISTORIOGRÁFICO E DE PROBLEMAS METODOLÓGICOS	25
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Gustavo Ferreira Ribeiro	
DIREITO COMPARADO E POLÍTICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS	42
Raphael Carvalho de Vasconcelos e Deo Campos Dutra	
DIREITO COMPARADO NO BRASIL	55
L’ORIGINALITÉ DU DROIT BRÉSILIEN ET LE DROIT COMPARÉ	57
Arnoldo Wald	
LEI DA BOA RAZÃO E COMPARATISMO JURÍDICO NA DOCTRINA CIVILISTA BRASILEIRA DE 1850 A 1880	79
Alan Wruck Garcia Rangel	
O STF EM REDE? QUANTO, COMO, COM QUE ENGAJAMENTO ARGUMENTATIVO O STF USA PRECEDENTES ESTRANGEIROS EM SUAS DECISÕES?	93
Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça	

SUPREMA IMPRECIÇÃO: A METODOLOGIA EM DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E AS DEFICIÊNCIAS EM SEU USO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	126
Alonso Freire e Hugo Sauaia	
DIREITOS COMPARADOS	143
COMPARANDO LA CULTURA JURÍDICA DESDE EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN BRASIL Y CHILE	145
Juan Jorge Faundes e Fabian Le Bonniec	
O DIVINO E O RACIONAL NO DIREITO: NOTAS PARA UM DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS	181
Salem Hikmat Nasser e José Garcez Ghirardi	
REGULAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE COMPARADA EM PAÍSES DO SUL GLOBAL	196
Jane Reis Gonçalves Pereira, Renan Medeiros de Oliveira e Carolina Saud Coutinho	
PARTE II - OUTROS TEMAS	229
LA OTRA CARA DE LA MONEDA: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA, EL EMPRENDIMIENTO Y LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y COLOMBIA	231
Juan Pablo Díaz Fuenzalida e Juan Sebastián Villamil Rodríguez	
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION ON THERE 'BURQA BAN' AND THE CRITICAL ANALYSIS OF THE PRAGMATIC EXPERIMENTAL LOGIC	258
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e George Browne Rego	
DIREITOS HUMANOS DAS DESLOCADAS AMBIENTAIS E OS IMPACTOS DA USINA DE BELO MONTE: DA EXPLORAÇÃO AMAZÔNICA À SUBJUGAÇÃO FEMININA	273
Thais Silveira Pertille e Letícia Albuquerque	
SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM ACORDOS DE INVESTIMENTO: AS EXPERIÊNCIAS DO CPTPP, CETA E DOS ACFIs	293
Fábio Morosini, Vivian Daniele Rocha Gabriel e Anastacia Costa	
50 ANOS DOS “DIREITOS DA CRIANÇA” NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A HISTÓRIA DO ARTIGO 19	311
Sven Peterke e Paloma Leite Diniz Farias	

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: COMPARTILHANDO VALOR E RESPONSABILIDADES	325
Melina Girardi Fachin	
CONTEMPORARY RESPONSES TO BUSINESSES’ NEGATIVE HUMAN RIGHTS IMPACT	341
Andres Felipe Lopez	
HUMAN RIGHT TO LABOR PROTECTION IN UKRAINE: CURRENT SITUATION AND THE PROSPECTS OF IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL RULES	363
Nina Daraganova	
INTERNATIONAL REGULATION AND GLOBAL GOVERNANCE: THE EU INFLUENTIAL METHOD IN TIMES OF NORMATIVITY CHANGE	373
Gabriela Hühne Porto, Paula Wojcikiewicz Almeida e Juliana Maia F. A. Netto	
TECNOLOGIAS DIGITAIS E O COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS NA OMC/DIGITAL.....	391
Umberto Celli Junior	
LOS FUERTES HACEN LO QUE PUEDEN: EXPONRIENDO LOS LÍMITES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	406
Cristián D. González-Ruiz e Víctor M. Mijares	
HUMAN RIGHTS, HUMANITARIAN LAW AND STATE POWER.....	418
Renata Nagamine e João Roriz	
REGIONAL INTEGRATION IN THE SOUTH PACIFIC: CHALLENGES FOR PUBLIC GOVERNANCE	433
Joanna Siekiera	
PARTE III - RESENHAS	443
RESENHA DA OBRA	
“DEMOCRACIA E POLICENTRISMO DO PODER”, DE MURILO GASPARDO.....	445
Angela Limongi Alvarenga Alves	

* Recebido em 03/02/2020
Aprovado em 16/05/2020

** Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2004), tendo defendido tese em que relacionava a noção de Soft Law ao estudo das fontes do direito internacional público. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), obteve um DSU - Diploma Superior da Universidade em Direito Internacional Privado e um DEA - Diploma de Estudos Aprofundados em Direito Internacional Público - da Universidade de Paris II - Panthéon Sorbonne (1992 e 1993). Desde 2004, é professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - Direito SP, onde, em consonância com a proposta inovadora de ensino do direito da instituição, tem desenvolvido materiais didáticos e testado metodologias de ensino para as disciplinas relacionadas à regulação jurídica das relações internacionais. Sua agenda de pesquisas inclui investigações teóricas sobre o direito internacional público, hoje reunidas sob a temática geral de Rule of Law e Direito Internacional, o que inclui a fragmentação do direito internacional e a noção de regimes jurídicos transnacionais; o estudo do direito islâmico e suas relações com o direito internacional; a diversidade de representações do direito e sistemas jurídicos comparados. Alguns desses temas têm sido objeto de várias publicações e apresentações públicas. Tem igualmente investigado e discutido intensamente questões relacionada ao Oriente Médio e aos mundos árabe e muçulmano. Coordenador do Centro de Direito Global da Direito SP. Foi, em 2009 e 2011, respectivamente, pesquisador visitante do Lauterpacht Centre for International Law e do European University Institute. Email: salem.nasser@fgv.br

*** Pós-doutorado no Collège de France, (Chaire État Social et mondialisation) (2017), com bolsa FAPESP e na UNICAMP (2004). Advogado formado pela Universidade de São Paulo (1985). Mestre e Doutor em Estudos Linguísticos e Literários em Inglês pela Universidade de São Paulo (1995 e 1998). Diretor de Formação Docente da Associação Brasileira de Ensino do Direito ? ABEDi, tendo também atuado como membro da Comissão de Especialistas da Secretaria de Educação Superior do MEC para a área de Direito. É Coordenador do Observatório do Ensino do Direito da FGV DIREITO SP. Adjunt Faculty da Gonzaga Law School (WA/EUA) onde lecionou os cursos Jurisprudence and the Arts (2010) e Political Economy of Law and Development (2013). Foi pesquisador visitante na Wayne State University (Detroit-MI, EUA), com bolsa concedida pelo CNPq. É autor, entre outras obras, de O Mundo fora de Prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare (Almedina, 2011); O Instante do Encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico (FGV, 2012) e Narciso em sala de aula: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino (FGV, 2016). Professor em tempo integral da FGV DIREITO SP (Graduação e Mestrado). Email: jose.ghirardi@fgv.br

O Divino e o Racional no Direito: notas para um diálogo entre sistemas jurídicos*

The Divine and the Rational in Law: Notes for a Dialogue between Legal Systems

Salem Hikmat Nasser**

José Garcez Ghirardi***

Resumo

O problema da fundamentação do Direito é um dos pontos centrais para o estudo comparado de sistemas jurídicos. A clivagem entre sistemas baseados na Razão e sistemas baseados no Divino é um dos instrumentos, entre diversas dicotomias possíveis, usados para, de maneira geral listar os ordenamentos ocidentais no primeiro grupo, e os orientais, no segundo. Esse artigo examina criticamente os fundamentos dessa distinção, por meio da análise da construção histórica das relações entre transcendente e imanente nos discursos sobre o jurídico na Europa Ocidental e no Islã. Metodologicamente, sugere-se a necessidade da superação de paradigmas tradicionais do comparatismo, de base estatal, para uma apreensão mais ampla das transformações do jurídico no contexto da globalização. Propõe-se que tanto no Direito Islâmico, fundado na Revelação, quanto no Direito Ocidental, apoiado na primazia da Razão instrumental, as relações entre racionalidades diversas e entre racionalidade e sagrado são mais complexas do que se concebe normalmente nos debates na área. O argumento se desenvolve tomando como principais matrizes teóricas BERMAN, CHAUMON, GIL-LEPSIE, KÜNG, SACK e TAYLOR.

Palavras-chave: direito comparado; fontes do Direito; laicidade; Islã

Abstract

The problem of the ultimate foundation for Law is a key point within comparative studies of legal systems. The cleavage between systems based on Reason and systems based on God is one of the tools, among various possible dichotomies, used to place Western legal systems in the former group, and Eastern ones on the latter. This paper critically examines this distinction by analyzing the historical construction of the relations between transcendent and immanent in discourses about legal systems in Western Europe and in the Islam. Methodologically, it is suggested that the overcoming of the traditional paradigms of State-based comparatism is necessary for a deeper apprehension of Law in the context of globalization. It is argued that both Islamic law, based on Revelation, and Western law, founded on the primacy of instrumental reason, the relation both between diverse rationalities and between sacred and rationality are more complex than it is assumed

by traditional discourses. The main theoretical sources are BERMAN, CHAUMON, GILLEPSIE, KÜNG, SACK e TAYLOR

Key-words: comparative law studies; sources of Law; secularity; Islam

1 Introdução

The dispute between spiritual outlooks is deeply embedded in the inner conflicts of advanced industrial, capitalist societies. Instrumental reason plays such a large role in their institutions and practices that whatever shakes our confidence in it as a political stance also causes deep malaise in contemporary societies.

There is a circular causal relation between the other crises and difficulties of capitalism and this spiritual malaise...

TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*.¹

Na medida em que o Direito pode ser concebido, de modo genérico, como regulação da vida por normas, e previamente a uma discussão sobre alguma especificidade necessária de suas normas, é possível também dizer dele que é fenômeno universal, conhecido por todas as sociedades humanas. Não há novidade nessa afirmação. Ocorre que o fenômeno não percorre em todos os lugares e tempos o mesmo caminho e nem conhece as mesmas características. É justamente por conta das diferenças que muitos tenderão a dizer que só é Direito, em sentido estrito, a regulação que observa certos cânones.

Os caminhos tomados pela normatividade nas várias civilizações ou culturas, podem ser compreendidos, como já se apontou, a partir do sistema de dicotomias fundamentais que delimitam as condições de legitimidade de cada sistema jurídico. Essas dicotomias mostravam que era possível classificar ou ao menos separar as tradições entre “as de tipo individual e racional, e as de tipo coletivo e contextual”.² Essas tradições se caracterizavam, marcadamente, i) pela ênfase prioritária no

procedimento ou na substância normativa; ii) pela posição relativa que ocupa a noção de direitos subjetivos e o modo de sua articulação com o interesse público e os direitos coletivos; iii) pelo grau de centralidade do indivíduo e sua hierarquização face ao todo social.

Essas três dicotomias matriciais dialogam intimamente com uma clivagem fundamental que, conquanto plena de implicações para a legitimação dos sistemas jurídicos, tem recebido atenção relativamente secundária nos debates sobre o Direito e que diz respeito à concepção do *tempo*. Há sistemas jurídicos que derivam de visões de mundo em que prepondera a percepção do tempo como sendo eterno e cíclico, isto é, como elemento significado por uma racionalidade transcendente cujos desígnios devem servir de fundamento para as normas sobre a vida no tempo secular.³ Essa visão foi compartilhada - embora com matizes teológicos muito distintos - pelo Oriente e pelo Ocidente até o triunfo da racionalidade Iluminista na Europa (ver secção 2). A partir desse momento, um gradual distanciamento se opera: o direito ocidental passa a ter como pressuposto um tempo único (isto é, que já não coexiste com os *higher times* da divindade),⁴ linear e desprovido de sentido metafísico, enquanto que em boa parte dos sistemas jurídicos orientais segue vigente a noção de uma dupla temporalidade (eterna; secular), dotada de significado metafísico e determinante das formas de normatização jurídica.

Essas distintas concepções de tempo - e suas variações - dialogam necessariamente com o universo constituído pelo que se costuma chamar fontes do Direito e seu fundamento, ou seja, dos *lugares* de onde surge o Direito e de onde deriva a sua força vinculante. A origem e o fundamento do Direito tenderão a guiar o sistema ou a tradição para uma ênfase maior em procedimento, direitos e indivíduos ou, diferentemente, em substância, deveres e coletivo. Por sua vez, a origem e o fundamento estarão marcados pela concepção de tempo vigente naquela visão de mundo e pela concepção de transcendência de cada cultura. Como observa François Ost:

[...] o Direito afeta diretamente a temporalização do tempo, enquanto que, por sua vez, o tempo determina a força instituinte do Direito. De forma ainda mais precisa: o Direito temporaliza

¹ TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989, pp. 384-385.

² GHIRARDI, J. G. & NASSER, S. H. Representações do direito e a crise da modernidade. São Paulo: FGV, 2016, p. 29. O mesmo argumento das dicotomias pode ser percebido ao longo de GLENN, Patrick, *Legal Traditions of The World*, 3rd ed., Oxford University Press, Nova Iorque, 2007

³ Ver TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

⁴ Ver novamente TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

*enquanto o tempo institui. É portanto, uma relação dialética profunda, e não relações superficiais, que se estabelece entre direito e tempo.*⁵

Com base no reconhecimento dessa relevância de se compreender as relações entre tempo e direito, o presente artigo busca chamar a atenção para uma dicotomia estruturante dos sistemas jurídicos e que se manifesta em diferentes concepções de temporalidade e legitimidade normativa. Trata-se da distinção entre o Direito cuja origem e força vinculante se encontram numa *vontade divina revelada, transcendente*, e aquele que pretende ter essa origem e essa força decorrentes da *racionalidade humana instrumental, imanente*.

Essa dicotomia dialoga com classificações ou diferenciações usuais entre Direito ocidental e Direito não-ocidental, entre Direito moderno e Direito primitivo, entre Direito e não-Direito etc., ainda que não as espelhe necessariamente, nem tampouco as subscreva. Este texto não discute nem a validade, nem a substância de quaisquer critérios tradicionais de diferenciação e de estabelecimento de linhas limítrofes para um Direito ocidental, não-ocidental, moderno, primitivo ou mesmo entre Direito e o que seria regulação não jurídica. Essas qualificações, quando aparecem, pressupõem as linhas e os critérios diferenciadores que, evidentemente, variam segundo aquele que as sustenta.

Para o presente do Direito, mais uma vez, como fenômeno genérico e sob todas as formas e qualificações possíveis, o aporte mais importante das transformações históricas e provavelmente o surgimento da forma de organização social que é o Estado e sua universalização, o que faz com que praticamente toda a geografia do globo⁶ seja dividida em Estados e que praticamente toda a população mundial esteja submetida à autoridade de um ou mais Estados.

Assim como acontece com o direito, as formas de se conceber o Estado, seu papel e seus limites, são também profundamente marcadas pela concepção da temporalidade em que ele se inscreve, e do fundamento - me-

tafísico ou não - dessa temporalidade.⁷ Isto é, haverá para o Estado a mesma distinção de leituras que toca o fenômeno jurídico: ele pode ser visto como fruto da razão humana ou da vontade divina, como imanente ou transcendente sem que isto afete sua condição de unidade política soberana e fonte normativa última, embora essas duas atribuições sejam matizadas, de modo importante, pelos diferentes fundamentos que as legitimam.

A relevância do fenômeno estatal para o Direito está em que, atuando sobre determinado território, tendo uma população sujeita à sua autoridade normalmente indisputada, o Estado tende a chamar para si a tarefa de dizer o direito, de criá-lo ou de reconhecê-lo, sem concorrência, jogando para o universo do não-Direito toda regulação que por ele não passe.

Assim, toda normatividade passa a ser tocada pelo Estado, já que este criará o que chamará de seu direito, reconhecerá outras normatividades que poderá integrar ao seu corpo normativo jurídico, poderá dizer que admite ou permite a existência de outras normatividades que funcionem em paralelo e, mais importante, poderá não só excluir de si o que não reconhece, mas também proibir a existência e a aplicação daquilo que quiser negar totalmente.

A naturalização e normalização, no Ocidente, da premissa do Estado *laico* como sendo o único capaz de produzir normas jurídicas racionais é um dos fundamentos últimos da legitimidade desses sistemas jurídicos.⁸ Este artigo propõe que não há direito que não seja produto e função, em alguma medida, da racionalidade humana. Seja nos sistemas em que se fala de um Direito *revelado*, seja naqueles que se fale de um Direito *imanente*, a pergunta a fazer permanentemente diz respeito aos modos de conexão, incontornável, entre sistema de normas e fundamento último da legitimidade jurídica. Para desenvolver essa discussão, estabelece-se uma análise contrastiva entre as narrativas legitimadoras do Direito no Ocidente e no Oriente.

Metodologicamente, a perspectiva comparativa que norteia esse contraste sugere que uma apreensão mais ampla das transformações do jurídico no contexto da globalização demanda a superação de paradigmas tradicionais do comparatismo. A reconfiguração do espa-

⁵ OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. «*le droit affecte directement la temporalisation du temps, tandis que, en retour, le temps détermine la force instituante du droit. Plus précisément encore: le droit temporalise tandis que le temps institue. C'est donc une dialectique profonde et non des rapports superficiels qui se nouent entre le droits et le temps*»[em tradução livre].

⁶ Exceção feita aos territórios que os próprios Estados resolveram considerar internacionalizados ou comuns.

⁷ RICOEUR, Paul. *Temps et récit*. Paris: Seuil, 1983.

⁸ Ver, nesse sentido, por exemplo, SACK, Peter, Perspectives occidentales e non-occidentales do droit, In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, Une Introduction aux Cultures Juridiques non Occidentales. Bruxelas: Bruylant, 1998, p. 51

ço normativo, com a pluralização de suas fontes, hierarquias e arranjos, que é característica definidora do processo de globalização,⁹ torna problemáticas as bases habituais de cotejo de sistemas jurídicos, de base estatal, bem como a nitidez das fronteiras que ele pressupunha como ponto de partida.

Como aponta Mireille Delmas-Marty, esse novo contexto solicita que os estudiosos dos fenômenos jurídicos busquem as “forças imaginantes do Direito”,¹⁰ isto é, aquelas matrizes ideológicas e culturais mais profundas a partir das quais se constroem as noções fundamentais de legitimidade e de espaço do jurídico. Essa investigação faz parte desse esforço de ressignificação e renovação da perspectiva comparatista ao buscar cotejar matrizes que, invisíveis aos exames de diplomas normativos, são decisivas, não obstante, para seu funcionamento.

O argumento se desenvolve em quatro movimentos, reunidos em duas seções. Na primeira seção, examina-se essa articulação no interior do Direito Islâmico. Veremos como dessa interação decorreu gradualmente a passagem do Islã à condição de uma religião da Lei e a percepção desse Direito como impermeável à atualização e à adaptação ao mundo. Na segunda seção, discute-se a transição do fundamento *transcendente* para o fundamento *imane*nte, no direito Ocidental, as noções de tempo e racionalidade que a tornaram possível, e as impugnações que a pós-modernidade faz a essa construção discursiva sobre o jurídico no Ocidente.

2 O Divino e o Racional no Direito Islâmico

É comum dizer que, assim como o Judaísmo, o Islã seria uma religião da Lei, o Direito ocupando um lugar mais central do que a própria teologia. O fato é, no entanto, que isso não é verdade para o Islã dos primeiros tempos. De início, não era uma religião da Lei, mas antes da ética.¹¹ A tomada pelo Direito desse lugar central se deu gradualmente e no primeiro século do Islã – que

se inicia, como pregação e como Revelação, por volta de 615 DC – ainda não se podia falar de sistema jurídico islâmico.¹² Para Küng, o Corão, contendo a totalidade da palavra divina revelada ao Profeta Mohamad, seria apenas um preâmbulo para um código civil islâmico.¹³

Será necessário que o Islã passe por uma mudança de paradigma para que se possa dizer que se transformou em uma religião da Lei, a ênfase ética perdendo espaço e os debates de natureza jurídica se substituindo àqueles teológicos¹⁴.

Uma primeira razão para essa característica negativa dos primeiros tempos, e não para a transformação que virá com a mudança de paradigma, se encontra no fato de que o Corão foi revelado ao Profeta Mohamad ao longo de 22 anos, durante cerca de 10 dos quais ele atuou como governante, primeiro de Yatrib, a partir daí conhecida como a Medina do Profeta, e logo de toda a península arábica unificada sob o Islã. A totalidade da revelação não estava ainda disponível quando o Islã e seu Profeta já eram chamados a regular a vida em sociedade e a resolver controvérsias. Adicione-se a isso que as suras e versículos do Corão que se poderiam dizer efetivamente reguladores do comportamento ou jurídicos são muito poucos. Assim, o fato é que o Islã, e o Profeta, continuaram a aplicar o direito que os árabes conheciam antes da revelação. E quando se deu a expansão do Islã, levado à Síria, ao norte da África, à Ásia e mesmo à Europa pelos árabes, estes levavam com eles o seu direito e também continuavam a aplicar o direito local, desde que um ou outro não se expressasse em dispositivos que contrariassem o Corão. Essa imagem, mais precisa, da evolução do que virá a ser conhecido como Direito Islâmico, joga nova luz sobre a afirmação usual sobre serem o Corão revelado e o conjunto de comportamentos e ditos do Profeta, a tradição profética, conhecida por *sunna*, as duas fontes originárias dessa tradição jurídica. Isso ficará mais claro adiante, quando tratarmos da quebra de paradigma no que diz respeito justamente à tradição.

Um Direito Islâmico que fosse além do contido no Corão e que fosse diferente dos direitos locais das populações gradualmente incorporadas ao mundo muçul-

⁹ CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit, vol. 1 Paris: Seuil, 2004.

¹¹ Ver KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pg. 190.

¹² KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pps. 226 e 227

¹³ KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pps. 226 e 227

¹⁴ KÜNG, Hans, Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pg. 255.

mano só poderia se desenvolver gradualmente, ou bem criando ou reconhecendo como suas, normas outras que não as reveladas, ou bem pretendendo fazer decorrer todas as normas possíveis do Corão a partir de um esforço de interpretação intenso.

Talvez, por isso, a primeira fonte, falando cronologicamente, do direito islâmico (dentre as que são comumente listadas), além do Corão, seja a noção de *ijma'*, ou seja, consenso. Fundada na ideia que a comunidade muçulmana não poderia reunir-se consensualmente no erro, a norma ou o comportamento que fosse aceito por ela seria tida por jurídica, legal.

Evidentemente, o que é consensuado é objeto passível de escrutínio, de argumentação, de refutação, atividades que demandam a habilidade racional do ser humano. Uma questão que logo se colocará em relação ao consenso, quer ele seja voltado para a aceitação de normas externas ao Corão, quer diga respeito à interpretação do Corão ele mesmo, é se deve-se buscar o consenso da comunidade como um todo ou se, ao contrário, só os estudiosos da religião estão legitimados a constituir esse consenso.¹⁵

Como quer que seja, é um fato prontamente reconhecido que o Corão revelado é passível de interpretação, e mais, demanda interpretação. Assim aceita-se que um esforço deve ser empreendido pelos muçulmanos com o objetivo de conhecer a vontade divina, tal como revelada no Corão. A esse esforço se dá o nome árabe de *ijtihad*. Na verdade, todo o esforço de onde decorrem os princípios gerais do Direito Islâmico (ditos em árabe *usul al fiqh*), toda a teoria do direito que será gradualmente construída, portanto, e todas as normas que serão gradualmente incorporadas ao corpus normativo islâmico, é o que se conhece por *ijtihad*.

Para o *ijtihad*, assim como para o *ijma'*, é possível concebê-lo como tarefa de todos os muçulmanos ou, a partir de certo momento, restringir o empreendimento

aos sábios da religião, aos especialistas. Assim também, ao menos teoricamente, ele pode ter por objeto apenas o texto corânico, o texto e outras fontes concebíveis do Direito Islâmico, ou mesmo pode se estender para fora dessas fontes e olhar para além daquela parte revelada da vontade divina. Também, finalmente, o *ijtihad* pode ser concebido, por um tempo, como sendo absoluto (*mutlaq*), ou seja, livre de cânones pré-fixados, ou circunscrito às grandes linhas definidoras das grandes escolas jurídicas que o Islã virá a conhecer (*madhabe*, sing. *madhhab*).¹⁶

É desnecessário dizer que, sob qualquer forma, um tal tipo de esforço é necessariamente um exercício de mobilização da racionalidade. Inclusive os argumentos tendentes à ampliação do escopo e dos agentes do esforço ou à sua restrição precisam ser de natureza racional.

Não é por acaso que a primeira grande questão filosófica e teológica que dividiu os muçulmanos muito cedo, com implicações necessárias para o *ijtihad*, foi aquela relacionada ao caráter criado ou incriado (eterno e divino) do texto corânico.¹⁷ A pergunta que desafiava os intelectos era se o texto revelado era parte da criação e assim, portanto, adequada ao tempo e ao lugar em que se revelava, passível de atualização, talvez, e de adequação, ou se, ao contrário ele seria, junto com Deus, eterno e imutável.

Ainda que em algum momento tenha se imposto a segunda concepção, continuava a haver um largo espaço para a interpretação e para a discordância em relação ao Direito contido ou anunciado pelo Corão e em relação às normas a aplicar em situações as mais diversas por todo o mundo muçulmano. O *ijtihad* continuava a operar e a produzir, como é natural, respostas divergentes para múltiplas perguntas, perguntas sobre as quais também se podia discordar.

Esse esforço deu lugar a mecanismos, todos eles racionais, incorporados à teoria geral do Direito Islâmico e tendentes à identificação das normas aplicáveis e à solução de questões e controvérsias jurídicas.

¹⁵ KÜNG faz o paralelo entre este segundo tipo de consenso e a noção jurídica romana do *opinio prudentio*, a opinião do conhecedor, para mostrar como, além de adaptar e aplicar normas e instituições dos povos conquistados o Islã fazio o mesmo com conceitos e ideias. KÜNG, Hans, *Islão: Passado, Presente e Futuro*. Coimbra: Edições 70, 2010, pg. 227. Já sobre ser o Direito Islâmico objeto de interpretação pelo juriconsulto, pelo sábio religioso, e não pelo juiz, uma especificidade altamente relevante, ver BENKHEIRA, Hocine, *La Nature du Droit Islamique*, in *Revista de Direito Internacional*, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 25-31. O mesmo autor faz um detalhamento das fontes do Direito Islâmico que discutiremos adiante.

¹⁶ CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad» In: FRÉGOSI, Franck (org.) *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 71-79

¹⁷ Na verdade, essa questão era uma das que sustentava a corrente racionalista do Mu'tazilismo que surge no fim da dinastia Omíada e conhece seu apogeu sob o Califa abássida Al Ma'mun. Ver SOURDEL, Dominique e Janine. *Dictionnaire historique de l'Islam*. Paris: PUF, 1996, pg. 607

Assim, o *qyas*, raciocínio analógico, foi admitido como meio legítimo para responder a situações não cobertas pelas normas, mas similares a outras, estas sim contempladas com soluções. Aceita-se também que decisões sejam tomadas tendo em conta o que se julga ser o melhor resultado, ou aquele preferível (*istihsan*) ou o que constituiria o interesse legítimo da sociedade (*maslaha*). Até mesmo a opinião pessoal (*ra'y*) do juriconsulto ou do juiz tem um lugar.

É preciso atentar, no entanto, para o fato de que, durante o que se conhece como o período clássico do Islã, todo esse esforço era compreendido como uma tentativa de identificar o sentido do texto revelado. Era um esforço de interpretação e não de adaptação ou adequação.¹⁸ Essa precisão é importante para o debate, que virá adiante, sobre as condições de atualização e adaptação do Direito Islâmico como sendo determinadas por uma “reabertura das portas do *jithad*”, portas que uma abundante literatura imagina, erroneamente, que tenham sido fechadas em algum momento do terceiro século do Islã, cuja revelação teve início por volta de 610 DC.¹⁹

Com a expansão dos domínios territoriais do Islã, a diversidade, e disparidade, das opiniões dos juizes individuais que decidiam com grande liberdade, e também a diversidade de consensos locais sobre a teoria do direito e sobre as normas aplicáveis, a multiplicidade de escolas jurídicas,²⁰ tudo isso passou a ser visto como problema e como uma demanda por harmonização.

E harmonização viria a haver, de fato, mas ela decorreria do resultado de uma disputa importante, no seio do Islã, entre a tradição e a razão, se quisermos colocar as coisas nesses termos.

É talvez paradoxal que a restrição da liberdade de interpretação e a consolidação gradual dos vários cor-

pos normativos que logo se reduzirão ao número de 4 ou 5 grandes escolas,²¹ se tenha dado fundamentalmente com a adição tardia²² de uma segunda fonte primária para o Direito Islâmico, paralela ao Corão, tida por inspirada divinamente também e com o mesmo status hierárquico que o texto revelado. Trata-se da anteriormente mencionada *sunna*, ou a tradição, o conjunto de comportamentos ou ditos do Profeta, contidos nos *abadith* (sing. *hadith*).

Logo o trabalho de identificação dos *abadith*, da verificação de sua fidedignidade, da sua compilação, se tornará uma ciência e disso resultarão compêndios contendo numerosíssimos relatos de ditos e comportamentos do Profeta. Essa adição de uma nova fonte primária, elevada à condição de divinamente inspirada, contendo um grande número de lugares de onde fazer surgir normas jurídicas, supre a falta de disposições corânicas, uma falta que deixava, proporcionalmente, grande espaço para o esforço de interpretação. A adição restringe o espaço da interpretação, subordina o raciocínio por analogia e o consenso ao que está contido na tradição, restringe o lugar da opinião apenas ao momento em que cabe a analogia, proíbe o *istihsan* (o julgamento sobre o que é melhor, preferível) e recusa a tomada em conta da *maslaha* (o interesse).

De modo revelador, essa época conheceu a oposição entre os ditos *abl al hadith* (a gente da tradição) e os chamados *abl al akl* (a gente da razão ou da opinião), e desse confronto os tradicionalistas saíram vitoriosos.²³

A elevação do Profeta à condição de legislador divinamente guiado, criador de normas a partir de seu comportamento e ditos, normas que se encontram em posição hierarquicamente idêntica às do texto corânico, não podendo umas revogar ou alterar as outras, restringe a liberdade de interpretação que antes tinha por objeto apenas o texto revelado. O que antes era tradição passível de escrutínio e discussão adquire, pela linha de transmissão que a liga ao Profeta, em princípio, autoridade equivalente à da Revelação.

Essa evolução no que respeita às agora duas fontes primárias do Direito Islâmico, ambas de natureza divi-

¹⁸ CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihād» In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pg. 74

¹⁹ CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihād» In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pg. 75

²⁰ Sobre a liberdade com que os primeiros juristas do Islã se permitiam interpretações diversas, sem se prenderem inclusive ao texto revelado, ver, por exemplo, MOURAD, Suleiman A. Islamic Sharia Law - History and Modernity: Some Reflexions, in Revista de Direito Internacional, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 25-31. A mesma obra traz um argumento contundente favorável ao recurso à história para entender uma tradição jurídica como a islâmica e os seus problemas contemporâneos.

²¹ A literatura lista tradicionalmente as 4 grandes escolas jurídicas do Sunismo, a Shafeita, a Hanbalita, a Malekita e a Hanafita. É preciso considerar ao menos a escola Ja'farita adotada pelos xiitas duodecimais.

²² Um movimento que se intensifica a partir de meados do século VIII.

²³ KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010, pps. 324 e 325

na, se combina com esforços de sistematização desse Direito compreendidos sobretudo por Shafe'i,²⁴ orientados pela preocupação com reduzir as diferenças existentes entre as inúmeras escolas do período clássico. O esforço de sistematização, no entanto, deixava as portas abertas para a discordância, já que o *ijtihad* implica em obrigações de meio e não de fim.

É por isso que, como antecipado acima, não se pode falar propriamente de um mítico fechamento das portas do *ijtihad* que seria responsável pela estagnação ou pela incapacidade de adaptação do Direito Islâmico. Esse fechamento nunca se deu. No entanto, como também já foi dito, a função do *ijtihad* é identificar a vontade divina interpretando o texto da Revelação e, depois, a tradição do Profeta. Na medida em que a ortodoxia islâmica consagrou a ideia de ser o Corão incriado, eterno portanto, o *ijtihad* teria por resultado a identificação daquilo que é imutável e não para a sua adequação às necessidades do tempo. Ele seria, portanto, conservador.

Segundo Chaumont, a ideia fundamentalmente orientalista de fechamento das portas do *ijtihad* teria encontrado ampla aceitação inclusive nas sociedades islâmicas e não ficado restrita aos pensadores orientalistas, pelos efeitos típicos do colonialismo que levam à adoção pelo colonizado das visões do colonizador, mas também, e isso é mais interessante, porque oferecia uma explicação para o atraso percebido sem colocar em xeque os fundamentos da tradição e da religião, já que, segundo o argumento, bastaria que se abrissem novamente essas portas para que o Islã se visse adaptado ao mundo moderno, mas ainda inteiro, íntegro.²⁵

O que se percebe como o congelamento do Direito Islâmico, esse fechamento de portas, é de algum modo também percebido como a razão fundamental da incapacidade de adaptação do Islã e das sociedades muçulmanas, de seu atraso, se quisermos, em geral e não apenas no que respeita às normas e às instituições jurídicas, e também nisso é possível que haja uma saída confortá-

vel para muitos.

De todo modo, está evidente que, quaisquer que sejam os problemas ligados à concepção do *ijtihad*, ao seu âmbito de aplicação e ao seu caráter conservador, no sentido de aderência à interpretação do texto, ou inventivo, no sentido de inovação em relação ao texto, o *ijtihad* é um exercício de racionalidade, assim como o são também as discussões e polêmicas que o têm por centro. Qualquer que seja a verdade do problema de um percebido atraso do Islã e das sociedades muçulmanas, não se trata de ausência de racionalidade. Trata-se antes de um problema conectado ao exercício de uma racionalidade religiosa.

É possível afirmar, como o fazem muitos,²⁶ que aquilo que se poderia chamar de estagnação do pensamento islâmico e das sociedades muçulmanas está fundado sobretudo na falha em separar e distinguir a racionalidade religiosa daquela filosófica e científica.

O ponto alto da filosofia islâmica se deu no século XII no Andalus. Ali, mais especificamente em Córdoba, sob um emirado Omíada que enfrentava a influência política, ideológica e religiosa da dinastia Abássida de Bagdá e daquela Fatimida do Egito, Averróis, juiz e juriconsulto, mas também um homem treinado em medicina, matemática e lógica, encarnou, de modo mais paradigmático, um pensamento que propunha a distinção entre a racionalidade religiosa, que deve perseguir a verdade pela via que a Revelação desenha em direção a ela, e a racionalidade filosófica, científica, se quisermos, que conduz igualmente à verdade, mas por caminhos próprios, utilizando instrumentos específicos. A Lei divina, segundo ele, comanda a busca da verdade pela filosofia, mas não lhe pode impor um instrumento que não seja o seu. Assim, os dois caminhos em direção à verdade podem se desencontrar, momentaneamente, porque o erro de uma ou outra racionalidade é possível, mas é preciso respeitar o método e o caminho.

Em seu livro definitivo sobre a questão,²⁷ Averróis defende essa sua tese na forma de um parecer jurídico, e traça vários paralelos entre os silogismos que devem fundamentar uma decisão com base no Direito e o silogismo típico do pensamento filosófico. A cada univer-

²⁴ Fundador de uma das quatro grandes escolas jurídicas sunitas. Ver, sobre esse trabalho de sistematização, entre outros, KÜNG, Hans. Islão: Passado, Presente e Futuro. Coimbra: Edições 70, 2010 e CHAUMONT, Eric, "Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad" In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

²⁵ CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad" In: FRÉGOSI, Franck (org.) Lectures contemporaines du droit islamique, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pg. 77

²⁶ Ver, por exemplo, ABED AL-JABRI, Mohammed. *Introdução à Crítica da Razão Árabe*. São Paulo: Unesp, 1997 e BENSLAMA, Fethi. *La Guerre des Subjectivités en Islam*. Paris: Lignes, 2014, no ensaio dedicado à Escolha de Averróis.

²⁷ AVERRÓIS. *Discurso Decisivo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

so de pensamento se impõe o instrumento, o método, apropriado.

Interessa notar, no entanto que, como jurista, Averróis estava entre aqueles que tendiam a acreditar que o sentido da Revelação e, portanto, do Direito, era sempre exotérico, externo, contrariamente às correntes mais místicas ou que abriam maior espaço para uma compreensão restrita aos iniciados, que precisariam ser copiados e seguidos pelos demais crentes. Neste sentido, era um jurista mais adstrito ao texto. Por outro lado, tendia a considerar, logicamente, como permitido ou possível tudo que estivesse fora do texto.

Compreende-se a esperança depositada na recuperação do legado fundamental de Averróis e outros que pensavam como eles e que se viram de algum modo alijados da história do pensamento muçulmano posterior para uma renovação da vitalidade dessa tradição. Resta saber se essa recuperação dará conta também de revitalizar o pensamento no seio de uma tradição jurídica que não pode desconsiderar sua fundamentação religiosa sem se desnaturar.

A construção do direito islâmico, como se vê, guarda semelhanças importantes com o processo de configuração do jurídico que se deu no Ocidente. Em ambos os casos, há uma batalha hermenêutica que coloca em tensão a sacralidade do texto e a falibilidade do intérprete, dinâmica que se traduz na busca de estratégias para reduzir esta a fim de respeitar aquela.

As duas tradições se afastam, entretanto, na lógica de construção dessas estratégias. As guerras de religião que dilaceraram a Europa nos séculos XVI e XVII tornaram impossível que as diferenças hermenêuticas pudessem seguir sendo arbitradas - como ocorreu no caso do Islã - no quadro de um fundamento transcendente comum. A ruptura exegética representada pela Reforma²⁸ liquidara a possibilidade de utilização do texto bíblico como base comum e elemento de decisão para controvérsias normativas. Todo o esforço dos iluministas pode ser lido como um projeto para recompor um campo de debates comum por meio de um critério visto como universal. A razão instrumental cartesiana cumprirá exatamente este papel.

Secularizando, por meio da verdade metafísica, atri-

²⁸ BERMAN, Harold. *Law and Revolution, II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*. Cambridge: Belknap Press, 2006.

butos característicos do divino medieval - universalidade, clareza, consistência, pertinência - a razão cartesiana repropõe, em termos diversos, os termos de um debate que, no Islã, prosseguiu sob a égide do religioso. Na narrativa que o Ocidente faz de si mesmo, e no espelho invertido que, nessa narrativa, representa o Oriente, esse distanciamento é hiperdimensionado, no esforço de apagar uma origem comum. Por isso, importa retomar as origens dessa nova perspectiva hermenêutica no Ocidente, ressaltando sua dependência de mecanismos de validação que guardam importante relação com seus correlatos islâmicos. Essa discussão é objeto da seção que se segue.

3 O Divino e o Racional no Direito Ocidental

A Concordata de Worms, em 1122, é um dos momentos fundantes da vida política e jurídica no Ocidente.²⁹ O tipo de distinção que ela estabeleceu entre poder religioso e poder temporal servirá de base para a consolidação, séculos depois, da ideia de Estado laico como uma das pedras de toque do pensamento político Moderno.³⁰ O triunfo do projeto iluminista irá empurrar para o campo do privado a “superstição religiosa”, elevando a Razão instrumental como única base legítima para a organização da vida comum.

A compreensão desse processo que culmina na laicidade como condição necessária para a existência do *rule of law* nas democracias ocidentais não pode ser completa sem o exame das premissas teológicas e jurídicas que tornaram possível a *Concordata*. No início do século XII, as relações entre poder temporal e poder espiritual são vistas como sendo, fundamentalmente, de *complementaridade*. Os embates entre Papa e Imperador não indicavam um antagonismo entre as esferas, mas uma compreensão imperfeita, por parte dos agentes, da unidade profunda que englobava os dois campos. O mundo medieval articulava-se simultaneamente, em torno de uma dupla temporalidade e de uma dupla racionalidade.

²⁹ SKINNER, Quentin. A Genealogy of the Modern State. *Proceedings of the British Academy*, vol 162, 2009, pp 325-370.

³⁰ DE MESQUITA, Bruce Bueno. Popes, Kings, and Endogenous Institutions: The Concordat of Worms and the Origins of Sovereignty. *International Studies Review* 2, n. 2, 2000, pp. 93-118. Acesso em 14 jan. 2020, disponível em: <www.jstor.org/stable/3186429>.

No que diz respeito à primeira dimensão, a clivagem se dava entre o tempo humano e o tempo divino. Havia, por um lado, a temporalidade do *século*, vocábulo que aqui, tem o sentido de vida quotidiana. Esse era o tempo da história humana, da vida presente e de sua efemeridade, suas vicissitudes e sua provisoriedade.³¹ O mundo material, em que estão inseridos os seres humanos, com seus corpos e seus apetites, necessitava a capacidade de governo sobre “as coisas que passam”. O poder temporal - imperador, rei, suserano, etc. - era o encarregado de desempenhar essa tarefa.

A outra temporalidade era a do *eterno*, isto é, o tempo da história da salvação, escrita por Deus, não pelos seres humanos. Essa dizia respeito não ao corpo mortal e às coisas que passam, mas à alma imortal e às coisas que não passam. Essa história se compunha de três fases: a *era do Pai*, a primeira delas, dizia respeito à narrativa do Antigo Testamento; a segunda, a *era do Filho*, fora da encarnação até a ascensão de Cristo aos céus; a terceira, em que viviam os medievais, se denominava *era do Espírito* e deveria se estender até o Juízo Final. A vida espiritual nesses últimos tempos - até a Parusia, o retorno do Cristo - necessitava a capacidade de “pastorear as almas” e de governo sobre “as coisas que não passam” O poder religioso - papa, bispos, clérigos - era o encarregado dessa incumbência.

Uma divisão correlata se dava em torno da racionalidade. A distinção que se fazia não era (como iriam propor os Modernos) entre a *razão* e a *não-razão*, mas entre dois tipos de razão. O texto fundamental de Isaías (“Porque os meus pensamentos não são os vossos pensamentos, nem os vossos caminhos os meus caminhos, diz o Senhor. Porque assim como os céus são mais altos do que a terra, assim são os meus caminhos mais altos do que os vossos caminhos, e os meus pensamentos mais altos do que os vossos pensamentos”),³² estabelecia os termos dessa distinção. Há uma semelhança fundamental: tanto Deus, quanto os seres humanos, são capazes de *pensamentos* e de planejar caminhos, vale dizer, de propor objetivos e meios para sua obtenção. A racionalidade humana, conquanto imperfeita, é reflexo da razão divina. Por outro lado, há também uma diferença insuperável: a Razão divina está muito acima da capacidade de apreensão da razão humana e é irredutível aos limites de nossa capacidade de compreensão. Ela

é o inefável, isto é, uma racionalidade intraduzível em termos humanos, não porque imperfeita, mas porque absolutamente perfeita.

A tarefa das comunidades políticas do Ocidente medieval era a de conciliar essas duas temporalidades e essas duas racionalidades. O *bom governo* deveria permitir a todos, vivendo santamente no reino desse mundo, chegar à bem-aventurança no reino eterno. O rei Davi era o paradigma do soberano que reunia, em sua pessoa, a capacidade de governar bem as duas dimensões. Sua prudência faz com que ele frequentemente consulte os sábios e Profetas, isto é, aqueles que podem ajudá-lo a alinhar sua ação política no tempo presente com os preceitos que regem o tempo eterno. Politicamente acima de seus conselheiros religiosos, mas subserviente à Verdade que eles lhes revelam, o rei Davi servirá de modelo e justificativa, até a concordata de Worms, para a fusão das duas temporalidades e das duas racionalidades em um único soberano.³³

A própria necessidade de haver a *Concordata* indica, entretanto, que as transformações sociais que marcam o fim da chamada Alta Idade Média, haviam tornado inviável essa forma específica de concentração de poderes. As tensões entre os interesses da hierarquia eclesiástica e da nobreza feudal haviam chegado a um paroxismo que nem a violência das guerras permitia resolver. O arranjo político que permitiu superar esse antagonismo se baseou na forma de se entender os modos de complementaridade dessa dupla racionalidade-temporalidade.

A exemplo do que posteriormente, na Modernidade, seria proposto com a separação de poderes (que é instrumental para o exercício do poder uno do Estado), assim também os medievais efetuaram uma separação pragmática de racionalidades. A distinção consensual entre século e eterno iria se traduzir em uma diferenciação institucional cada vez mais marcada e cada vez mais estanque. Também à semelhança da premissa contemporânea de *harmonia entre os poderes*, a solução da Concordata implicava igualmente a afirmação de que era possível uma coexistência virtuosa das duas esferas. A divisão pragmática de tarefas não era senão um modo de permitir a gestão efetiva do *todo*: agindo cada um em

³¹ TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

³² BÍBLIA. Isaías 55:8-55:9. Disponível em <<https://www.biblionline.com.br/acf/is/55/8-10>>.

³³ KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. GAPOSCHKIN, M. Cecilia. *The Making of Saint Louis: Kingship, Sanctity, and Crusade in the Later Middle Ages*. Cornell University Press, 2008. Acessado em 14 jan. 2020. www.js-tor.org/stable/10.7591/j.ctt7v6sm.

sua esfera, o cetro e o báculo se articulariam para promover o bem comum.³⁴

Ponto crucial para o entendimento do processo de laicização do Direito ocidental Moderno, é a prevalência, ao menos no campo teórico, da racionalidade religiosa sobre a racionalidade secular, como se viu do texto de Isaías. Assim como o espírito é superior à carne, assim também as razões espirituais se sobrepõem às razões mundanas da política. A bula papal que permitia aos católicos ingleses o assassinato de Elizabeth I (porque vista como herética),³⁵ assim como a execução dos católicos por não aceitarem a autoridade (espiritual) de Henrique VIII³⁶ são exemplos bem conhecidos dessa superioridade reconhecida do tempo eterno sobre o tempo presente.

Mais ainda: as normas jurídicas, assim como todos os atos das autoridades políticas se legitimavam, em última instância, como manifestação, no século, da Vontade Eterna. Isto é, o processo de formação dos Estados nacionais, com todas as suas implicações de constituição de uma burocracia estatal profissional, de uma crescente especialização do campo jurídico e de uma consolidação da lei promulgada como limitação ao poder do monarca tinha por lastro, no discurso e no imaginário coletivos, uma instância metafísica. Essa instância metafísica é um Deus *pessoal* (isto é, não se confunde com uma força cósmica dispersa, nem com a Natureza), dotado de *vontade* e que tem um *plano específico para os seres humanos*. Como observa Gillepsie, sem entender a importância desse lastro, e de suas características, é impossível compreender a dinâmica mais profunda que estrutura a Modernidade.³⁷

As guerras de religião, entretanto, solaparam de maneira decisiva as possibilidades práticas dessa validação metafísica, não porque negassem a existência de uma divindade com essas características (pessoalidade, vontade, projeto), mas porque colocavam em dúvida a capacidade de a *vontade* e o *projeto* da *pessoa divina* serem

apreensíveis pelos seres humanos. A disputa teológica no coração da Reforma tem aqui seu ponto central: a ênfase luterana na *fé* surge de uma desconfiança radical na capacidade de os seres humanos compreenderem a profundidade dos desígnios divinos. Pretender ser capaz de fazê-lo - como, alegava Lutero, faziam os teólogos chancelados pela Igreja de Roma - era um ato de suprema arrogância, um modo espúrio de tentar justificar, por meio da Escritura, propósitos que nada tinham de sagrado.

Os questionamentos propostos por Lutero geraram um abalo sísmico na Cristandade, porque colocavam em xeque as bases de legitimidade de todas as autoridades - políticas, religiosas, sociais - sem, entretanto, deixar de afirmar a verdade fundamental dos termos a partir dos quais essas autoridades se constituíam. Nem Lutero (como se vê de sua atuação nas revoltas camponesas), nem Calvino (como se vê de seu governo em Genebra), nem as outras ramificações da Reforma, negavam que a autoridade política era a manifestação temporal da autoridade divina e a essa devia submissão (como se vê da estrutura social estabelecida pelos puritanos no Novo Mundo). A lei divina, seus comandos, eram o paradigma e o fundamento das leis humanas.

O conteúdo e o sentido dos comandos dessa autoridade superior, eram, entretanto, inacessíveis aos seres humanos; para ser mais preciso, à grande maioria dos seres humanos. Pois os eleitos a ela tinham acesso direto por meio da leitura não corrompida das Escrituras. Tragicamente, não havia critério seguro para estabelecer quem merecia ser considerado *eleito*: todos os lados envolvidos entendiam as cruentas matanças em nome da religião como um mal necessário, como um embate em que *ortodoxos, santos, fiéis* buscavam corrigir *hereges, pecadores, infiéis*. As definições de quem merecia qual rubrica variavam segundo o lado em que se estivesse, mas os critérios de distinção eram os mesmos.

A incapacidade de um consenso teórico na teologia convidou a uma solução pragmática na política. A Paz de Augsburg (1555), e seu princípio *Cujus regio, eius religio* significou na prática, a relativização da importância dos argumentos religiosos como fundamentação no poder. Ao longo do tempo, no abandono gradual do recurso discursivo à “vontade divina” como legitimação para os governos e as leis.³⁸ Como observa Foucault,

³⁴ Na teologia, Santo Tomás busca realizar essa conciliação.

³⁵ A bula papal *Regnans in Excelsis* está disponível em inglês no seguinte endereço: <<https://www.papalencyclicals.net/pius05/p5regnans.htm>>. Por meio dela, foi excomungada a rainha Elizabeth I.

³⁶ A perseguição instaurada no reinado de Henrique VIII, inclusive, continuou no Reinado de Elizabeth I. Para um estudo mais detalhado ver: CHAPMAN, John H. *The persecution under Elizabeth*. Transactions of the Royal Historical Society, vol. 9. Cambridge: Cambridge University Press, 1881, pp. 21-43.

³⁷ GILLEPSIE, Michael Allen. *The theological Origins of Modernity*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

³⁸ BERMAN, Harold Joseph. *Law and revolution, II: the impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Cambridge, MA:

os governos passarão gradualmente a se validar, mais e mais, com base nas *razões de Estado* e na eficiência de suas administrações.³⁹

Como já se apontou, essa passagem do governo das almas para o governo do Estado não implicou, em um primeiro momento, o abandono da metafísica de matriz religiosa, nem a declaração da irracionalidade de qualquer religião. E isto não só na política. A filosofia de Descartes e de Kant, assim como os escritos políticos de Hobbes e de Rousseau fazem, cada um a seu modo, referência a Deus como elemento constitutivo de sua argumentação. A racionalidade moderna, em seus primeiros movimentos, busca ressignificar - não negar - a dimensão metafísica postulada pelos discursos religiosos.

A mutação que se irá operar terá suas raízes no desprestígio crescente da ideia de Deus pessoal. O surgimento do deísmo no século XVII é um dos primeiros passos em um movimento que fará a transição da inescrutável Razão divina do Deus pessoal medieval para a cientificamente apreensível Razão natural inscrita no universo dos Modernos. O processo ganhará impulso com o positivismo de Comte, narrativa central para consolidar a ideia de que o pensamento científico é uma *evolução* em relação ao pensamento religioso (apresentado como menos *racional*)⁴⁰ e com a historiografia do século XIX, que representará a Idade Média como “a Idade das trevas” porque dominada pelo obscurantismo religioso.⁴¹

O resultado desse processo é uma modalidade específica de sinédoque, que faz com que um tipo específico de Razão (a saber, a razão Iluminista) passe a significar a Razão como um todo. Essa razão Iluminista, como já se apontou, é *instrumental* e *procedimental*,⁴² isto é, ela não

tem um sentido último, mas serve para compreender o mundo e transformá-lo segundo nossos interesses, ao mesmo tempo que não se valida pela verdade substantiva, mas pela pertinência metodológica. Qualquer tipo de discurso (religioso, artístico, afetivo) que não puder ser comprovado nesses termos será considerado como defectivo do ponto de vista racional.⁴³

A transposição desse tipo de razão para o campo do Direito é bem conhecida, desde, pelo menos, o trabalho de John Austin. *The Province of Jurisprudence Determined*, de 1832, traduz a preocupação com a cientificidade do Direito que Kelsen consagrará em *Pure Theory of Law* (1934). Os termos em que a proposta positivista busca definir a racionalidade jurídica, a excisão que ela opera de elementos que não possam ser traduzidos à lógica cartesiana-dedutiva de legitimação, representam um esforço de insular o jurídico da metafísica. Corolário dessa operação, será a distinção marcada entre *direito* e *justiça*, entre *procedimento* e *substância*, entre *legalidade* e *legitimidade*.

Ainda que combatida desde seu início, a proposta positivista de que a racionalidade jurídica, sob o ponto de vista científico, deveria ser discutida e comprovada em termos da lógica e da consistência internas ao sistema consolidou-se no senso comum de boa parte dos juristas. Mesmo seus críticos tendem a tomar como plena de sentido a ideia de que há um *direito nos livros* (*law in the books*), e que essa tem sua importância própria, que se desdobra em parâmetros racionais de hermenêutica e aplicação. A valorização do *direito em ação* (*law in action*) não representa uma negação do caráter racional dos códigos e diplomas legais, mas uma impugnação da forma como eles são utilizados no funcionamento das instituições jurídicas.

Assim, algo paradoxalmente, o realismo jurídico naturaliza e reforça a noção de que a coerência lógica interna do sistema normativo é uma característica do *jurídico, como jurídico*. As duas grandes correntes teóricas (positivismo, realismo), em seu funcionamento conjunto, manifestam o quão profundamente a sinédoque moderna afetou os modos de entendermos, contemporaneamente, a racionalidade do Direito.

Os limites da Razão iluminista foram apontados já durante seu processo de consolidação, como se pode

Harvard University Press, 2009, pp. 50-51.

³⁹ FOUCAULT, Michel, and SENELLART, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2008.

⁴⁰ No imaginário moderno, as ideias de Comte acabam por se articular, de maneira nem sempre explícita, com a perspectiva evolucionista de Darwin, em um movimento que reforça a noção de que a ideia de evolução é *cientificamente comprovada*. As propostas do materialismo histórico, de Marx, abraça a noção similar de evolução do tempo histórico.

⁴¹ Uma breve discussão sobre a construção dessa ideia pode ser encontrada em: NELSON, Janet. *The Dark Ages. History Workshop Journal*, n. 63, 2007, pp. 191-201.

⁴² TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989, pp. 321-354.

⁴³ Para uma densa análise de elementos teológicos e políticos na obra de Descartes, ver. GILLEPSIE, Michael Allen. *The theological Origins of Modernity*. Chicago: University of Chicago Press, 2008. pp. 107-206.

ver, por exemplo, da ampla reação reunida sob a rubrica de *Romantismo*. Essas críticas pioneiras foram hoje ampliadas e retomadas no bojo do que se convencionou chamar de pós-modernidade. As novas correntes críticas desconstroem, de maneira muito convincente para boa parte da comunidade jurídica, as bases argumentativas de discursos que propunham uma *razão universal, neutra e a-histórica*. A era da pós-verdade coloca em crise todos os discursos de legitimação do jurídico de matriz Moderna.⁴⁴

Não sem ironia, o corrente esfacelamento da noção de verdade universal guarda paralelos importantes com a ruptura da unidade teológica que havia dado consistência à vida político-jurídica da Idade Média. Também aqui, um elemento incontroverso para dirimir disputas (a Escritura, para os medievais; a razão Iluminista, para os Modernos), se vê subitamente infirmada desde seus fundamentos.

A crise do Direito, a ascensão de outras formas de normatividade, e a reformulação das instituições político-jurídicas contemporâneas, radicam nessa ruptura de um paradigma consensual fundamental. Essa crise tem entre suas marcas mais pronunciadas a percepção de que o intervalo entre *legal e justo* vai se alargando de maneira inadmissível. A identificação desse descolamento, entretanto, bem como as propostas de sua superação demandam a afirmação de alguns *a priori* incompatíveis com a dicção da legalidade de matriz iluminista-moderna. Como apontou Villey⁴⁵, o apelo à reforma dos sistemas jurídicos a partir de valores como *dignidade humana*, são reiterações contemporâneas de valores antes desenvolvidos e teorizados no campo da teologia. A clivagem entre transcendente e racional no Ocidente parece hoje menos absoluta do que há um século; assim como no passado, ela irá demandar a capacidade de desenvolver novas formas de teorização.

Assim, no Mundo Muçulmano a tese da existência de um caminho outro que o da Revelação para se chegar à Verdade, um caminho da filosofia e da lógica - que precisaria sobretudo ser respeitoso dos *métodos da Revelação* mas não a ela submetidos - parece ter sido derrotado em determinado ponto da história. Essa perspectiva secular teria como consequência possível de desencontro eventual entre revelação e filosofia, decorrentes das

falhas humanas na interpretação ou dos processos de tentativa e erro típicos da ciência. No Ocidente, entretanto, seria essa última perspectiva a que teria vingado, uma vez que a impossibilidade de consenso sobre o sentido da Verdade revelada teria operado para erigir a racionalidade instrumental e procedimental ao status de valor último.

Assim, Oriente e Ocidente apresentam percursos diversos, mas não desconexos, em seus processos de construção e legitimação da hermenêutica jurídica. Tanto em um, como em outro conjunto de tradições, dificuldades envolvidas na tarefa de descobrir a vontade divina ou a verdade racional se encontram no centro da cena. No que diz respeito ao direito, repertório de argumentos legitimadores para a interpretação dos comandos, permissões e proibições tomou forma distinta em uma e outra parte. O sentido dessa discrepância, entretanto, não pode ser plenamente apreendido sem que se atente, por um lado, para a existência de um problema de fundo de base comum: legitimidade da interpretação face a uma verdade superior ao intérprete. Por outro, tal sentido também arriscará permanecer oculto sem o reconhecimento da continuidade entre as formas laicas de sacralização na Verdade no Ocidente – o culto do Ser Supremo pela Revolução francesa bastará como exemplo desse movimento de fundo – e as formas religiosas de sacralização da Revelação no Ocidente. Esse cotejo, incontornável a nosso ver, não pode ser realizado, entretanto, sem que se abrace um tipo de comparatismo que vá além das matrizes tradicionais de base estatal.

4 Considerações finais

Um ponto de partida para as ideias exploradas neste artigo é o argumento, possível, de que um Direito cuja fundamentação última seja de natureza divina e que tenha por fonte primária uma Revelação, tida esta como imutável, tenderá à ênfase sobre os conteúdos normativos materiais e à imutabilidade também desse conteúdos; e de que, por outro lado, um Direito que se queira fundado sobre a racionalidade tenderá a prestigiar os aspectos procedimentais, aceitando a mutabilidade dos conteúdos normativos, a qualidade dos sistemas normativos estando mais associada à segurança com que as normas são modificadas e administradas.

Isto, à primeira vista, colocava oposição radical, as

⁴⁴ VATTIMO, Gianni. *Addio alla verita*. Roma: Meltemi, 2003.

⁴⁵ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

tradições jurídicas de fundamentação religiosa e aquelas (ou aquela, se pensarmos no direito moderno ocidental como a tradição da racionalidade por excelência) tidas por racionais e, por conseguinte, opunha o religioso ao racional, como se um fosse a negação do outro.

O que ao final se buscou demonstrar, é que o divino e o racional podem entreter relações diversas e sempre complexas. E é isso justamente o que se dá tanto no caso do Direito Islâmico como no caso do que conveniou-se chamar, para os propósitos deste artigo, de Direito Ocidental.

Nos dois casos, trata-se de perceber o lugar e o papel, não da racionalidade e do não-racional, mas sim de tipos diversos de racionalidade. No caso do Direito Islâmico, as dificuldades parecem decorrer de uma prevalência da racionalidade religiosa que foi dominada por um tradicionalismo pouco afeito à inovação, enquanto, para o pensamento islâmico e no mundo muçulmano, adiciona-se a dificuldade histórica da diferenciação entre as racionalidades religiosa e filosófica/científica.

Já no caso do Direito Ocidental, e talvez do universo de pensamento em que este se encontra inserido, os problemas parecem decorrer, ao contrário, do que se poderia chamar de unilateralidade da racionalidade instrumental e utilitária.

Referências

ABED AL-JABRI, Mohammed. *Introdução à Crítica da Razão Árabe*. São Paulo: Unesp, 1997.

AVERRÓIS. *Discurso Decisivo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

BENKHEIRA, Hocine, La Nature du Droit Islamique, in *Revista de Direito Internacional*, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 14-23.

BENSLAMA, Fethi. *La Guerre des Subjectivités en Islam*. Paris: Lignes, 2014.

BERMAN, Harold Joseph. *Law and revolution, II: the impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009, pp. 50-51.

BLEUCHOT, Hervé, *Droit Musulman*, t. I e II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2000.

CANAL-FORGUES, Eric (org.). *Recueil des Constitutions des Pays Arabes*. Bruxelas: Bruylant, 2000.

CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une Introduction aux Cultures Juridiques non Occidentales*, Bruylant, Bruxelas, 1998

CHAPMAN, John H. *The persecution under Elizabeth*. Transactions of the Royal Historical Society, vol. 9. Cambridge: Cambridge University Press, 1881, pp. 21-43.

CHAUMONT, Eric, «Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad» in FRÉGOSI, Franck (org.) *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 71-79.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DE MESQUITA, Bruce Bueno. Popes, Kings, and Endogenous Institutions: The Concordat of Worms and the Origins of Sovereignty. *International Studies Review* 2, n. 2, 2000, pp. 93-118. Acesso em 14 jan. 2020, disponível em: <www.jstor.org/stable/3186429>.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit*, vol. 1 Paris: Seuil, 2004.

DUPRET, Baudouin (org.), *La Charia Aujourd'hui – Usages de la Référence au Droit Islamique*, La Découverte, Paris, 2012.

DUPRET, Baudouin e BUSKENS, Léon, *Introduction*, in DUPRET, Baudouin (org.), *La Charia Aujourd'hui – Usages de la Référence au Droit Islamique*, La Découverte, Paris, 2012.

GAPOSCHKIN, M. Cecilia. *The Making of Saint Louis: Kingship, Sanctity, and Crusade in the Later Middle Ages*. Cornell University Press, 2008. Acessado em 14 jan. 2020. www.jstor.org/stable/10.7591/j.ctt7v6sm

FOUCAULT, Michel, and SENELLART, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2008.

GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. *Representações do direito e a crise da modernidade*. São Paulo: FGV, 2016.

GLEAVE, Robert, *La charia dans l'histoire : ijtihad, épistémologie et « tradition classique »*, in DUPRET, Baudouin

(org.), *La Charia Aujourd'hui – Usages de la Référence au Droit Islamique*, La Découverte, Paris, 2012.

GILLEPSIE, Michael Allen. *The theological Origins of Modernity*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

GLENN, Patrick, *Legal Traditions of The World*, 3rd ed., Oxford University Press, Nova Iorque, 2007.

HALLAQ, Wael. *A History of Islamic Legal Theories*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KÜNG, Hans. *Islão: Passado, Presente e Futuro*. Coimbra: Edições 70, 2010.

MOURAD, Suleiman A. Islamic Sharia Law - History and Modernity: Some Reflexions, in *Revista de Direito Internacional*, Vol. 15, N. 3, Brasília, 2018, pp. 25-31.

NELSON, Janet. The Dark Ages. *History Workshop Journal*, n. 63, 2007, pp. 191-201.

OUBROU, Tareq. «La sharia de minorité», in FRÉGO-SI, Franck (org.) *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 205-230.

PREMARE, Alfred-Louis de, *Aux origines du Coran, questions d'hier, approches d'aujourd'hui*, Téraedre, Paris, 2004.

SACK, Peter. Perspectives occidentales e non-occidentales do droit, in CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une Introduction aux Cultures Juridiques non Occidentales*, Bruylant, Bruxelas, 1998, pgs. 45-57

SKINNER, Quentin. A Genealogy of the Modern State. *Proceedings of the British Academy*, vol 162, 2009, pp 325-370.

SOURDEL, Dominique e Janine. *Dictionnaire historique de l'Islam*, PUF, Paris, 1996.

TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989

VATTIMO, Gianni. *Addio alla verita*. Roma: Meltemi, 2003.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.