



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rafael Zelesco Barretto

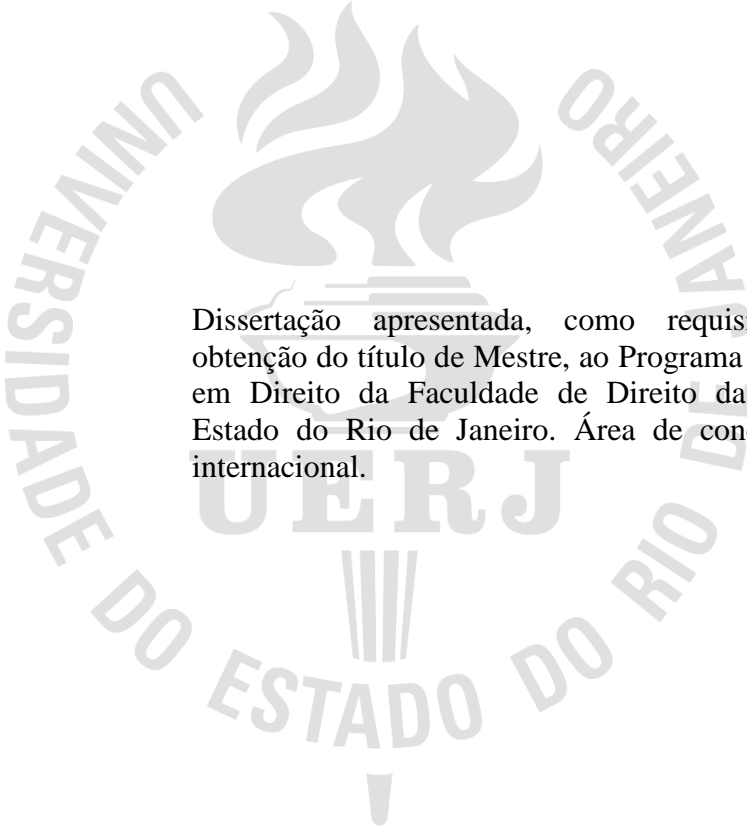
**O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas
e sua relação com os Estados muçulmanos**

Rio de Janeiro

2011

Rafael Zelesco Barretto

**O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas
e sua relação com os Estados muçulmanos**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito internacional.

Orientador: Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mota

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B273c Barretto, Rafael Zelesco.

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e sua relação com os Estado mulçumanos / Rafael Zelesco Barretto. – 2011.
355 f.

Orientador: Mauricio Jorge Pereira da Mota.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito Internacional Público - Teses. 2. Direitos Humanos - Teses. 3. Nações Unidas – Teses. 4. Direito Islâmicos – Teses. I. Mota, Mauricio Jorge Pereira da. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rafael Zelesco Barretto

**O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas
e sua relação com os Estados muçulmanos**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito internacional.

Aprovado em 30 de agosto de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mota (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Evandro Menezes de Carvalho

Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Esta dissertação foi composta no âmbito do mestrado em direito internacional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cursado entre os anos de 2009 e 2011. Durante todo este período, tive a sorte de ser não somente aluno, mas também professor da mesma Faculdade, assumindo, como docente substituto, a disciplina “História do Direito”, tradicionalmente oferecida aos recém-admitidos na graduação.

Se por um lado tal atribuição pesou no tempo disponível para dedicar-me à pesquisa, por outra parte as quatro aulas ministradas na semana constituíram um enorme estímulo ao estudo. Foram ocasiões insubstituíveis de diálogo com meus alunos — constantes na presença, exigentes na qualidade e pacientes com a pouca idade e experiência do professor.

Uma das maiores dificuldades para qualquer pessoa que deseja compor um trabalho escrito é vencer o grande abismo entre o que há em sua cabeça e como expressá-lo em palavras. Em dois anos e meio como docente, precisei vencer este abismo muitas vezes, com resultados variáveis, mas sempre encorajado pela atenção e carinho dos alunos. Na presente dissertação, as poucas partes nas quais as ideias fluem de modo claro são devidas aos ouvintes destas aulas, das sete da manhã às dez e quarenta da noite.

Além disso, o capítulo quarto, sobre os fundamentos dos direitos humanos no direito natural, constitui em parte um resumo das lições ministradas em classe sobre Aristóteles e São Tomás de Aquino, e das interrogações com que me deparei a partir das mesmas. O que porventura haja aí de interessante também se deve ao corpo discente.

E é a estes alunos, das dez turmas de História do Direito dos primeiro e segundo semestres de 2009 e 2010, e do primeiro semestre de 2011, nos turnos da manhã e da noite, que vai dedicado o presente trabalho, com gratidão e afeto.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Mauricio Mota, por suas inspiradoras sugestões, por seu interesse quando de minhas dúvidas, sua grande confiança e (em especial) sua constante paciência com minha peculiar concepção de prazos.

Aos demais professores que participaram da qualificação do projeto que gerou esta dissertação: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto e Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, pela dedicação na leitura, nas correções e conselhos.

Aos meus pais, Beatrice e Bruno, e a meus irmãos, Luiza, Giulia e Felipe, pela alegria e apoio contínuos, por me cobrarem e distraírem nas horas certas.

Aos amigos e colegas de residência do Centro Cultural e Universitário de Botafogo: Adélio Henrique, Adriano Domeny, Alexandre Madruga, André Luiz Medrado, Benedito Montenegro, Christian Marra, João Carlos Nara Jr., Jonathan Penha, Luciano Menegaldo, Luis Fernando Oliveira, Saulo Said e Victor Surerus, pelo ambiente tranquilo, acolhedor e estimulante propiciado por cada um, verdadeiro fundamento material deste trabalho.

Ao grande amigo e *coach* João Malheiro, pelos encorajamentos, conselhos e exemplo, além da sabedoria da lição de “trabalhar em função do tempo”.

Aos alunos do primeiro período que, sem saber exatamente do que se tratava nem se estaria ao seu alcance, aceitaram com entusiasmo algumas tarefas de pesquisa e discussão propostos por mim e cujos resultados foram aqui aproveitados: Corinne Sciortino, Deborah Bandeira Gaspi, Danilo Figueiredo de Andrade, Enilson Borges da Silva Junior, Filipe Gollner Bonfante, Pedro Henrique Ferreira Moreira e Pedro Simas de Oliveira.

À Fernanda Alvarenga, pelo arriscado porém generoso acesso a obras raras e inesperadas, que embasam grande parte deste trabalho.

E ao professor Gerardo Dantas Barretto, cujo amor ao pensamento e à vida acadêmica são exemplos que este neto almeja seguir.

Aquele que mente para si mesmo é o primeiro que pode sentir-se ofendido. Porque às vezes é muito agradável ofender-se, não é mesmo?

Stárietz Zóssima

(Os Irmãos Karamázov)

A esta pergunta – ‘Existe alguma coisa?’ – Santo Tomás começa por responder: ‘Sim’, Se ele começasse por responder ‘Não’, não seria começar, mas acabar. Isto é o que alguns dentre nós chamamos de senso comum. Ou não há filosofia, nem filósofos, nem pensadores, nem pensamento, nem nada, ou então há uma verdadeira ponte entre espírito e realidade.

G.K.Chesterton

RESUMO

BARRETTO, Rafael Zelesco, *O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e sua relação com os Estados muçulmanos*. 2011. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Trata-se de uma dissertação sobre a atividade do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas na promoção e proteção destes direitos em países com influência islâmica marcante. Compõem o presente trabalho tanto a análise da eficácia do Conselho em relação a ditos Estados quanto um estudo sobre os principais princípios e valores encontrados no direito do Islã, de modo a determinar o grau de compatibilidade entre este e as exigências universais por respeito à normativa internacional de proteção dos direitos humanos. A primeira parte da obra volta um olhar crítico à passagem de diversos países muçulmanos pelo mecanismo do Exame Universal Periódico do Conselho de Direitos Humanos. Na segunda parte, intenta-se buscar uma fundamentação para os direitos humanos a partir da realidade das coisas, de modo a possibilitar sua compreensão e justificar sua exigência por parte de todos os integrantes da sociedade internacional. Na terceira parte, por fim, traça-se um perfil básico do direito islâmico, com especial enfoque nos pontos de conflito com os direitos humanos.

Palavras-Chave: Direito Internacional. Direitos Humanos. Nações Unidas. Direito Islâmico. Jusnaturalismo.

ABSTRACT

Diese Arbeit befasst sich mit der Tätigkeit des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen bei der Förderung und Schutz dieser Rechte in Ländern mit deutlichen islamischen Einfluss. Der Text besteht sowohl aus der Analyse der Wirksamkeit des Rates in was solche Staaten bezieht, als aus einer Studie über die wichtigsten Werte und Grundsätze die im islamischen Recht zu finden sind. Dies wird erzeugt um die Möglichkeit einer zweiseitlicher Anpassung mit den universellen Normen zum Schutz der Menschenrechte festzustellen. Der erste Teil widmet sich der Beurteilung verschiedener islamischen Länder durch den Mechanismus der allgemeinen regelmäßigen Überprüfung des Rates. Im zweiten Teil wird eine Begründung der Menschenrechte in der Wirklichkeit der Sachen und des Menschens versucht, so dass ihre Wahrnehmung und Achtung durch alle Mitgliedern der Weltgesellschaft rechtfertigt sein kann. Zuletzt wird das islamisches Recht skizziert, mit besonderer Rücksicht auf den Punkten, die mit den Menschenrechte kollidieren.

Stichwörter: Völkerrecht. Menschenrechte. Vereinigte Nationen. Islamisches Recht. Jusnaturalismus.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
	Objetivos	13
	Justificativa	14
	O tema dos direitos humanos	14
	A Organização das Nações Unidas e os direitos humanos	22
	Desafios teóricos para os direitos humanos	33
	Os Estados muçulmanos e os direitos humanos	35
	Metodologia	37
	Estruturação do trabalho	40
1	OS ESTADOS MUÇULMANOS NO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS	43
	HUMANOS	43
1.1	O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas	43
1.1.1	<u>A antiga Comissão de Direitos Humanos</u>	43
1.1.2	<u>O estabelecimento do Conselho de Direitos Humanos</u>	47
1.1.3	<u>O Exame Universal Periódico</u>	50
1.2	Os Estados muçulmanos no Exame Universal Periódico	53
1.2.1	<u>A situação da mulher</u>	54
1.2.2	<u>A situação do não muçulmano</u>	67
1.2.3	<u>A aplicação de penas cruéis, desumanas e degradantes</u>	74
1.2.4	<u>A prevalência de regimes autoritários</u>	79
1.2.5	<u>Conclusão sobre os Estados muçulmanos no Exame Universal Periódico</u>	90
2	ANÁLISE DO TRABALHO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS	91
2.1	As respostas dos Estados muçulmanos	91
2.2	Características gerais da atividade do Conselho de Direitos Humanos	94
2.2.1	<u>Estatismo</u>	95
2.2.2	<u>Universalismo e interdependência dos direitos humanos</u>	106
2.2.2.1	Aspecto positivo	106
2.2.2.2	Aspecto negativo	109
2.2.2.3	Igualitarismo.....	117
2.2.3	<u>Abstracionismo e subjetivismo</u>	120
2.2.3.1	Um exemplo: direito à verdade	120
2.2.3.2	Exigências irrazoáveis aos Estados muçulmanos.....	126

2.3	Necessidade de uma base teórica robusta para o trabalho do Conselho de Direitos Humanos	129
3	UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	131
3.1	A teoria jurídica do jusnaturalismo clássico	131
3.1.1	<u>Justiça geral e justiça particular</u>	132
3.1.2	<u>Justiça distributiva e justiça comutativa</u>	135
3.1.3	<u>Direito, justiça e lei</u>	138
3.1.4	<u>Direito natural e direito positivo</u>	141
3.1.5	<u>Justiça e equidade</u>	149
3.1.6	<u>Resumo desta teoria</u>	151
3.2	Os direitos humanos no realismo jurídico clássico	153
3.2.1	<u>A análise do termo “direitos humanos”</u>	153
3.2.2	<u>O conceito dos direitos humanos</u>	155
3.2.3	<u>Direito natural e direitos humanos</u>	156
3.2.4	<u>A fundamentação dos direitos humanos na pessoa humana</u>	160
3.2.5	<u>Dignidade da pessoa humana e respeito devido</u>	166
3.2.6	<u>Direitos humanos como atributos individuais?</u>	169
3.2.7	<u>Religião e direitos humanos: uma reconciliação com o Islã?</u>	171
4	PANORAMA DO DIREITO ISLÂMICO	178
4.1	As fontes da <i>Sharia</i>	180
4.1.1	<u>O Corão</u>	181
4.1.1.1	O princípio ético da moderação	185
4.1.1.2	O princípio ético do bom senso	187
4.1.2	<u>A <i>Sunna</i></u>	189
4.1.3	<u>O raciocínio jurídico</u>	192
4.1.4	<u>Fontes subsidiárias: consenso e analogia</u>	196
4.1.5	<u>Conclusão sobre as fontes da <i>Sharia</i></u>	197
4.2	Características gerais do conteúdo da <i>Sharia</i>	198
4.2.1	<u>Vocação universal e pessoal</u>	200
4.2.2	<u>Ênfase nos deveres</u>	201
4.2.3	<u>Fragmentação</u>	203
4.2.4	<u>Indeterminabilidade</u>	204
4.2.4.1	Um exemplo: o papel da mulher	205
4.2.4.2	Outro exemplo: a posição da <i>Sharia</i> no ordenamento estatal	206

4.3	A ciência do direito islâmico e a tensão entre Estado e religião	208
4.4	Pontos de conflito entre a <i>Sharia</i> e os direitos humanos	211
4.4.1	<u>Discriminações contra a mulher</u>	212
4.4.1.1	A função obrigatória da mulher.....	213
4.4.1.2	Discriminação quanto à liberdade de locomoção.....	216
4.4.1.3	Discriminação quanto à liberdade de estudo e ocupação.....	217
4.4.1.4	Discriminação quanto à liberdade de vestimenta.....	218
4.4.1.5	Discriminação quanto à sucessão hereditária.....	219
4.4.1.6	A poligamia.....	221
4.4.1.7	Desigualdades no divórcio.....	223
4.4.2	<u>Discriminações contra o não muçulmano</u>	225
4.4.2.1	Os “povos do livro”.....	225
4.4.2.2	Os “idólatras”.....	228
4.4.2.3	Os apóstatas.....	232
4.4.3	<u>Justificação de governos autoritários</u>	233
4.4.4	<u>Fixação de penas cruéis, desumanas e degradantes</u>	239
4.4.4.1	Os crimes corânicos.....	240
4.4.4.2	A pena para a apostasia.....	243
4.4.4.3	O delito da ingestão de álcool.....	246
4.5	Síntese e conclusão do capítulo	248
5	POSSIBILIDADES DA SHARIA	250
5.1	Visão islâmica do Estado	251
5.2	Os pontos de conflito com os direitos humanos e a mutabilidade da <i>Sharia</i>	258
5.2.1	<u>Discriminações contra a mulher</u>	258
5.2.2	<u>Discriminações contra o não muçulmano</u>	266
5.2.3	<u>Justificação de governos autoritários</u>	273
5.2.4	<u>Fixação de penas cruéis, desumanas ou degradantes</u>	279
5.3	As possibilidades de evolução da <i>Sharia</i>	288
5.3.1	<u>A <i>Sharia</i> é imutável?</u>	288
5.3.1.1	Islã e Estado.....	293
5.3.1.2	Islã e democracia.....	298
5.3.1.3	Islã e direito penal.....	303
5.3.2	<u>Como responder ao argumento da superioridade intrínseca da <i>Sharia</i>?</u>	306
5.4	Síntese e conclusão do capítulo	309

6	CONCLUSÃO	313
6.1	Síntese do trabalho	313
6.2	Respostas às questões propostas	326
6.2.1	<u>Quanto ao trabalho do Conselho de Direitos Humanos</u>	326
6.2.2	<u>Quanto às possibilidades da <i>Sharia</i> com respeito aos direitos humanos</u>	334
6.3	Retorno ao início: as epígrafes	335
	REFERÊNCIAS	337
	ANEXO	345

INTRODUÇÃO

Objetivos

Este trabalho busca estudar a relação do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas com os Estados nos quais a influência islâmica é marcante. Este é, pode-se afirmar, o objetivo primeiro da dissertação. A análise será guiada por duas grandes perguntas e uma inquietação. As questões são: (1) O Conselho de Direitos Humanos consegue promover um maior respeito pelas liberdades básicas da pessoa nos países de forte característica islâmica? O que pode ser feito para melhorar sua abordagem? (2) A lei islâmica constitui de fato um obstáculo à observância dos padrões internacionais de direitos humanos? A inquietação que move o presente estudo é – posto de modo um tanto presunçoso – um dos grandes problemas a incomodar juristas e políticos por todo o mundo: os direitos humanos são mesmo universais? De modo mais prático e contundente: conseguirão os direitos humanos permear os sistemas jurídicos abertamente hostis, como parece ser o da *Sharia*, sem fazer uso da força ou da superioridade tecnológica do Ocidente? Há espaço para uma linguagem comum, ou permaneceremos para sempre girando ao redor da retórica da imposição cultural?

Assim sendo, trata-se de responder às duas perguntas enunciadas. São complementares, no sentido de que o trabalho do Conselho, instância internacional de vocação claramente universal, só terá sentido em relação aos países de marca islâmica caso a lei básica que estes professam seguir permita algum tipo de interpretação em consonância com o cânone dos direitos humanos. Portanto, não basta estudar o trabalho do Conselho, suas resoluções e as discussões em seu seio. É preciso, para que se tenha a certeza de não estar perdendo tempo, vencer as barreiras culturais e realizar uma incursão pelas disposições peculiares e esquemas próprios do direito islâmico. Não poderemos furtar-nos ao exame da *Sharia*.

Justificativa

O estudo do assunto acima mencionado se justifica em quatro níveis. Como será mostrado nesta seção, o primeiro atrativo do tema é o estado atual da matéria. O segundo é a necessidade de uma abordagem crítica a avaliar o trabalho da Organização das Nações Unidas na proteção dos direitos humanos, lembrando que este trabalho é tão amplamente reconhecido como questionado, e que os desenvolvimentos institucionais recentes da Organização que culminaram na criação do Conselho de Direitos Humanos ainda não receberam grande atenção por parte da doutrina. Em terceiro lugar, não se pode ignorar que os direitos humanos devem ainda superar uma gama significativa de dificuldades teóricas, como a polêmica entre universalismo e multiculturalismo e as dúvidas sobre a concretização de seu conteúdo. Por fim, espera-se justificar a escolha dos países muçulmanos como campo de observação prática através do reconhecimento de que o território sob influência maciça do Islã constitui um dos grandes contrapontos civilizacionais ao Ocidente, um dos lugares que apresentam as maiores polêmicas em questões envolvendo direitos humanos, e a região extraocidental que exibe o maior número de Estados articulados a uma filosofia político-jurídica sólida dentre as alternativas ao Ocidente.

O tema dos direitos humanos

O tópico dos direitos humanos a nível global constitui hoje, sem dúvidas, um dos temas mais atraentes nos estudos dedicados ao direito internacional público. Por razões tanto teóricas quanto práticas. De uma parte, é candente por envolver situações reais muitas vezes dramáticas, que provocam fortes emoções e são discutidas por todos, sejam internacionalistas, juristas ou não. Por outro lado, trata-se de um ponto precioso no moderno desenvolvimento do direito internacional, pois se localiza na vanguarda do que parece ser a direção em que se move tal ramo do direito. Com efeito, uma das notas fortes da evolução do *ius gentium* é o questionamento sempre mais intenso da extensão da soberania dos países. Também o tradicional conceito do domínio reservado dos Estados, mesmo presente na Carta das Nações Unidas, é visto sob uma ótica crescentemente restritiva. E é exatamente no campo do respeito

às garantias mais fundamentais que esta nova visão do direito internacional ganha mais força. A proteção dos direitos humanos é o grande fator a justificar, hoje, as maiores restrições ao monopólio do governo dos territórios pelo Estado. É para proteger liberdades básicas que os muros dos assuntos internos cedem, e questões domésticas são internacionalizadas. Portanto, o direito internacional dos direitos humanos é uma área líder nos mais novos desenvolvimentos filosóficos do direito internacional.

A consequência de quanto acima exposto está na rapidíssima proliferação de temas ligados aos direitos humanos. Assiste-se nos dias que correm à extensão sempre crescente desta área. Temas tradicionais dos direitos humanos como o respeito à vida, à liberdade e à moradia se veem subitamente acompanhados de outras discussões – direito ao meio ambiente, à memória, ao lazer e à vida digna, por exemplo. Em realidade, parece ao estudioso calmo da matéria não haver limites nas novas disciplinarizações dos direitos humanos¹. Por vezes parece também, estranhamente, que toda e qualquer reivindicação humana – provenha ela da sociedade, de um movimento específico e segmentado ou da própria imaginação – é *ipso facto* guindada à condição de um novo direito humano². Não é incomum ler-se em consagrados autores da matéria a defesa veemente de um novo direito humano³ com base unicamente na noção de que o ser humano seria mais feliz com tal direito⁴. Na verdade, o mais frequente é advogar pelos direitos humanos de grupos cada vez mais específicos e segmentados. Com

¹ Como exemplo desta postura, que entende decorrer de uma concepção empobrecida do conceito de “pessoa”, Carlos Massini Correias lembra os teóricos modernos que misturam o conceito de direitos humanos aos chamados “direitos morais”, atribuindo direitos, na mesma ordem de grandeza, aos homens, animais, plantas e rios. MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Filosofía del derecho*, tomo I: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. 2ª edição. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, pags. 126-127.

² Como exemplo, o direito à memória e à verdade, atualmente bastante debatido no Brasil, não é universalmente entendido como “direito humano”, mas como uma consequência da violação de direitos humanos. É o que se lê dos materiais coletados por Henry Steiner e Philip Alston, nas quais a justificativa para o estabelecimento de comissões da verdade em países que sofreram violações maciças de direitos humanos é basicamente política – reconciliar a nação e assegurar que tais violações não se repitam – e não jurídica – no sentido de que a sociedade tenha um direito inalienável de “saber o que aconteceu”. No Brasil, ao contrário, argumenta-se com um suposto direito de toda a sociedade à memória e à verdade. Vale indagar se não é uma tentativa de alcançar os fins morais e políticos das comissões de verdade através dos meios jurídicos. A consequência é um novo direito humano, bastante afirmado e defendido, porém de conteúdo tão impreciso e abstrato como seu titular. ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan: *International human rights in context: Law, politics, morals*. 3ª edição, Nova York, 2007, pags. 1341-1353.

³ Assim Flavia Piovesan, defendendo os “direitos reprodutivos”, percebe “a concepção, o parto, a contracepção e o aborto como elementos interligados”, sendo que a impossibilidade de aceder a qualquer destes remeteria a mulher a um estado de submissão. Segundo a autora, a justificativa destes direitos estaria em que a mulher é a responsável – muitas vezes exclusivamente – por criar os filhos, logo, poderia decidir acerca de tê-los ou não. A grande falha neste raciocínio é que os direitos reprodutivos se dirigem especialmente contra crianças que já existem, portanto, não há mais liberdade para decidir se vão viver ou morrer. PIOVESAN, Flávia: *Temas de direitos humanos*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2003, pag. 239.

⁴ Cfr. a discussão sobre a classificação da pobreza extrema como uma violação aos direitos humanos, citada por Henry Steiner e Philip Alston. A pobreza dificulta a vida das pessoas – isto basta para caracterizá-la como uma violação aos direitos humanos? ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *Op.cit.*, pags. 308-312.

isso, muitas vezes se termina por privilegiar algumas pessoas em detrimento de outras, em virtude de fazerem parte da “classe” que reivindica uma maior atenção sob o rótulo dos direitos humanos⁵.

Esta segunda constatação conduz a um efeito lógico: a crescente dificuldade na fundamentação dos direitos humanos⁶. Quanto mais este campo se expande, menos consistentes parecem ser suas raízes teóricas. A pergunta sobre a justificativa dos direitos humanos é, frequentemente, amputada de plano com a enumeração das catástrofes humanitárias pelas quais o mundo passa e que parecem exigir uma resposta imediata⁷, relegando as preocupações especulativas a um plano egoísta, vaidoso e secundário. Ou então, o jurista que se esforce por iluminar alguns dos pressupostos básicos desta noção se verá rapidamente enredado nas teias da discussão interminável entre universalismo e multiculturalismo. Por fim, não devem ser esquecidas algumas respostas fáceis que inutilizam as perguntas sobre a fundamentação: tais direitos seriam “conquistas históricas”, “instrumentos do poder do Estado frente à sociedade”⁸, “frutos da luta de classes”⁹, “expressão do consenso possível”¹⁰, “conteúdo básico do contrato social” ou “decorrências das necessidades humanas”. Todas estas respostas sem dúvida se dirigem à questão sobre a

⁵ O polémico 3º Programa Nacional de Direitos Humanos do governo brasileiro fornece uma boa evidência deste ponto, ao incentivar especialmente a valorização da cultura de “comunidades tradicionais, entre elas ribeirinhos, extrativistas, quebradeiras de coco, pescadores artesanais, seringueiros, geraizeiros, varzanteiros, pantaneiros, comunidades de fundo de pasto, caiçaras e faxinalenses”. (PNDH-3, pag.93, diretriz 10, objetivo estratégico I, ação programática “b”).

⁶ Um panorama da discussão sobre este ponto pode ser encontrado em BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández e PEYRÓ, Ana Paz Garibo: *Derechos humanos*. Valencia: Universiaat de València, 2007. Também as duas obras coletivas organizadas por Ricardo Lobo Torres, “Teoria dos direitos fundamentais” e “Legitimação dos direitos humanos”, serão citadas no decorrer do trabalho como repositório de perspectivas diversas sobre o problema da fundamentação dos direitos humanos.

⁷ Nesse sentido, afirma Vicente Barretto que “o projeto de estabelecer uma ordem global, cósmica, que tudo abarcasse manteve-se latente no pensamento social e jurídico. Os direitos humanos foram então erigidos em solução salvadora para a crise da ordem jurídica liberal.” Isto é, os tais direitos são apresentados, no discurso jurídico da contemporaneidade, como solução para todos os males que afligem a espécie humana – enquanto, por outro lado e não tão às claras, lateja o perigo do totalitarismo e rigidez de uma “ordem global, cósmica, que tudo abarcasse”. BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pag. 7.

⁸ Como eram em geral considerados no sistema jurídico da União Soviética, que contava com catálogos de direitos em suas constituições, mas cuja interpretação e aplicação corria em sentido oposto ao das constituições ocidentais. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric: *Dictionnaire des droits de l’homme*. Paris: PUF, 2008, pags.868-9.

⁹ Carlos Massini Correias cita as teorias marxistas dos direitos humanos, “para las cuales los ‘derechos del hombre socialista’ son el efecto necesario del establecimiento de regímenes socialistas, con la consiguiente colectivización de los bienes productivos, es decir, de una construcción meramente humana”. MASSINI CORREAS, Carlos I., *op.cit.*, pag. 149.

¹⁰ Segundo Germán Bidart Campos, é o norte das concepções de Norberto Bobbio e Jürgen Habermas. BIDART CAMPOS, Germán J.: *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006 (reimpressão da 1ª edição de 1991).

fundamentação dos direitos humanos, mas não a satisfazem. Por que, afinal, devem estes ser respeitados? O que impede o Estado de anulá-los através de leis “desumanas”?¹¹

Assiste-se hoje, então, a um movimento paradoxal, no qual o campo das garantias básicas parece abarcar tudo o que o homem precisa para ser feliz – e ao mesmo tempo não se consegue opor uma razão forte o suficiente para que o Estado não as derrube¹².

O conceito mais utilizado na tentativa de fundamentação é mesmo a dignidade da pessoa humana. Entretanto, esta ideia pode possuir tantos significados quantos são os juristas, políticos e pensadores que a afirmam. Não se consegue estabelecer, hodiernamente, uma compreensão minimamente aceitável de “dignidade”¹³. Muito menos de “pessoa”, e menos ainda se entende algo sobre “humana”¹⁴. Isto é: os direitos humanos encontram-se extremamente carentes de fundamentação¹⁵. E esta carência dificilmente será suprida por uma nova teoria, mas talvez por um retorno aos conceitos básicos implícitos nesta expressão tão célebre.

Os efeitos na prática não se fazem esperar: por um lado, temos direitos humanos sendo cada vez mais relativizados e enfraquecidos em nome dos próprios direitos humanos – é o caso do direito à vida sendo atacado pelo “direito à saúde reprodutiva” e pelo “direito de morrer”. E, de outra parte, assiste-se a uma proliferação de reivindicações particulares revestidas de direitos humanos, as quais – tomadas em conjunto – o Estado não tem a mínima condição de atender – como ocorre com os direitos das minorias, das etnias, das nacionalidades, das classes, das profissões, das comunidades, dos deslocados, etc. No meio disto, alguns direitos que necessitariam um estudo aprofundado para clarificar sua capacidade

¹¹ Carlos Massini Correias alerta que, para que os direitos humanos correspondam, na prática, ao modo absoluto e inderrogável como se apresentam, é necessário que tenham uma fundamentação também absoluta. Caso contrário, não haverá razões jurídicas que obriguem seu respeito. MASSINI CORREAS, Carlos I., *idem*, pags. 136-137.

¹² “*La diversité des droits fondamentaux explique à la fois le succès de cette notion et le risque de dilution que la menace. (...) Or, lorsque tout devient fondamental, rien ne l'est plus vraiment.*” ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric, *op.cit.*, pag. 335.

¹³ ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric, *op.cit.*, pag. 287: “*La dignité est pourtant de l'ordre de l'indicible, car elle est au coeur même du droit et de la dogmatique*”.

¹⁴ FERNÁNDEZ, Encarnación: *Conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural. El reto de la globalización “posible”*. In: CIANCIARDO, Juan (org.): *Multiculturalismo y univesalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

¹⁵ Vicente Barretto menciona três ordens de relativismo que sustentam a contestação da ideia de direitos humanos: o relativismo antropológico, o relativismo epistemológico e o relativismo cultural. BARRETTO, Vicente de Paulo: *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?* In: In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 285.

de concretização – direito à moradia, à saúde, à educação – são dados como supostos, sendo concretizados em cada caso de acordo com o pensamento do juiz em questão.

São todos estes efeitos do “aleatorismo” que acomete o campo dos direitos humanos, onde, como já dito, tudo pode ingressar, com o efeito de que nada parece “sério”¹⁶.

Todo o exposto pode facilmente ser comprovado por um exame atento dos conflitos entre direitos fundamentais, tema que costuma trazer incômodos ao estudioso dos direitos humanos. Com efeito, apesar de prometerem um mundo de felicidade sem limites, vê-se que, quanto mais se desenvolvem os direitos humanos, mais eles tendem a conflitar entre si e a suscitar choques entre pessoas respaldadas por liberdades fundamentais diversas. Existem inclusive oposições clássicas em direitos humanos, como os binômios liberdade de expressão—direito à honra, direito à segurança—direito à liberdade e direito de propriedade—direito de igualdade. O conflitivismo daí resultante não faz bem à “cultura” dos direitos humanos. Ora, se estes podem ser restringidos em algum caso – ainda que por outro direito humano –, teremos que não são absolutos e incondicionais, pois sua aplicação prática dependerá da inexistência de outro direito mais forte. Ao fim e ao cabo, será o Estado, através do juiz ou do legislador, quem arbitrará tal conflito, estabelecendo normas para afirmar um destes direitos fundamentais e declarar o outro inaplicável no caso. A existência de direitos humanos inaplicáveis não se coaduna bem com o caráter fundamental dos mesmos.

Pode-se afirmar que a multiplicação dos conflitos entre direitos humanos decorre da imprecisão de sua extensão. Realmente, quanto mais se teoriza sobre esta realidade, mais seus limites são embaçados, até o ponto em que não é claro se, por exemplo, a liberdade de expressão protege só o que foi aprovado pelo governo ou se inclui, pelo contrário, até ataques pessoais. Não estando definidos os limites, os choques recrudescerão. Com a resolução destes, começará a tomar corpo uma concepção de direitos humanos que prevê o predomínio de um sobre outro, ainda que ambos igualmente reconhecidos e aplicáveis. É evidente que a crença legitimadora nos direitos humanos sofre com este procedimento, em que é reconhecido um direito, mas não se tem como exercê-lo¹⁷.

¹⁶ Quanto mais reivindicações forem reconhecidas como direitos humanos, menos o Estado terá condições de atendê-las e de definir prioridades na realização destes direitos. A consequência será um perigoso relativismo, no qual o direito à vida, por exemplo, terá o mesmo peso nas políticas decisórias que o direito de uma comunidade minoritária à expressão cultural.

¹⁷ Dois panoramas desta discussão acerca do conflitivismo nos direitos humanos podem ser vistos em BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

No entanto, o conflitivismo nos direitos humanos não acaba aí. Também pode ser o caso de alegações sabidamente vazias sobre o desrespeito a alguma faculdade básica. Com efeito, sempre é possível aproveitar-se da falta de fundamentação e determinação dos direitos do homem para fazer esticar ou minguar arbitrariamente seu campo de proteção¹⁸. O exemplo mais chamativo desta postura a nível global reside em diversos governos de países autoritários culturalmente distantes dos países ricos do Ocidente, como boa parte dos países africanos e islâmicos. Tais governantes, confrontados com cobranças acerca de sua falta de comprometimento com os padrões mínimos de humanidade em relação a seus cidadãos, habitualmente respondem apontando alguma conquista ou problema no campo econômico¹⁹. Assim, a falta de recursos impediria o respeito à vida, a realização de eleições, a liberdade de imprensa, a garantia da propriedade, etc. Fácil de ver que se trata de mero estratagema para livrar-se da responsabilidade que incumbe a todos os governantes²⁰. Portanto, é um falso conflito.

A dificuldade na fundamentação dos direitos humanos conduz, por outro lado, a uma inquietação frente a violações especialmente graves dos mesmos. Pois, enquanto todos conseguem notar quase intuitivamente o horror em um panorama de genocídio, muitos juristas especializados em direitos humanos não logram justificar essa repulsa instintiva. A verdade é que as explicações sobre os direitos humanos estão muito aquém, não bastam para explicar o asco que uma pessoa sente ao visitar um campo de concentração ou ao tomar conhecimento dos atos de algum ditador particularmente sanguinário. Violações aos direitos humanos provocam nos homens um sentimento instantâneo de revolta – mas esta não encontra uma boa explicação nos tratados de direitos humanos.

O grande perigo do que foi descrito no parágrafo acima é cair-se num relativismo conformado, cômodo e indiferente ao outro. Já que as violações se multiplicam – é o

¹⁸ BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag.17: “Na medida em que perdemos a unidade da base normativa dos direitos humanos, corremos o risco de desvanecerem-se os limites de seu uso consciente: irrefletido e inflacionado emprego para fins ético-políticos de toda sorte ou estilizada utilização como promessa pseudo-religiosa transcendem sua validade política e jurídica. Em resumo, podemos afirmar que, com o crescente reconhecimento e com a valorização política, os direitos humanos ameaçam perder seu contorno normativo e de conteúdo.”

¹⁹ Por exemplo, durante o Exame Universal Periódico no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, os delegados do Irã, confrontados com cobranças incisivas por parte de vários Estados a respeito de violações a direitos humanos, receberam elogios de outros representantes por seus avanços em áreas como educação e saúde. Outros Estados, ainda, se ocuparam em justificar a República Islâmica mencionando “medidas coercitivas e unilaterais” nas sanções ao país (Cuba) ou “sanções econômicas injustas e uma campanha midiática permanente de difamação” (Venezuela). O relatório do Exame pode ser visto em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/120/56/PDF/G1012056.pdf?OpenElement>, acesso em 03.06.2011.

²⁰ Matthias Herdegen lembra que tais argumentações costumam partir de líderes despóticos e regimes autoritários, não sendo compartilhados pela população, que preferiria ser protegida pelos direitos “imperialistas” e não ser mais reprimida pelo Estado. HERDEGEN, Matthias, *Völkerrecht*. 9ª edição. Munique: C.H.Beck, 2010, pag. 372.

pensamento –, parece que não há nada que deva ser absolutamente garantido. Então, se a violência não ocorre no próprio corpo, na própria família ou no próprio país, fica-se inerte e acostumado, justificando as piores barbáries com o espantinho das diferenças culturais. O problema deste relativismo é sua inaplicabilidade à ideia dos direitos humanos²¹. Como estes possuem indiscutivelmente uma vocação universal, indicada na simplicidade do vocábulo “humanos”²², não se compadecem de qualquer forma de relativismo que os diminua. Não se pode afirmar tais direitos para, em seguida, dizer que dependem do contexto cultural, da subjetividade, etc. Isto seria o mesmo que defender a existência de tantos direitos humanos quantos culturas ou pessoas, fazendo o conceito perder qualquer sentido – normativo ou mesmo descritivo.

Neste ponto, percebe-se claramente a dificuldade que reside na tarefa de aplicação dos direitos humanos a contextos claramente contrários. Estes passam a ser vistos como uma imposição de alguns Estados sobre os outros, como a intromissão descontrolada de um modo de vida em outros, e como a bandeira de conquista de uma determinada civilização sobre as demais²³. Como os promotores dos direitos humanos têm dificuldades em explicar suas convicções de modo abrangente, seus destinatários não terão confiança na correção de seguir tal modelo. A cultura da atenção aos direitos humanos parece apenas mais um conceito confuso no qual os pensadores divergem, ou então uma mera desculpa política para impor determinadas condutas²⁴. Isto é: para os povos não acostumados a pensar sobre tais direitos, estes são ou algo muito abstrato, teórico e contestado, ou então não existem de fato, sendo mero apêndice do discurso político. Desta forma, em ambientes hostis ao respeito às liberdades básicas, a falta de fundamentação destas é exposta, o que conduz a resultados de descrença nas mesmas.

²¹ “*Appliqué aux droits de l’homme, le relativisme aboutit à une récusation non seulement de la suprématie de l’homme, mais aussi de l’universalité de [sic] droits de l’homme.*” ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric, *op.cit.*, pag.841.

²² MASSINI CORREAS, Carlos I., *op.cit.*, pags.114-124.

²³ O mesmo Exame sobre o Irã é ilustrativo a respeito: dentre os países que fizeram declarações ou recomendações sobre o Irã, a visão dos direitos humanos como imposição ocidental foi forte: dos 52 países que participaram do diálogo, 25 – majoritariamente países muçulmanos – apoiaram o Irã, enquanto que 24 fizeram recomendações mais incisivas, e 3 permaneceram neutros. Não houve – o que é sintomático – países islâmicos que criticassem o Irã, e os únicos europeus a apoiá-lo foram a Rússia e a Armênia. Tal divisão reflete a visão dos direitos humanos como instrumento “ocidental” de imposição aos demais Estados. Os critérios de divisão dos Estados e a análise mais pormenorizada do Exame serão comentados no anexo ao final desta dissertação.

²⁴ É o grande problema enfrentado por Heiner Bielefeldt (*op.cit.*).

Outro perigo neste campo, paralelo ao descrito nas linhas acima, é o sequestro e deformação do conceito de direitos humanos por governos que, convictamente, desrespeitem seus cidadãos. Como os direitos fundamentais são muitos, indeterminados, imprecisos e bastante abstratos, além de – hoje – terem bases teóricas frágeis, é fácil a um governante tirânico jogá-los uns contra os outros. Desta forma, o desrespeito grosseiro a uma liberdade básica específica se justifica com o ganho em outro campo, sem qualquer relação com a liberdade agravada, mas também entendido sob a amplíssima rubrica de “direitos humanos”. É o caso de países que justificam a restrição de liberdades inalienáveis do cidadão com base no aumento da segurança da maioria, ou de políticos que admitem violações graves das liberdades de pensamento, expressão e circulação, enquanto enfeitam o quadro com descrições de avanços na área econômica, que supostamente “realizaria” os direitos humanos, compensando as restrições. Ora, os direitos básicos não podem ser livremente manipulados por quem quer que seja, sob pena de se tornarem mero instrumento retórico²⁵.

Entretanto, o uso indiscriminado do conceito para designar toda e qualquer coisa que se julgue devida ao homem, aliado à inconsistência na fundamentação do mesmo, pode ter por consequência a alegação de respeito a um direito humano para encobrir o desrespeito a outro. Em regra, os governos que deliberadamente infringem algum destes direitos tratam de alegar conquistas materiais econômicas para que o “balanço final” resulte positivo – como se os direitos humanos fossem um único conceito, composto por variáveis diferentes²⁶. Enquanto que, na verdade, o desrespeito a uma liberdade individual continuará sendo um desrespeito ainda que o mesmo indivíduo seja posteriormente beneficiado em outro campo. Pelo tempo em que estiver sob repressão, seu direito estará sendo violado.

É preciso ter consciência de que os direitos humanos são muitos, e são imprecisos ao extremo. Portanto, poderão ser manejados completamente a talante do intérprete. Faz falta,

²⁵ No Exame Universal Periódico sobre a Arábia Saudita, é sintomática a observação da delegação do Paquistão sobre a situação dos direitos humanos naquele Estado. A representação se limitou a elogiar as iniciativas tomadas pela Arábia Saudita na promoção de investimentos em países subdesenvolvidos. Parece haver uma confusão aqui entre o respeito aos direitos humanos dos cidadãos (matéria a cargo da fiscalização do Conselho) e a promoção do desenvolvimento em outros países. Na balança final, um é usado para encobrir o outro: dos 54 países que tomaram parte no diálogo com os representantes sauditas, 22 realizaram observações positivas, principalmente pelo mesmo motivo do Paquistão. 14 países efetuaram observações neutras e, em 18, predominaram as críticas. A divisão dos Estados seguiu a lógica da nota 21 deste texto: nenhum país muçulmano moveu críticas, e nenhum europeu participante, com exceção da Rússia, Bielorrússia e Azerbaijão, deixou de fazê-las.

²⁶ Neste sentido, a posição que defende a indivisibilidade dos direitos humanos favorece as práticas aqui mencionadas, eis que, caso sejam indivisíveis e tenham o mesmo grau de importância, dificilmente se poderá falar em violação a um direito humano específico de um indivíduo determinado. Ao contrário, haverá que levar em conta sempre o quadro geral do país, a fim de verificar-se se os benefícios relativos a alguns direitos humanos podem superar as violações. Tal exame costuma ser do agrado dos Estados investigados, pois permite tirar o foco das situações específicas de violência (estatal) para deter-se na contemplação do panorama geral, onde dificilmente as reclamações dos indivíduos chegarão.

assim, uma concepção firme, sólida de tal realidade, para que nem toda e qualquer interpretação dos direitos humanos possa ser afirmada a partir de seus textos.

O derradeiro perigo, por fim, é o sequestro da noção de direitos humanos por ideologias. Pelas mesmas razões que estes direitos são modificados e rerepresentados por governos de países, eles também se veem suscetíveis de apropriação e deformação por ideologias políticas. Desta forma, já se tentou caracterizá-los como a garantia do liberalismo contra o poder do Estado, ou como uma das peças da estrutura arcaica a ser varrida pela luta de classes, ou ainda como um instrumento da revolução social, ou como uma senha em prol das lutas de libertação nacional, ou como bandeira da democracia, ou como modo de impor a vontade da maioria, ou como permissão de expressão para tudo que seja vontade da minoria, ou como permissão de Deus, etc. O fato é que algumas destas ideologias se harmonizam mais, outras menos, com a ideia de direitos humanos. Mas atrelar tal conceito a bandeiras políticas traz consigo a inaceitável conclusão de que, onde o *status* político for outro, não há como falar em exigência de respeito a direito humano algum. Ainda, terminar-se-ia por condicioná-los a mudanças políticas, o que não se coaduna com o próprio conceito de faculdades que todos, em quaisquer circunstâncias, possuem.

A Organização das Nações Unidas e os direitos humanos

Passados cinquenta e cinco anos de sua criação, ninguém questiona hoje a importância da Organização das Nações Unidas no sistema internacional. Em especial, os juristas se mostram extremamente gratos pelo desenvolvimento do direito internacional possibilitado pela Organização e por seus órgãos subsidiários. O papel da ONU no sistema global é frequentemente dado por suposto, e constitui o dado inicial de muitas investigações. Entretanto, vale a pena resenhar alguns grandes motivos de sua importância, pois serão abordados, de uma forma ou outra, no decorrer do trabalho aqui descrito.

Em primeiro lugar, as Nações Unidas constituem um foro mundial de discussões e denúncias, sendo um local privilegiado para mensurar aquilo que se pode entender, apesar da pouca consistência do termo, por opinião pública mundial – ao menos dos governantes e eventuais manifestantes – sobre temas sensíveis.

Em segundo, a ONU é local de maturação e expressão do máximo consenso possível entre os Estados membros – hoje praticamente todos os do globo. É na Organização e em seus entes dependentes que são produzidos os textos normativos a regular os grandes temas que envolvem o mundo inteiro. Uma convenção firmada sob os auspícios da ONU goza de uma grande presunção de legitimidade, ainda que seja fruto de uma votação majoritária e não puramente do consenso. Como se verá a partir do trabalho do Conselho de Direitos Humanos, a ONU é o consenso possível no sistema internacional.

Ainda, as Nações Unidas desfrutam de um papel privilegiado na função de ligação entre governantes do mundo todo e aquilo que, embora exagerando e beirando a ficção, se pode chamar de opinião pública mundial. Nas sessões anuais da Assembleia Geral e nos comitês de assuntos sensíveis como direitos humanos ou a situação da mulher, chefes de governo e funcionários administrativos nacionais são confrontados com cobranças e expectativas que, muitas vezes, não lhes são opostas em seus próprios países. Além disso, os países mais poderosos frequentemente são surpreendidos por demandas e reclamações dos Estados de menor expressão.

Em seguida, há uma vantagem muito cara aos juristas: a ONU tem papel vital no desenvolvimento e clarificação do Direito Internacional. Como é sabido, órgãos como o Comitê Jurídico da Assembleia Geral²⁷, a Comissão de Direito Internacional²⁸ e o Conselho de Direitos Humanos trabalham visando o estabelecimento de normas claras e adequadas à adesão e obediência do maior número possível de países. Desta forma, a função jurídica da ONU consiste em cimentar as relações entre os Estados de forma a manter e promover os princípios da Organização²⁹.

Reconhecem-se ainda outras qualidades nesta, como sua capacidade de atuação em situações e regiões nas que o Estado se vê impossibilitado de fazer valer uma mínima proteção aos cidadãos. As grandes missões de paz das Nações Unidas se inscrevem neste campo, assim como os projetos de coordenação da ajuda mundial a problemas humanitários

²⁷ Sexto Comitê da Assembleia Geral; é uma composição da Assembleia para tratar de assuntos especificamente ligados ao direito internacional. Não é um órgão em separado, e portanto suas conclusões são apresentadas ao plenário da Assembleia para fins de consideração e adoção.

²⁸ Estabelecida em 21 de novembro de 1947 pela Resolução da Assembleia Geral 174(II), a fim de implementar o art.13, par.1º (a) da Carta da ONU, que dispunha sobre a codificação progressiva do direito internacional. É um órgão diretamente subordinado à Assembleia. Seus 34 integrantes são eleitos pela Assembleia Geral com base em sua competência em direito internacional, e na representação proporcional dos diferentes sistemas jurídicos do mundo. Os membros não são representantes dos Estados. Cfr. <http://untreaty.un.org/ilc/ilcintro.htm>, acesso em 13.11.2010.

²⁹ Carta da ONU, arts.1º e 2º (propósitos e princípios).

graves. Ainda, o Secretário-Geral da ONU tem inegável importância em sua função de alertar e insistir sobre questões que requerem o auxílio da comunidade internacional³⁰.

Esta atuação das Nações Unidas é facilitada, também, pelo fato de enxergar-se nela tradicionalmente um ente cujas ações são menos pautadas pela motivação política³¹. Comparando a Organização com os Estados, salta à vista que estes, quando tomam alguma iniciativa no plano internacional, em regra o fazem tendo em vista seu próprio interesse – e de curto prazo. Já a ONU age a partir de casos e problemas concretos, nos quais soluções imediatas são necessárias. É evidente que o fator político possui um grande peso nas decisões da mesma. Entretanto, devido às diversas correntes ideológicas e visões de mundo presentes na ONU, parece que decisões políticas ocorrem mais nos campos que são próprios para isso, segundo a própria Carta da Organização. Em temas como direito humanitário e estabelecimento de missões de paz, o critério político também pode estar presente, mas será em regra acompanhado por motivações morais ou mesmo jurídicas. O fato de consistir num foro mundial de debates auxilia a Organização a ser transparente, controlando a possibilidade de decisões tomadas unicamente por motivações políticas. É claro que todo o exposto neste parágrafo precisa ser devidamente relativizado, pois se trata, ao fim e ao cabo, de um órgão composto por Estados, representados por seus governos. No entanto, devido às marcas próprias da sociedade internacional³², tais como sua descentralização e fragmentação, seu pequeno número de participantes e a preponderância da vontade dos atores na construção do ordenamento, as discussões ganham uma componente ética que não pode ser desprezada³³. Por vezes, tal componente se chocará com as tradicionais fontes do direito internacional, como os tratados ou costumes. No entanto, as Nações Unidas, reconhecidas de forma quase universal como depositária dos valores que informam o direito internacional³⁴, não podem

³⁰ Carta da ONU, art.99.

³¹ Sobre tal expectativa, numa análise crítica das disposições da Carta da ONU, ver KELSEN, Hans: *The law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems*. Nova York: F.A.Praeger, 1950, 8ª reimpressão (2009).

³² Pierre-Marie Dupuy a caracteriza como “*une société close mais décentralisée, et, d’autre part, conflictuelle et pourtant délibérante*”. DUPUY, Pierre-Marie: *Droit international public*. 8ª edição. Paris: Dalloz, 2006, pags.2-7.

³³ Reconhecendo a importância dos valores no Direito Internacional contemporâneo, que não reflete mais unicamente os interesses imediatos dos Estados, Jean Combacau e Serge Sur também citam o papel importante exercido aqui pela ONU. Note-se que os internacionalistas, de modo geral, evitam citar a influência da moral sobre o direito internacional, temendo possivelmente uma desvalorização da força cogente do mesmo. COMBACAU, Jean e SUR, Serge: *Droit international public*. 7ª edição. Montchrestien, 2006, pag.30.

³⁴ DUPUY, Pierre-Marie: *Droit international public*. 8ª edição. Paris: Dalloz, 2006, pag.11.

renunciar a esta função de “guia”, assegurando a prevalência da ética nas relações internacionais.

Por isto, é extremamente problemática a “captura” de órgãos especializados das Nações Unidas por ideologias particularistas e impositivas, que visam promover agendas próprias em detrimento da função dos entes nos quais estão inseridas. Nota-se com preocupação – que se espera ver, ao cabo, refletida na dissertação – a expressão, em algumas agências da Organização como a UNESCO, de princípios altamente controversos, cujas relações com a garantia dos direitos humanos são no mínimo questionáveis e conflitantes com a autonomia dos Estados para decidirem sobre as políticas que mais convenham às características de sua população³⁵. Um dos objetivos do presente trabalho é analisar se e até que ponto isto ocorre no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Tal influência deve-se, sem dúvida, ao já descrito panorama dramático que envolve as situações que digam respeito aos direitos humanos. Conforme assevera Vicente Barretto³⁶, a grande causa responsável pelo aumento das pressões dirigidas pelas instâncias internacionais aos Estados, no sentido de que estes passem a adotar determinadas políticas, está nos bens comuns da humanidade, assim chamados por serem igualmente desejados e valorizados por todos – tais como saúde, habitação, bem estar, etc. Estes, que não estão à disposição de todos, acabam tornando-se motivo de intervenções sempre crescentes das esferas universais aos países.

É preciso, no entanto, que tais pressões não acabem em interferências políticas nos Estados, lembrando que há um largo âmbito da atividade governamental sobre o qual somente a população interessada detém o controle, e no qual as soluções não podem ser impostas por uma vontade internacional. Este será um ponto de constante vigilância no decorrer desta dissertação, pois a promoção e a proteção dos direitos humanos não podem servir de motivo

³⁵ Como exemplo, entre muitos, vejam-se as seguintes diretivas recentemente publicadas pela UNESCO sobre educação sexual nas escolas, incentivando tais debates desde os 5 anos de idade (no fim do documento, como material de apoio, é citado um relatório que advoga a educação sexual “*right from the start*”, isto é, desde o nascimento). <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183281e.pdf>, acesso em 07.11.2010 – o segundo documento é citado na página 115: chama-se “*Right from the start: guidelines for sexuality issues (birth to five years)*”, publicado pelo *Sexuality Information and Education Council of the United States* (SIECUS) - www.siecus.org/_data/global/images/RightFromTheStart.pdf

³⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pag. 220.

para que se interfira com a soberania do Estado em grau maior do que justificado pela proteção imediata dos mesmos³⁷.

Finalmente, o último grande atrativo da Organização reside em seu trabalho pelo respeito aos direitos humanos. Este pode ser apreciado a partir de seu desenvolvimento histórico, no qual quatro períodos se destacam.

O primeiro destes é marcado pelo advento da Carta das Nações Unidas, em 1945, na qual se consagram, em diversas partes, conceitos como “direitos fundamentais do homem”, “direitos humanos” e “dignidade da pessoa humana”³⁸. Tais disposições significaram muito para o direito internacional de então, pois, a partir destas, passou-se a entender que normas internacionais incidiriam também sobre o modo como os Estados tratassem seus nacionais³⁹. A questão de saber se tais normas geravam obrigações para os signatários da Carta consubstanciou-se na análise do art.2º, parágrafo 7º do mesmo instrumento, que impõe o respeito à autonomia dos Estados em assuntos afetos a sua jurisdição doméstica. Entende-se, na linha do exposto acima, que os direitos humanos deixaram de pertencer à ordem puramente interna, e que por isso nenhum governo que os viole poderá ver seu país isento da responsabilidade internacional correspondente⁴⁰.

O segundo passo foi dado logo em seguida, através do estabelecimento, por uma resolução da Assembleia Geral da ONU que aprovou o trabalho elaborado pela Comissão de Direitos Humanos, da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948. Em seus 30 artigos, esta trazia as garantias básicas que deveriam ser respeitadas em relação a toda e qualquer pessoa, atinentes a seu *status* pessoal, à sua segurança, sua vida

³⁷ Até porque “um ataque frontal ao princípio da soberania também pode ser contraproducente para a proteção dos direitos humanos. Apesar de seus problemas, a soberania do Estado permanece como a expressão essencial do direito fundamental de autodeterminação, o veículo prático da política doméstica, e o meio necessário de relações internacionais. A soberania do Estado também é uma salvaguarda necessária contra o controle e a manipulação de economias nacionais pelas instituições financeiras intergovernamentais [...] ou corporações transnacionais.” AN-NA’IM, Abdullahi A., *A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos*. In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pags. 439-440.

³⁸ Cfr. Preâmbulo da Carta e seus artigos 1º, 55, 56, 73 e 76. Já os artigos 13, 62 e 68 conferem competências à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social no que toca à promoção dos direitos humanos. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madri: Tecnos, 1999 (reimpressão da 1ª edição de 1995), pags.23-24. Também: RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*. Cidade do México: Porrúa, 1959, pags. 554-555.

³⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *op.cit.*, pags. 23-24.

⁴⁰ *Idem*, pag.32. Em sentido contrário, Hans Kelsen entende que a Carta não atribui nenhum dever jurídico aos Estados em relação aos direitos humanos. KELSEN, Hans, *op.cit.*, pags. 28-33

política, suas necessidades econômicas e sociais e sua vida jurídica e social⁴¹. A Declaração não foi concebida como um tratado imediatamente aplicável⁴², mas como um primeiro desenvolvimento do tema, a ser complementado por tratados que especificassem juridicamente os deveres que os Estados assumiriam na preservação dos direitos humanos. No entanto, sabe-se que a lógica da Guerra Fria resultou numa maior lentidão do processo, enquanto países capitalistas cobravam dos comunistas o respeito aos direitos individuais, e eram por sua vez criticados pela pouca atenção dada aos direitos econômicos. Entrementes, os novos atores surgidos do processo de descolonização mostravam pouco apreço pelos direitos humanos em si, preferindo reclamar somente o respeito a seus direitos sociais e coletivos, como o direito ao desenvolvimento, o direito de soberania permanente sobre os recursos naturais, etc.

O que de mais concreto havia neste período eram as declarações regionais (americana e europeia) de direitos humanos⁴³, um pouco mais detalhadas que a de 1948 e dotadas de instrumentos jurídicos que as aplicavam. Ainda, deve ser destacada a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que funcionava como órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social (ECOSOC). Entretanto, de 1948 a 1967, esta recusava o recebimento de denúncias e alertas formuladas por indivíduos contra Estados, ao argumento de que não teria competências de controle sobre a situação dos direitos humanos⁴⁴. A Comissão teve que recorrer muitas vezes a esta justificativa, pois eram numerosas as queixas que lhe chegavam. Isto decorria da ausência de órgãos de verificação e relacionamento com os Estados que pudessem exigir a concretização, nas ordens internas, das disposições da Declaração.

Esta era, então, considerada como modo de estabelecer a interpretação autêntica da Carta – porém não poderia ser invocada e concretizada em separado desta última⁴⁵.

Em 1966, deu-se o terceiro estágio da evolução do tratamento dos direitos humanos nas Nações Unidas, sendo adotados os dois tratados gerais em matéria de direitos humanos: o

⁴¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *op.cit.*, pag.40. RECASÉNS SICHES, *op.cit.*, pags. 555-558.

⁴² KELSEN, Hans, *op.cit.*, pag.39: “*This resolution has probably the character of a recommendation, although it does not present itself expressly as such.*”

⁴³ Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948.

⁴⁴ Segundo a própria antiga Comissão de Direitos Humanos, esta teria unicamente função de “*standard-setting*”, até ser explicitamente autorizada pelo ECOSOC, em 1967, a tratar de violações aos direitos humanos. Cfr. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/further-information.htm>

⁴⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *op.cit.*, pags. 51 e 55.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁶ e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁷. Ambos entraram em vigor dez anos depois. Estes trouxeram uma maior determinação aos princípios expostos na Declaração de 1948, além de preverem mecanismos (inicialmente, somente no caso do primeiro) de avaliação de seu cumprimento por parte dos Estados. Sabe-se que este aprofundamento dos direitos humanos foi distribuído em dois instrumentos como uma adaptação necessária à influência da polarização típica da Guerra Fria no direito, logrando a desvinculação entre o respeito aos direitos individuais e aos direitos coletivos. Porém, esta divisão dual acabou por dar relevância à diferença de natureza destas duas categorias. Enquanto os direitos individuais devem ser assegurados da mesma maneira a todos os indivíduos (art.2º, par.1º, do PIDCP), os direitos sociais, econômicos e culturais serão realizados “progressivamente”, dependendo dos “recursos disponíveis” de cada país (art.2º, par.1º do PIDESC). Isto porque não é novidade que os direitos individuais requerem, em regra, um comportamento estatal de respeito, abstenção e garantia, geralmente passivo em relação ao cidadão, enquanto que os direitos sociais e assemelhados exigem prestações positivas, nas quais o Estado corra ativamente ao encontro do sujeito individual e o apoie. Por isso, os primeiros foram exigidos imediatamente de todos os signatários, enquanto que os segundos dependerão, por seu próprio modo de ser, das possibilidades materiais de cada país. Também, lê-se que o Pacto dos Direitos Civis estabelece um Comitê de Direitos Humanos a fim de receber relatórios dos Estados sobre o cumprimento deste tratado, bem como a dirimir disputas que digam respeito aos direitos ali estabelecidos, nos termos dos artigos 40 a 43 do PIDCP. Isto não foi possível no outro Pacto (quando de sua elaboração), até porque seria difícil conciliar um órgão de supervisão sobre os assuntos abordados no PIDESC que não se chocasse com a autonomia dos Estados sobre matéria interna. Além do quê, as cobranças de um Estado ao outro não estariam baseadas, como no caso do PIDCP, em questões concretas relativas a um indivíduo ou grupo – e portanto, facilmente delimitadas – mas em percepções subjetivas sobre o que o governo deveria fazer para realizar os direitos econômicos, sociais e culturais. Neste ponto também se vislumbrou perigo para a soberania dos Estados. O máximo que foi previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi a competência do ECOSOC (arts.16-23) para receber relatórios e fazer recomendações de caráter geral⁴⁸. Entretanto, fica

⁴⁶ Doravante citado como “PIDCP”.

⁴⁷ Doravante citado como “PIDESC”.

⁴⁸ Em 28 de maio de 1985, o ECOSOC adotou a Resolução 1985/17, criando o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que assumirá as tarefas relativas ao controle do PIDESC. Em 10 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral adotou,

evidente que a força deste último órgão é muito menor que a do comitê especificamente criado para avaliar o cumprimento do Pacto de Direitos Civis e Políticos – que nem é tão expressiva, diga-se.

Desta forma, podem-se resumir as características principais dos Pactos de 1966 em três⁴⁹: se previa o estabelecimento de entes de supervisão em relação ao cumprimento de cada tratado; dava-se preferência às abordagens dialogais entre os Estados e os entes de supervisão, através da apresentação e avaliação de relatórios individuais por cada signatário; e evitou-se deliberadamente a criação de corpos de caráter judicial ou semi-judicial no âmbito dos instrumentos. Tais características contrastavam com os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, os quais se distinguiam por apresentar tratados únicos com diversos protocolos opcionais⁵⁰, ênfase na possibilidade de acesso individual aos órgãos de supervisão⁵¹, e atribuição de poderes judiciais ou quase-judiciais a estes últimos⁵².

No entanto, seria simplista enxergar tal história como um relato da decadência do sistema universal frente ao sucesso dos mecanismos regionais. Pelo contrário, o sistema das Nações Unidas apresenta alguns claros marcos de sucesso, como o fato de que atualmente existam nove “*treaty bodies*”, isto é, entes criados no âmbito de convenções de direitos humanos especificamente para verificar a implementação das disposições de seu respectivo tratado pelos Estados-partes. Os tratados realizados sob os auspícios das Nações Unidas para defesa dos direitos humanos que preveem um órgão de acompanhamento deste estilo são: (1) Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; (2) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; (3) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; (4) Convenção sobre a

por unanimidade, o texto do Protocolo Opcional ao PIDESC, no qual se prevê a possibilidade de indivíduos fazerem reclamações diretas ao Comitê. O Protocolo ainda não está em vigor.

⁴⁹ ALSTON, Philip e CRAWFORD, James (orgs.): *The future of UN human rights treaty monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pag.1.

⁵⁰ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 conta com um Protocolo Adicional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) e um Protocolo Referente à Abolição da Pena de Morte (1990). Ainda, os países das Américas aplicam a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) que confere um papel de fiscalização à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art.17) prevista na Convenção de 1969, bem como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), que menciona a competência da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos para conhecer de casos relativos a violações de direitos humanos das mulheres (arts.11 e 12).

⁵¹ Artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁵² Artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Art.68: 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; (5) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; (6) Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; (7) Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e os Membros de Suas Famílias, de 1990; (8) Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006; (9) Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, de 2006.

Considerando-se que o primeiro destes comitês, o Comitê da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, se reuniu pela primeira vez em 1970, o crescimento destes entes revela-se considerável, especialmente levando em conta o tempo que tais convenções levaram para passar a vigorar. Atualmente, são partes dos instrumentos acima relacionados entre 110 (Convenção contra a Tortura) e 191 (Convenção sobre os Direitos da Criança) Estados. A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados representa uma exceção neste campo, contando com somente 29 adesões e ratificações – fato que pode ser explicado por sua curta existência, mas que já possibilitou sua entrada em vigor, em 23 de dezembro de 2010⁵³.

No entanto, o sistema foi progressivamente perdendo força. Para isso, podem ser alegados alguns motivos principais⁵⁴. Em primeiro lugar, o atraso dos Estados na entrega de seus relatórios, atraso este que não lhes acarreta qualquer sanção. Depois, o subsequente atraso dentro do próprio comitê para analisar e responder ao relatório submetido. Também há que considerar a escassez de recursos para fazer frente ao grande número de comunicações das partes, que se faz especialmente pungente na falta de pessoal no secretariado destes órgãos, bem como nas restrições substanciais de meios para realizar viagens de inspeção *in loco* e melhorias nos serviços de tradução, etc. Um último problema que merece ser destacado é a obrigatoriedade de tratar a todos os países de modo igualitário, para não ofender os Estados conhecidos como maiores violadores. Desta forma, os comitês fazem questão de acompanhar de modo absolutamente isonômico a todos os Estados, o que resulta num acúmulo de relatórios, fatos, números e procedimentos que é deveras desencorajador.

⁵³ O *status* de todos os tratados multilaterais de direitos humanos concluídos sob os auspícios das Nações Unidas pode ser verificado em: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>, acesso em 28.06.2011.

⁵⁴ ALSTON, Philip e CRAWFORD, James (orgs.), *op.cit.*, pags.4-11.

Já a Comissão dos Direitos Humanos estabelecida no âmbito do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) procurou avançar nesta seara, ao instituir, desde a década de 1980, relatores designados para cobrir cada país e grupos temáticos de trabalho. Por exemplo, existem grupos de trabalho sobre as detenções arbitrárias, sobre os desaparecimentos forçados, e relatores especiais sobre a tortura e sobre os defensores dos direitos humanos, entre outros⁵⁵.

Os problemas da Comissão refletiram em grande parte os desafios encontrados pelos *treaty bodies*, sendo aumentados pelo caráter genérico desta, que não se vincula a nenhum tratado específico, sendo portanto vista com maior desconfiança pelos Estados. Com efeito, como adiante se verá⁵⁶, os empecilhos que terminaram por inviabilizar a manutenção da Comissão de Direitos Humanos podem ser resumidos na grande resistência oposta a esta pelos Estados investigados. Desta forma, a extensão dos mandatos dos relatores especiais foi com frequência objeto de questionamentos, e a necessidade da cooperação dos Estados que recebem visitas acabava tornando-se por vezes um fator causador de dificuldades ao estabelecimento da real situação nos territórios inspecionados.

De forma a superar tais problemas, empreendeu-se em 2006 uma reforma geral que acarretou na extinção da Comissão e em sua sucessão pelo recém-criado Conselho de Direitos Humanos, consubstanciando a possível quarta etapa na evolução do tratamento dos direitos fundamentais pela ONU. O Conselho apresenta algumas inovações em relação à antiga Comissão, as quais espera-se poder analisar pormenorizadamente na dissertação. Por enquanto, basta citar algumas destas: Em primeiro lugar, nota-se uma maior facilidade para convocar sessões extraordinárias, comparado com o mecanismo da Comissão⁵⁷. A seguir, o novo órgão é permanente, enquanto o ente anterior se restringia a uma sessão anual de seis semanas entre março e abril. Acredita-se que a mudança possibilitará uma maior eficácia do Conselho, que terá mais tempo para empreender e aprofundar nos diálogos interativos com os Estados e em suas denúncias e recomendações. Também deve ser destacada a localização do

⁵⁵ ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric, *op.cit.*, pag.726.

⁵⁶ Capítulo 2, pag. 46, *infra*.

⁵⁷ A antiga Comissão só fora autorizada a convocar sessões especiais (por requerimento aprovado pela maioria de seus 54 membros) em 1990, pelo ECOSOC. Desde então, e até sua extinção em 2006, foram convocadas 5 sessões especiais, para lidar com as violações de direitos humanos na antiga Iugoslávia (agosto e dezembro de 1992), em Ruanda (1994) e no Timor Leste (1999), e com a situação em Israel (2000). Já o Conselho de Direitos Humanos convocou, em seus 5 anos de vida, 13 sessões especiais até o momento, tratando das situações em Israel (1ª, 2ª, 3ª, 6ª, 9ª, 12ª sessões), Darfur (4ª sessão), Mianmar (5ª sessão), República do Congo (8ª sessão), Sri Lanka (11ª sessão) e Haiti (13ª sessão), além do direito à alimentação (7ª sessão) e do impacto da crise econômica mundial nos direitos humanos (10ª sessão).

Conselho de Direitos Humanos no âmbito do sistema das Nações Unidas: enquanto que a Comissão era parte do ECOSOC, o Conselho se submete ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o que corresponde tanto ao papel cada vez mais importante exercido pelos funcionários das Nações Unidas em cooperação com os Estados membros quanto à crescente irrelevância do Conselho Econômico e Social. Acresça-se o expressivo aumento nas dotações orçamentárias do Alto Comissariado, que poderá mitigar os problemas de infraestrutura enfrentados pela antecessora do Conselho. Por fim, a maior novidade introduzida pelo novo órgão é o mecanismo batizado de “Exame Universal Periódico”⁵⁸, pelo qual todos os Estados são submetidos a um escrutínio em relação a seu panorama de promoção e violações de direitos humanos. Este exame é empreendido pelos próprios membros, através de um procedimento no qual os Estados apresentam relatórios que em seguida são questionados e discutidos por representantes dos demais. O que pode constituir uma diferença marcante para com o sistema anterior é o fato de os relatórios nacionais serem complementados por atualizações feitas pelos demais comitês temáticos das Nações Unidas e das convenções de direitos humanos sobre o engajamento daquele Estado nas obrigações decorrentes de tais instrumentos, além de conterem também apreciações de organizações não governamentais atuantes no país em questão e comentários feitos por peritos independentes. Por fim, também existe a possibilidade – amiúde utilizada – da submissão de questões prévias aos representantes do país examinado por parte dos outros países. Isto garante o estabelecimento de um diálogo relativamente forte e interessado.

Um dos principais problemas que o Conselho ainda precisa superar consiste no mau regionalismo, pelo qual os países “amigos” se unem na desconsideração de qualquer crítica feita a um integrante do grupo⁵⁹. Por fim, um problema claro a obstaculizar a efetiva atuação deste sistema de proteção dos direitos humanos parece ser a pouca importância prática das decisões do Conselho sobre países individuais, eis que parecem não acarretar consequências sérias para os Estados violadores, e sempre são expressas acompanhadas das respostas, comentários e objeções dos países em questão⁶⁰. Tal ponto, entretanto, só poderá ser

⁵⁸ Em inglês, “*Universal Periodic Review*”. Em francês, “*Examen Périodique Universel*”.

⁵⁹ Transparece das pesquisas realizadas que as “grandes potências” do Norte são frequentemente superadas pela miríade de “pequenos” Estados sem influência, mas que se unem com rara eficácia no afã de evitar cobranças a seus governos. A nota de rodapé 57, acima, pode ser lida também como um exemplo de cobranças desiguais, vez que a situação em Israel não é seis vezes mais grave que aquela em Darfur, como o número de sessões especiais convocadas pode fazer crer.

⁶⁰ O Irã, por exemplo, rejeitou diversas recomendações que lhe foram feitas. No entanto, sabe-se também que, se os países não pudessem expressar-se sobre as recomendações, inclusive com liberdade para aceitá-las ou rejeitá-las, não haveria um

devidamente valorado após a realização de algumas rodadas do mecanismo de revisão, eis que, até o momento, nenhum Estado foi examinado por mais de uma vez.

Desafios teóricos para os direitos humanos

Os Direitos Humanos, como conceito, precisam vencer dois grandes desafios teóricos para alcançar a unanimidade desejada (quando não pressuposta) pela Organização das Nações Unidas. Estes três problemas são: primeiro, o binômio universalismo *versus* multiculturalismo, e segundo, a concretização do conteúdo dos direitos humanos. Não se pretende aqui elaborar uma discussão pormenorizada sobre nenhum destes aspectos – espera-se lançar algumas luzes sobre estas discussões no decorrer do trabalho proposto.

Ocorre que, como a temática dos direitos humanos toca em pontos sensíveis e por vezes vexatórios para diversos governos, a bandeira do multiculturalismo é agitada de forma a permitir a alguns escapar de suas obrigações para com seus cidadãos. Da mesma forma, muitos defensores da abordagem antiuniversal dos direitos humanos querem, na verdade, prosseguir com comportamentos que violam os mesmos.

Em outras palavras: como a discussão entre universalismo e multiculturalismo envolve alguns aspectos que podem ser facilmente compreendidos (como os conceitos de dignidade, cultura, honra, religião e nação, sobre os quais todos têm uma ideia, ainda que pouco elaborada) e outros pontos que não são difíceis de ser exagerados e falsificados (como a origem ocidental, cristã e moderna destes direitos, além o fato de já terem sido desrespeitados por países que agora os defendem apaixonadamente), o debate ganha tonalidades extremadas, pois a discussão teórica é usada como estratégia para encobrir violações práticas e concretas⁶¹.

A este respeito, somente se acrescenta aqui que uma abordagem totalmente antiuniversalista do conceito acarreta em sua negativa, visto que “direitos humanos” se

“diálogo” a respeito dos direitos humanos, frustrando o propósito do Conselho. Inclusive, pode-se argumentar que a liberdade para rechaçar implica na liberdade de aceitar. Quando o país investigado aceita uma recomendação, ele poderá, por consequência, ser posteriormente cobrado pela mesma.

⁶¹ Cite-se aqui também a discussão sobre a necessidade da vinculação dos direitos humanos a regimes de governo democráticos, empreendida entre outros por Antonio Augusto Cançado Trindade. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

referem ao homem considerado como membro da espécie humana e ligado aos outros por algumas características em comum⁶². Caso se acredite que todos os direitos humanos, isto é, tudo aquilo que o homem enxerga como âmbito que o Estado ou qualquer outro não pode invadir, sejam dependentes da cultura de cada lugar e momento, ou seja, de uma espécie de consenso ou artificialidade, não se pode falar em direitos “humanos”, mas em direitos da cultura cristã, da cultura islâmica, da cultura pós-moderna, da incultura, etc. Sendo que, no interior de cada uma destas culturas, será possível argumentar pela existência de “subculturas” a embasar “direitos humanos” cada vez mais específicos e particulares.

O segundo obstáculo que a noção de direitos humanos deve superar diz sobre seu conteúdo efetivo. A controvérsia reside no modo de determinar o que é, afinal, um direito humano. A este respeito, nota-se que a dificuldade reside em dois pontos: na falta de um critério objetivo e – apesar de soar estranho em um trabalho jurídico – no sentimentalismo que domina a sociedade ocidental.

O primeiro ponto é facilmente comprovado quando se nota que os direitos humanos possuem um fundamento bastante fraco – conforme já explicitado acima – na noção de dignidade da pessoa humana, noção esta que encontra inumeráveis problemas para ser melhor explicada. Não se sabe se a dignidade do homem reside em sua racionalidade, em sua liberdade, em sua autoconsciência, na mera conveniência, na vontade divina ou na força. De qualquer modo, excetuando talvez os dois últimos aspectos, não se tem a menor certeza sobre o que significam os elementos mencionados na frase anterior, de modo que não resolvem nada.

O outro motivo da dificuldade na concretização dos direitos humanos reside no sentimentalismo que domina os estudos na matéria. Este ponto é decorrência direta do anterior, isto é, da falta de critério objetivo na concretização destes direitos. Como os direitos humanos tocam em temas sensíveis e representam salvaguardas indispensáveis aos indivíduos, a necessidade de aplicá-los na realidade concreta é premente. Contudo, como não há um marco teórico sólido que possibilite tal trabalho, eles acabam sendo aplicados de forma casuística, dependendo do choque causado por determinada situação. Será o sentimentalismo

⁶² BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pag.229: “A ideia dos direitos humanos, ao contrário do ideal democrático, surge, desde os seus primórdios, com uma conotação universalista. O universalismo dessa categoria de direitos pode ser determinado em função de três tipos de constatações empíricas, que obrigam a construção de um novo sistema de normas jurídicas: humanidade comum, ameaças compartilhadas e obrigações mínimas.”

– entendido aqui como a dominação da razão e da vontade pelos afetos e instintos mais ou menos irracionais – que guiará a concretização dos direitos humanos.

A consequência é evidente: será considerado “direito humano” tudo o que tiver apelo afetivo. E será rejeitado tudo o que não comover o público. Desta forma, as minorias que contem com um *lobby* bem articulado e que conquistem a simpatia da população e dos juristas receberão proteção generosa e serão alçados a objetos preferenciais dos direitos fundamentais. Enquanto que outras minorias – tão minoritárias quanto as primeiras – que não tiverem logrado sucesso na corrida pelos corações da opinião pública serão ignoradas, não importa o quanto necessitem de proteção.

Os Estados muçulmanos e os direitos humanos

O escopo do estudo não seria alcançado sem um atento exame da prática do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Será necessário, assim, acompanhar as reuniões mais recentes deste órgão, com atenção especial às sessões referentes ao Exame Periódico Universal, visto que aí se discute pormenorizadamente a situação de cada país. Para delimitar o campo da análise, a dissertação restringir-se-á aos Estados muçulmanos.

Entender-se-á “Estados muçulmanos” como aqueles países nos quais esta religião é dominante e onde o islamismo possui influência decisiva na vida política. Em outras palavras, são os Estados que formam o Islã. A escolha deste grupo baseia-se em diversas características dos países que o compõem, tornando-o especialmente atraente para um estudo da aplicação das teorias sobre os direitos humanos na prática.

Em primeiro lugar, o Islã apresenta-se hoje como o grande desafio civilizacional ao Ocidente. Como sabido, as sociedades islâmicas constituem um modelo altamente complexo e razoavelmente diversificado de civilização, o que diminui, em alguma medida, a atratividade da sofisticada civilização ocidental. O fenômeno de absorção da cultura mais simples pela mais complexa só se dá de forma limitada entre o Ocidente e o Islã. Desta maneira, os Estados muçulmanos podem fazer parte de uma cultura comum que tem solidez suficiente para estabelecer um contraponto ao modo europeu-americano de viver.

Além disso, as qualidades do Ocidente são vistas de forma muito mais distanciada e objetiva pelos islâmicos do que por integrantes de outras civilizações, devido ao fato de, paradoxalmente, estas duas culturas já se conhecerem há alguns séculos. Os impérios cristãos e árabes ou turcos foram vizinhos desde a Idade Média. Entre guerras, massacres e ódios, floresceu também, como se sabe, um ativo intercâmbio entre as culturas. Ou seja: o Ocidente não é propriamente uma novidade para os muçulmanos. Embora certos aspectos da vida europeia sejam realmente inovadores ou chocantes do ponto de vista islâmico, a surpresa nunca é total, pois os cristãos e muçulmanos já se conhecem, de certa forma, há muito tempo. Isto contribui para a visão que o Islã tem do Ocidente como uma forma diferente de viver, mas de forma alguma a melhor forma por natureza.

Ainda, deve ser considerado que o Islã foi, até relativamente pouco tempo, uma comunidade politicamente unida e militarmente forte, sobre a qual os ventos da colonização e expansão ocidentais sopraram de modo brando (comparando-se com o resto do mundo). O imperialismo do último par de séculos não destruiu ou aleijou a civilização islâmica, por mais que possa tê-la influenciado ou derrotado os países que a alimentavam.

Outro fator que merece destaque para qualificar o Islã como grande contraponto da civilização ocidental: os povos que compõem a sociedade muçulmana possuem uma consciência aguda de seu próprio estilo de vida e de suas especificidades. Em regra, por ser uma civilização complexa, rica e tradicional, o Islã detecta rapidamente as influências ocidentais que possam entrar em suas sociedades, e pode controlá-las com relativa facilidade⁶³.

Outro bom motivo para a escolha dos países muçulmanos como campo de estudo reside no fato de que, hodiernamente, o Islã engloba um terreno de agudas problemáticas envolvendo os direitos humanos. Basta citar os temas do *status* da mulher⁶⁴, da liberdade religiosa⁶⁵ e do autoritarismo⁶⁶.

⁶³ Isto não ocorre em todas as civilizações. Como contraponto, pode-se observar a rapidez com que os povos africanos adotaram costumes e formas de governo ocidentais (ainda que sofram com as adaptações), enquanto que os islâmicos resistem (ex. emirados não democráticos, voto exclusivamente masculino, despotismo explícito, ausência de liberdade ainda que formal, etc.).

⁶⁴ Na Arábia Saudita, conforme apontaram diversas críticas em seu Exame Periódico, a mulher não pode dirigir veículos. Também a este respeito, KRETSCHMANN, Ângela: *Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional*. Curitiba: Juruá, 2008, pag.218.

⁶⁵ Nas Ilhas Maldivas, o cidadão que deixa de ser muçulmano perde *ipso facto* a nacionalidade, conforme o art.9 (d) da sua constituição: “Art.9 (a) *The following persons are citizens of the Maldives: [...] (d) Despite the provisions of article (a) a non-Muslim may not become a citizen of the Maldives.*” Fonte: <http://www.maldivesinfo.gov.mv/home/upload/downloads/Compilation.pdf>, acesso em 14.11.2010.

Finalmente, o exame da atuação do Conselho de Direitos Humanos nestes Estados é de interesse pelo fato de que, entre os países não ocidentais, os muçulmanos são apontados como um dos grupos mais articulados e unidos entre si, chegando perto de montar uma linguagem própria⁶⁷ de atuação no mundo moderno⁶⁸. Portanto, é a partir destes países que se deverá inquirir sobre a possível vinculação absoluta dos direitos humanos ao modo de vida e história ocidentais, e sobre as chances de expansão deste conceito a todo o mundo.

Metodologia

A metodologia deste trabalho será a seguinte: a atividade do Conselho de Direitos Humanos será estudada a partir de algumas resoluções relevantes que este órgão toma em suas sessões. O critério de escolha destas resoluções levou em conta prioritariamente a generalidade destas – preferiu-se deixar de lado os documentos resolutivos acerca de controvérsias específicas, para focar em assuntos mais gerais e teóricos, que nos fornecerão uma visão panorâmica do que se entende por direitos humanos no Conselho. A outra fonte de análise do trabalho deste ente serão os relatórios que embasam os Exames Periódicos Universais de alguns países islâmicos escolhidos. Neste segundo caso, foram lidos os relatórios nacionais preparados por cada Estado e enviados ao Conselho previamente ao Exame. A seguir, analisaram-se as compilações preparadas pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas (ACNUDH) contendo uma síntese da situação dos direitos humanos no país em questão. O ACNUDH prepara sempre dois relatórios: o primeiro contém as apreciações dos órgãos e agentes vinculados às Nações Unidas, enquanto o segundo comporta as contribuições de agentes não estatais denominados “*relevant stakeholders*” (ou “atores interessados”, na versão em espanhol). Por fim, examinou-se o relatório final sobre o Exame, que sintetiza a exposição do país revisto, a participação de

⁶⁶ KRETSCHMANN, Ângela, *op.cit.*, pag.215.

⁶⁷ CHIBA, Masaji, *Ce qui est remis en question dans la culture juridique non-occidentale*. In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*. Bruxelas: Bruylant, 1998, pags. 251-252.

⁶⁸ O exemplo histórico são os choques do petróleo desde 1973, motivados pela guerra contra Israel. O exemplo jurídico são as sucessivas tentativas de estabelecer uma carta islâmica dos direitos humanos (desde a Declaração do Cairo de 1990 – Declaração dos Direitos Humanos no Islã – até as recentes tentativas da Organização da Conferência Islâmica de patrocinar uma Carta Islâmica dos Direitos Humanos. KRETSCHMANN, Ângela, *op.cit.*, pag.218 e BIELEFELDT, Heiner, *op.cit.*, pags.165-167.

outros Estados com suas recomendações no diálogo interativo, e os eventuais compromissos assumidos pelo governo examinado.

A escolha dos países a serem analisados se deu assim: A Organização de Cooperação Islâmica⁶⁹ conta atualmente com 57 Estados membros⁷⁰, contando-se aí a Palestina como membro pleno. Fazem parte da organização Estados tão díspares como o Suriname, a Arábia Saudita, Camarões e a Albânia. Diante da impossibilidade de analisar todos os Exames referentes a tantos países, preferiu-se eleger 20 dentre os mesmos, tentando manter um critério representativo da grande diversidade encontrada no Islã.

Antes de mais nada, foi considerado necessário excluir países “problemáticos” que atravessam conflitos, o que pode gerar distorções em seus Exames que reflitam somente sua realidade nacional, e não marcas compartilhadas com outros Estados. Assim, não foram analisados os trabalhos relativos a Iraque, Afeganistão e Palestina.

Foram selecionados, em primeiro lugar, os países mais importantes do ponto de vista cultural e religioso para a realidade muçulmana⁷¹. São estes: Arábia Saudita, Irã, Turquia, Indonésia e Egito. A primeira é o centro religioso do mundo muçulmano, o segundo é o maior país da denominação xiita e o que mais avançou na teocracia explícita, a terceira é o país islâmico mais laicista, a quarta contém a maior população muçulmana do mundo e o último é tradicionalmente um dos centros intelectuais e espirituais do islamismo.

A Líbia foi selecionada pela relação entre os problemas que atravessa em suas relações exteriores e a aplicação da *Sharia*, problemas que podem repetir-se, de modo menos espetacular, em outros países.

Mali, Níger e Nigéria representam o Islã na África Subsaariana, sendo o primeiro um país tradicionalmente estável, o segundo constantemente em conflito, e a Nigéria, uma realidade sempre ameaçada pela explosão de latentes conflitos religiosos internos.

O Oriente Médio mereceu destaque especial, de acordo com sua importância para o Islã mundial. A Jordânia, o Bahrein, os Emirados Árabes Unidos e o Iêmen representarão os

⁶⁹ Antiga Organização da Conferência Islâmica, que alterou seu nome em 28 de junho de 2011.

⁷⁰ Segundo dados de sua página na internet: http://www.oic-oci.org/member_states.asp, acesso em 02.07.2011.

⁷¹ A seleção dos países refletiu em grande parte os dez Estados escolhidos por Nisrine Abiad em seu estudo sobre os países muçulmanos e as obrigações derivadas de direitos humanos. (ABIAD, Nisrine: *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: a Comparative Study*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008.) Aqui, preferiu-se não incluir o Líbano e a Malásia, por serem Estados constitucionalmente divididos (Líbano entre religiões, e Malásia entre sultanatos e estados com grau variável de poder), o que poderia refletir-se de modo peculiar em suas análises (este, aliás, foi um problema que se apresentou em relação à Bósnia-Herzegovina).

demais países da região, refletindo também as disparidades econômicas originadas na abundância ou escassez de petróleo.

Três dos componentes do Maghreb – Marrocos, Tunísia e Algéria – também serão revistos, ainda que o propósito original não incluísse necessariamente todos os três: como apresentam comparativamente poucos problemas de direitos humanos, sua análise demandou menos tempo. Por isso, os três puderam ingressar no trabalho.

Os últimos três países buscaram espelhar a diversidade do mundo islâmico: trata-se das Maldivas, Estado insular situado ao sul do Oceano Índico; da europeia Bósnia-Herzegovina, cuja expressiva população islâmica sofreu com a intolerância étnico-religiosa do governo sérvio-iugoslavo; e do ex-soviético Azerbaijão.

Os resultados relativos aos dois últimos, no entanto, foram decepcionantes (no sentido de não enriquecer o trabalho, obviamente, pois para os respectivos habitantes é sempre positivo que o Estado não seja exemplo de problemas relativos a direitos humanos): Bósnia-Herzegovina e Azerbaijão não apresentavam as incompatibilidades com os direitos humanos típicas dos países islâmicos.

Assim delimitado o campo de estudo, resta acrescentar, como observação metodológica, que não se pretende fornecer um quadro completo da situação dos direitos humanos em cada um destes vinte países. A ideia é tratá-los como exemplos da atuação do Conselho. Portanto, será necessário ilustrar quais são os principais problemas encontrados de modo geral nestes países, e como seus governos respondem à interferência do Conselho. Mas tudo isso será visto sem pretensões de esgotar a matéria – este trabalho possui a pretensão de propor ideias, não simplesmente retratar o que já ocorre.

Quanto ao restante do trabalho, a metodologia consistiu basicamente na pesquisa bibliográfica sobre a fundamentação dos direitos humanos, tanto no plano do direito internacional quanto em relação à filosofia do direito. Neste ponto, a dissertação se aprofunda bastante, chegando a São Tomás de Aquino e Aristóteles – eleitos, apesar da distância temporal, como guias teóricos naquela parte.

O terceiro método utilizado refere-se à pesquisa sobre direito islâmico. Aqui, partiu-se da (pouca) bibliografia disponível em língua pátria sobre o tema de modo a estabelecer quais autores estrangeiros parecem traduzir as opiniões majoritárias acerca da *Sharia* e de sua relação com os direitos humanos. A partir destas indicações e do cruzamento de referências em autores estrangeiros, chegou-se a cinco nomes, tomados como guias principais – não

exclusivos – na incursão que dois capítulos realizarão sobre a *Sharia*. São estes: o sudanês Abdullahi Ahmed An-Na’Im, o nigeriano Mashood Baderin, a libanesa Nisrine Abiad, o malaio Mohammad Hashim Kamali e a americana Ann Elizabeth Mayer.

Não se pode estudar a *Sharia* sem recorrer ao Corão⁷². Buscando refletir a ênfase dada pelos juristas muçulmanos à letra do livro, lançou-se mão de quatro traduções do original árabe, sendo duas em português. A não ser que o contrário esteja expresso, as citações nestas páginas se darão a partir da tradução de Mansour Challita para o vernáculo⁷³. Outra versão utilizada é a elaborada, sob responsabilidade do “Complexo do Rei Fahd” da Arábia Saudita em Medina, por Helmi Nasr⁷⁴. Esta apresenta numerosos erros de português, os quais são, no entanto, compensados com sobras pelas valiosas notas explicativas que ilustram o sentido dos versículos. De modo complementar, cita-se também uma tradução inglesa de M.H. Shakir⁷⁵ e a francesa de M.Savary⁷⁶. Existe uma terceira tradução para o português, de responsabilidade do Centro Cultural Beneficente Islâmico de Foz do Iguaçu⁷⁷, mas que não será utilizada por apresentar uma linguagem menos clara.

Estruturação do trabalho

Para encerrar esta introdução, passemos a uma vista de olhos sobre o trabalho:

A dissertação foi dividida em sete capítulos: o primeiro compõe esta apresentação do tema e dos objetivos. Os demais foram estruturados de acordo com as perguntas apresentadas no início: O segundo capítulo delimita e descreve o campo de estudo, detendo-se nas

⁷² Prefere-se a denominação “Corão” ao mais tradicional “Alcorão”, visto que as duas são admitidas no vernáculo e a primeira sílaba “Al” é, na verdade, o artigo árabe que se liga ao substantivo “Corão”, que significa “recitação”.

⁷³ ALCORÃO. Tradução de Mansour Challita. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran, 1977 [?].

⁷⁴ NOBRE ALCORÃO. Tradução do original árabe por Helmi Nasr. Medina: Complexo do Rei Fahd para Imprimir o Alcorão Nobre, 2005/2006.

⁷⁵ HOLY QUR’AN. Tradução inglesa do original árabe por M.H.Shakir. Nova York: Tahrike Tarsile Qur’an, 1983. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/k/koran/>, acesso em 09.05.2011.

⁷⁶ KORAN. Tradução francesa do original árabe por M.Savary. Paris: Librairie Garnier Frères, 1883.

⁷⁷ Disponível em: <http://islam.com.br/inicio/pagina-exemplo>, acesso em 20.05.2011.

características básicas do Conselho de Direitos Humanos e observando o que este órgão aponta em relação aos países muçulmanos.

O terceiro capítulo desenvolve o problema em sua dupla face: por um lado, são comentadas as reações e respostas fornecidas ao Conselho pelos países analisados no capítulo anterior e, por outro, analisa-se o modo de trabalhar e o que se pode identificar como traços dominantes da atuação deste órgão, também a partir do capítulo precedente.

Em seguida, parte-se para a tentativa de superar o problema. Esta se dá, primeiramente, na teoria: o capítulo quarto é dedicado ao estudo da fundamentação dos direitos humanos no realismo jurídico clássico, de modo a poder embasar uma ideia e tratamento destes direitos básicos que sejam compreendidos por integrantes de outra cultura, como o é a muçulmana.

O quinto e sexto capítulos retornam ao campo prático de estudo: trata-se de compreender em que consiste a *Sharia*, a lei islâmica (cap.5º) e avaliar se esta representa de fato um bloqueio ao respeito pelos direitos humanos (cap.6º).

Por fim, a conclusão reunirá as ideias às quais se chegou em cada etapa do trabalho, respondendo às questões sobre a compatibilidade da *Sharia* com os direitos humanos e sobre o modo em que o Conselho de Direitos Humanos contribui para aproximar os países muçulmanos do respeito às garantias básicas.

Apesar de já andar bastante extensa a introdução, deve-se ainda fazer algumas advertências ao atencioso leitor destas páginas:

Em primeiro lugar, advertências de caráter linguístico: Como a expressão “direitos humanos” é muitíssimo recorrente nesta obra, tentou-se evitar a repetição constante do conceito. Assim, buscaram-se e utilizaram-se sinônimos, muito embora estes não sejam considerados sinônimos por setores da literatura especializada. No entanto, visto que o tema da dissertação não são as diferenciações conceituais dentro da teoria dos direitos humanos, e sim a aplicação prática de direitos bastante definidos (direitos humanos na ordem internacional universal), não se vê grande problema em utilizar – por vezes e deixando claro a qual realidade se referem – conceitos como “direitos básicos”, “direitos fundamentais” e “garantias individuais”.

Outra advertência linguística corre no mesmo sentido: substituiu-se, por vezes, o termo *Sharia* por “lei islâmica” ou “lei básica”, visto que assim é considerada pelos muçulmanos.

Este último termo, “muçulmanos”, também merece um último comentário. Os adjetivos “muçulmano”, “islâmico” e “maometano” referem-se aproximadamente à mesma realidade, embora possuam conotações ligeiramente distintas: “muçulmano” costuma ser utilizado para adjetivar o simples crente na religião de Maomé. Já “Islã” e “islâmico” parecem estar mais ligados à realidade política da comunidade dos seguidores de Alá – ou aos Estados formados basicamente por muçulmanos. Enquanto que “maometano” possui uma conotação histórica, lembrando o seguimento constante dos ensinamentos do profeta. De todo modo, estes termos serão utilizados como sinônimos. Quando aplicados a Estados, significarão “Estados com grande influência do Islã” – o que não pode ser confundido com Estados teocráticos.

Pede-se paciência para um derradeiro aviso: como será visto nas próximas páginas, o Conselho de Direitos Humanos, diferentemente de outros órgãos compostos por peritos e técnicos independentes, é uma entidade estritamente intergovernamental. Isto é, composta por representantes dos governos, que agem nesta qualidade. É preciso, por isso, levar em conta que expressões como “resolução do Conselho”, “posição do Conselho” ou “características do trabalho do Conselho” devem ser compreendidas como expressando as visões da maioria dos integrantes deste órgão. Como acompanhamos seu trabalho numa extensa gama de assuntos, o que se apresentará como posições “do Conselho” refletem algo mais que uma maioria eventual que se formou em uma ocasião específica. Mas, ainda assim, são o resultado de um consenso entre os governos, e não passam disto. O que é positivo se quisermos chegar a conclusões sobre o que pensam os governos “em geral” sobre determinados temas de direitos humanos – por mais enganosa que a expressão “em geral” possa ser. Além disso, as opiniões veiculadas pelo Conselho representam a síntese, feita por este órgão intergovernamental de cúpula, das posições predominantes em outros Comitês e entes das Nações Unidas, intergovernamentais ou não. É o que será visto no próximo capítulo, no qual relatórios e pareceres de outros órgãos da ONU serão constantemente trazidos à baila.

1 OS ESTADOS MUÇULMANOS NO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS

1.1 O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas foi estabelecido em 15 de março de 2006 pela resolução 60/251 da Assembleia Geral da Organização.

1.1.1 A antiga Comissão de Direitos Humanos

De acordo com as cláusulas 1^a e 13 da Resolução, o novo Conselho substituiu a Comissão de Direitos Humanos, da qual já se falou no capítulo introdutório. Como ali se disse, a Comissão era um órgão vinculado ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU criado em 1948. Com o passar do tempo, diversos fatores negativos foram minando a credibilidade daquela. Estes incluíam, em primeiro lugar, o desconforto de diversos países em desenvolvimento com o que chamavam de olhar preconceituoso dirigido contra eles pelos representantes dos membros desenvolvidos da Comissão. Como os Estados do antigo Terceiro Mundo compunham a quase totalidade dos destinatários das resoluções da Comissão que se dirigiam a realidades nacionais específicas, seus diplomatas reclamavam de estar no papel de vítima num conflito desigual contra os europeus e seus aliados. Em outras palavras⁷⁸, a Comissão seria uma instância de confronto entre ricos e pobres.

⁷⁸ Por exemplo, nas palavras do representante da República Popular da China junto à Comissão, proferidas na mesma em 8 de abril de 1997: “A large number of developing countries are fed up with the atmosphere of confrontation and politicization at this Commission. They have appealed time and again for an end to it. Yet, some developed countries stubbornly cling to confrontation. Their statements under this item sound like indictments in a tribunal, and are presented with intolerable arrogance. Why do they cling to confrontation? They are at least three reasons. First, to revive the old dream of colonialists... Secondly, to divert public attention... In this way, the massive violation of human rights in their own countries, such as racism, discrimination against women, xenophobia and maltreatment of migrant workers could be cast to the winds. Thirdly, to shift the blame onto others... The Commission has squandered a great deal of time, resources and energy on the North-South confrontation. It is high time we put an end to this situation. (...) Only when the principle of sovereign equality and mutual respect is sincerely adhered to and dialogue and cooperation encouraged, can the Commission make great achievements in promoting the human rights cause.” ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan: *International human rights in context: Law, politics, morals*. 3^a edição, Nova York, 2007, pag.792.

Esta alegação pode, para ser bem compreendida inclusive quanto a seus efeitos no atual papel desenvolvido pelo Conselho de Direitos Humanos, ser analisada por três óticas distintas.

A ótica pessimista foi esposada com entusiasmo pelos países que se sentiam mais visados pela Comissão. Assim, em sua penúltima sessão anual, os representantes de Cuba e do Paquistão persistiram⁷⁹ nas alegações de que o trabalho da Comissão de Direitos Humanos era politicamente motivado, viciado por critérios desiguais e corrompido pela suposta imunidade dos poucos países desenvolvidos. Também se criticaram as declarações sobre Estado específicos feitas pelo órgão, vistas como expressões de intenções políticas escondidas. E se atacou a prática de condenar governos por violações aos direitos humanos sem atentar para uma eventual situação de penúria vivida pelo mesmo Estado. Além disso, o governo paquistanês, falando em nome da Organização da Conferência Islâmica (OIC), expressou perturbação com supostas declarações difamatórias dirigidas pelos foros de discussão de direitos humanos contra o Islã.

Já a ótica otimista consegue enxergar nas reclamações movidas por diversos países contra o trabalho da Comissão uma prova do bom funcionamento desta, pois uma Comissão de Direitos Humanos com atribuição territorial universal não pode agir baseada em critérios regionais, culturais, linguísticos, etc. Isto é, a Comissão deverá agir em relação ao país que se sinta prejudicado, demonstrando independência e critérios técnicos. Para mais, entende-se que o normal numa Comissão de Direitos Humanos que examine Estados será exatamente a má vontade e constantes reclamações destes últimos, quando forem alvos de investigações ou destinatários de alguma resolução impondo obrigações⁸⁰.

Por fim, a ótica pragmática lembraria que, numa Comissão cujo objetivo é tão amplo, o normal é que haja críticas partidas dos que lhe estão sujeitos. Além disso, pode-se observar a reunião da Comissão de Direitos Humanos de 2003, que foi notável por não ter logrado praticamente nenhuma condenação por violação de direitos fundamentais. Na esteira da reunião, tanto o secretário-geral da ONU, Kofi Annan, quanto o alto comissário para os direitos humanos à época (Sérgio Vieira de Mello) criticaram duramente o modo de proceder

⁷⁹ *Idem*, pag.797.

⁸⁰ Com base em sua experiência em órgãos internacionais a serviço do governo brasileiro, A.A.Cançado Trindade pode afirmar que “não raro, o chamado ‘relativismo’ cultural é invocado pelas assim chamadas elites políticas que já nem sequer cultivam seu próprio passado cultural. Não se pode perder de vista esta real possibilidade de manipulação política, mediante a invocação da cultura por aqueles que por ela não têm maior sensibilidade.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pag. 336.

e o estreito limite das resoluções alcançadas. Isto é, se de um lado a Comissão era atacada quando se movia, em especial contra os países ditos do Terceiro Mundo, de outro, se andasse muito devagar e omitindo-se, tal complicação também daria azo a reclamações⁸¹. Também não custa lembrar que os governos mais insatisfeitos tenderão a ser aqueles que tiverem sido por mais vezes diretamente condenados pela Comissão. O exemplo constitui aqui a própria República Popular da China, a qual não argumentou na forma indicada na nota de rodapé acima⁸² por preocupação genuína com a igualdade de todos perante os direitos humanos, mas visava simplesmente constituir uma reação à onda de críticas que continuava a receber todo ano da antiga Comissão.

Nota-se assim que as críticas sofridas pela Comissão (e que serão, em grande parte, retomadas sempre que o trabalho de seu órgão sucessor, o Conselho de Direitos Humanos, atingir algum país de modo mais contundente) são movidas, em grande parte, pela pouca disposição de alguns Estados em ouvir críticas. Tal posicionamento fica bem claro quando, retomando o discurso do representante chinês na Comissão, vê-se que ele, por um lado, acusou os países ricos ocidentais de esconder suas próprias violações de direitos humanos, só admitindo as dos outros – enquanto que, por outro lado, as violações grosseiras que teriam sido cometidas por tais Estados foram por ele listadas como: tráfico de escravos, guerras coloniais e a miséria no mundo. No caso específico dos EUA, também se mencionou o racismo histórico como tendo consequências no presente. A questão se define mais ainda ao notar que o discurso inconformista chinês foi visto por muitos analistas como uma resposta aos ataques que este país vinha sofrendo na Comissão na esteira do massacre da Praça da Paz Celestial (1989) e do tratamento duro conferido pelo governo aos eventuais dissidentes políticos. Ou seja: frente a críticas por violações concretas de direitos humanos, a China opôs violências cometidas pelo Ocidente ao longo de toda a história da humanidade⁸³.

Seja como for, o fato é que a Comissão caracterizava-se, em seus últimos anos, por um tal clima de confronto que, em 2003, os próprios países desenvolvidos não encontraram coragem para propor resoluções específicas condenatórias, eis que temiam ser denunciados pelo grupo – muito maior – de Estados com péssimo histórico de respeito aos direitos humanos. Assim, de acordo com um relatório da organização Repórteres sem Fronteiras:

⁸¹ ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan: *International human rights in context: Law, politics, morals*. 3ª edição, Nova York, 2007, pag.793.

⁸² Ver nota de rodapé 78, *supra*.

⁸³ ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *op.cit.*, pags.791-792.

“Judges and defendants at the same time, the commission’s 53 member states have always indulged in their little diplomatic games for big political stakes. Bliethely bending democratic procedures, authoritarian and totalitarian regimes have pulled off dazzling feats of sleight of hand. Draft resolutions calling Russia to order because of Chechnya or Zimbabwe and Sudan because of abuses against their own populations were dropped thanks to fleeting alliances. Iran also managed to slip through the net after the European Union decided not to propose a resolution on the grounds that a dialogue was now under way with Tehran.

A few days after going so far as to sentence 79 dissidents to heavy prison sentences and execute three ferry hijackers while the commission was in mid-session, Cuba got off with a painless resolution that simply asked it to receive a UN envoy. Cuba’s crackdown elicited frowns and the high commissioner’s condemnation, but President Castro’s friends were never seriously discomfited. Retourning favours, Algeria, China, Pakistan, Russia, Syria, Vietnam, Zimbabwe and Sudan rushed to regime’s rescue.⁸⁴

On the other hand, a few countries without support in the commission such as Burma and Burundi received condemnations that were clearly deserved while the commission found easier targets by singling out Belarus, North Korea and Turkmenistan for the first time. One cannot of course forget Israel, which is invariably condemned and enjoys the dubious privilege of being the subject of a half-dozen resolutions each year for it alone.”⁸⁵

Além da politização e do conflitivismo, outras críticas direcionadas à Comissão de Direitos Humanos que acarretaram em sua substituição e extinção foram: a tensão entre o corpo técnico de peritos da Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, órgão colegiado e baseado no consenso, e as considerações diplomáticas dos Estados membros da Comissão, órgão claramente intergovernamental; a dificuldade institucional para convocar sessões extraordinárias frente a uma situação de grave violação massiva de direitos humanos; o caráter de órgão temporário a reunir-se somente durante seis semanas por ano (entre março e abril); a elegibilidade amplíssima que permitia facilmente a países com histórico negativo tomar parte na Comissão⁸⁶; a pouca ênfase no diálogo, com a elaboração de resoluções pelos representantes de Estados uns contra os outros ocupando a maior parte da atenção dos membros; e a falta de apoio e garantias efetivos aos relatores especiais encarregados de examinar a situação dos direitos humanos nos diversos países⁸⁷.

⁸⁴ Esta prática merece ser aqui exposta, ainda que à custa da possível paciência do leitor, porque será também assiduamente utilizada no seio do Conselho, especialmente pelos países analisados neste trabalho.

⁸⁵ ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *op.cit.*, pags.793-794.

⁸⁶ Em 2001, causou um choque junto à opinião pública dos EUA o fato de não terem sido eleitos, pela primeira vez desde sua criação, para a Comissão de Direitos Humanos, enquanto que outros países como Sudão, Líbia e Paquistão tomavam seus assentos no órgão. *Idem*, pag.793.

⁸⁷ ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric: *Dictionnaire des droits de l’homme*. Paris: PUF, 2008, pags.723-27.

1.1.2 O estabelecimento do Conselho de Direitos Humanos

Em 2006, decidiu-se enfim substituir o velho órgão por um novo ente voltado à proteção dos direitos humanos, que recebeu o promissor nome de Conselho de Direitos Humanos. Alguns dos pontos da Resolução AG/60/251 merecem referência: a cláusula primeira define que sua sede será em Genebra, na Suíça. A cláusula sétima expõe que o novo órgão será composto por 47 Estados, os quais serão eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas para um mandato de três anos e só poderão concorrer a uma reeleição imediata⁸⁸.

As cláusulas terceira e quinta indicam o escopo da atuação do Conselho: Este deverá tratar de situações de violações aos direitos humanos, em especial de violações graves e sistemáticas. Neste âmbito, fará recomendações visando à promoção e proteção dos direitos fundamentais. Também possui uma função de organização, promovendo a coordenação entre os diversos órgãos do sistema construído sob os auspícios da ONU para proteção dos direitos humanos⁸⁹.

O Conselho foi concebido como um foro de diálogo a examinar as obrigações de direitos humanos assumidas pelos Estados nos diversos tratados universais de que são parte, bem como a encorajá-los a que cedam aos demais instrumentos internacionais aos quais porventura ainda não tenham aderido⁹⁰. Por fim, constitui função do Conselho a execução de um exame universal periódico da situação de cada Estado no que disser respeito ao cumprimento de suas obrigações relativas aos direitos humanos. Tal exame, baseado em informações objetivas e promovido de forma cooperativa⁹¹, deverá envolver ao máximo possível o país analisado, levando suas circunstâncias específicas em consideração⁹².

⁸⁸ O número de membros foi uma tentativa de estabelecer um meio termo entre representação ampla, com abrangência dos diversos grupos regionais e sistemas que compõem o conjunto dos membros da ONU, e seletividade, de modo a excluir países notoriamente violadores convictos dos direitos humanos. Ao fim e ao cabo, não se trata de uma expressiva mudança em relação à Comissão, composta de 53 membros. A disposição da cláusula 8ª, que proclama que o histórico de proteção e promoção dos direitos humanos relativo aos candidatos ao Conselho será tomado como base para a eleição, deve ser lida como sendo apenas uma recomendação bem-intencionada e de forma alguma vinculante ou passível de controle. ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *op.cit.*, pags.803-806.

⁸⁹ Res AG 60/251, cláusula 3ª.

⁹⁰ Res AG 60/251, cláusula 5ª.

⁹¹ A respeito do Exame Universal Periódico, vale transcrever a breve advertência de Emmanuel Decaux: “*Tous les États membres des Nations Unies sont concernés par cette procédure, à commencer par les États qui siègent au sein du Conseil des droits de l’homme et qui ont pris des engagements lors de leur élection. Il s’agit ainsi d’éviter les doubles Standards habituels, mais il ne suffit pas d’organiser un examen systématique des situations nationales pour éviter toute politisation. Seul un recensement préalable, public et objectif, effectué par des experts indépendents, sur la base des travaux des organes*”

A cláusula sexta da resolução supracitada estabelecia também a assunção, pelo Conselho, dos mandatos, funções e responsabilidades da antiga Comissão de Direitos Humanos. Entre estes, vale notar dois procedimentos estabelecidos por resoluções do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ao qual a antiga Comissão de Direitos Humanos se subordinava, lembre-se): a primeira consiste na resolução 1503 (XLVIII) (1970): esta criou um procedimento de análise e resposta a violações graves e massivas de direitos humanos, comunicadas à Comissão (hoje, ao Conselho) por qualquer pessoa ou grupo, incluindo ONGs, que tenha sido vítima da violência ou tenha conhecimento direto da mesma. O procedimento da resolução 1503 caracteriza-se ainda hoje pela confidencialidade: uma vez aceita a comunicação, isto é, caso ela não seja eliminada por um exame preliminar de um grupo de peritos, esta é referida ao Estado alegadamente responsável, o qual deverá enviar informações e suas alegações sobre a denúncia à Comissão (hoje, Conselho). Tais informações são analisadas por outro grupo de peritos⁹³, que preparam um relatório e submetem-no à Comissão (atual Conselho). A seguir, este último órgão decide, em sessão confidencial, sem necessidade de expor seus motivos durante ou depois do procedimento. A tarefa da Comissão ou do Conselho sempre deve pautar-se pela busca de uma solução amigável antes de tudo, e, caso esta não seja possível, o resultado será uma recomendação dirigida especificamente ao país e à situação concreta.

Apesar das evidentes desvantagens de um procedimento não aberto ao exame da opinião pública, o mecanismo aqui descrito goza de uma grande popularidade. Segundo dados apresentados por Steiner, Alston e Goodman⁹⁴, até a metade da década de 1980, 25.000 reclamações eram recebidas por ano pela ONU (os autores alertam que deste número deve ser descontado um percentual significativo devido a algumas campanhas de envio de reclamações por motivos específicos que redundam em muitas comunicações para um mesmo assunto). Atualmente, os autores especulam que aproximadamente 50.000 queixas são recebidas a cada ano. De 1972 até 2005, 86 Estados já foram perscrutados pela antiga Comissão através do

conventionnels et des rapporteurs spéciaux, ainsi que des informations transmises par les ONG, peut donner un "tableau d'ensemble" aux membres du Conseil des droits de l'homme, les mettant à même d'exercer leurs responsabilités politiques, dans un deuxième temps." ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric, *op.cit.*, pag.727.

⁹² Res AG 60/251, cláusula 5ª, (e).

⁹³ "Working Group on Situations", composto de cinco membros indicados pelos cinco grupos regionais e com mandato de um ano. Encontram-se duas vezes ao ano por cinco dias, para examinar as comunicações e eventuais respostas enviadas pelos Estados. Conforme <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/complaints.htm>, acesso em 10.06.2011.

⁹⁴ ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *op.cit.*, pags.755-56.

procedimento da resolução 1503. No entanto, nunca foi tomada uma decisão final – todos os casos foram extintos ou resolvidos de modo amigável.

O segundo procedimento em voga na Comissão e que foi mantido pelo Conselho de Direitos Humanos foi estabelecido pela resolução 1235 (XLII) (1967) do ECOSOC: Esta autorizava a Comissão a tomar duas medidas em relação a violações graves e massivas de direitos humanos (ou a alegações destas) em algum país. Aquele órgão poderia, assim, dedicar uma parte de sua sessão anual a um debate geral sobre a situação dos direitos humanos nos diversos Estados, no âmbito do qual tanto governos quanto ONGs poderiam chamar a atenção da Comissão para situações nacionais relevantes. A outra medida, que também possuía ligação com a primeira, consistia em analisar e investigar situações particulares, através das técnicas que a própria Comissão julgasse relevantes. Entre tais técnicas ou medidas, se contavam a solicitação do envio de informações pelo governo interessado; a recomendação para que este tome alguma conduta (que pode vir especificada no texto ou não); a publicação de uma resolução crítica ou condenatória face ao país em questão; e o envio da questão ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. Mas, no modelo da resolução 1235, o mecanismo preferencial – desde que justificado pela substância dos fatos ou alegações – era a indicação de um Relator Especial (“*Special Rapporteur*”), ou seja, um perito atuando em sua capacidade individual como relator da Comissão, e não como representante de algum Estado, para examinar a situação, se possível através de uma visita ao país.

Atualmente, o Conselho de Direitos Humanos promove oito mandatos de relatores especiais designados para os seguintes países: Burundi, Camboja, Coreia do Norte, Haiti, Mianmar, territórios palestinos, Somália e Sudão. Mandatos instituídos pela Comissão sobre a Bielorrússia, Cuba, República Democrática do Congo e Libéria não foram renovados pelo Conselho e seus procedimentos foram extintos.

Os mandatos relativos a países somam-se a procedimentos conhecidos como “temáticos”, para compor a categoria dos “*special procedures*” do Conselho de Direitos Humanos⁹⁵. Este tipo de procedimento já era conhecido pela Comissão, e consiste basicamente na indicação de um perito para examinar alguma situação envolvendo os direitos

⁹⁵ A respeito da denominação destes procedimentos especiais, alertam Henry Steiner, Philip Alston e Ryan Goodman que: “*The terminology used for the different mechanisms is confusing – ‘Working Group’, ‘Special Rapporteur’, ‘Independent Expert’, ‘Representative’, or ‘Special Representative’ of the Secretary-General – but relatively little significance attaches to it in practice. A few are appointed by the Secretary-General or the HCHR [“High Commissioner for Human Rights” – Alto Comissário para os Direitos Humanos] but most are appointed by the Chairperson of the Council who is expected to ‘consult’ with the regional groups before making an appointment. Those selected are generally prominent personalities from human rights-related backgrounds, including academics, lawyers, economists and NGO leaders.*” ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *op.cit.*, pag.751.

humanos e elaborar um relatório sobre suas investigações a ser submetido anualmente ao Conselho. As situações examinadas podem variar entre uma visita a algum Estado específico, determinado tema envolvendo os direitos humanos de forma geral ou missões de “*fact-finding*” relativas a situações onde não se confirma haver claramente violações massivas de direitos humanos patrocinadas pelos governos, mas um exame mais aprofundado *in loco* parece ser adequado para garantir a conformidade com padrões internacionais. Procedimentos relativos a *fact-finding* são amiúde utilizados para vistoriar ambientes onde pessoas são privadas de sua liberdade (delegacias, penitenciárias, etc.)⁹⁶.

Ao completar um ano de existência, o Conselho de Direitos Humanos adotou, por resolução⁹⁷ submetida e aprovada pela Assembleia Geral da ONU, um texto básico chamado “*Institution-Building Package*”⁹⁸, o qual define em pormenores seus modos de atuação. Estes se dividem então, como já anteriormente descrito, em (1) Exame Universal Periódico; (2) Procedimentos Especiais; (3) Comitê Consultivo⁹⁹; e (4) Procedimento de Reclamações^{100 101}.

1.1.3 O Exame Universal Periódico

Como o Exame Universal Periódico forneceu a maior parte do material acerca dos países islâmicos que será analisado neste trabalho, será dada atenção agora ao procedimento relativo a este mecanismo.

⁹⁶ ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, pag.767. Confira também notícia recente sobre inspeção do Subcomitê de Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Cruel, Desumana ou Degradante da ONU (o Subcomitê foi estabelecido por um protocolo opcional à Convenção contra a Tortura, concluída sob os auspícios da ONU e integrado ao sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas) às prisões brasileiras, em http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110624/not_imp736346,0.php, acesso em 28.06.2011.

⁹⁷ Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos, de 18 de junho de 2007.

⁹⁸ Disponível em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>, acesso em 29.05.2011.

⁹⁹ Órgão subsidiário composto por 18 peritos atuando em suas capacidades individuais objetivando promover as atividades de um “*think-tank*” à disposição do Conselho.

¹⁰⁰ Na esteira da Resolução ECOSOC 1503 (XLVIII) (1970), já estudada mais acima.

¹⁰¹ O “*institution-building package*” define ainda (cap.VII, regra 14) que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos exercerá as funções de secretariado do Conselho.

Este foi criado junto com o próprio Conselho de Direitos Humanos, e como forma de resposta às críticas dos Estados em desenvolvimento que enxergavam a antiga Comissão como um tribunal dirigido somente a alguns Estados. Assim, o Conselho representou uma vitória deste grupo de governos¹⁰², eis que todos os 193 países membros das Nações Unidas deverão passar pelo Exame, em regra uma vez a cada quatro anos¹⁰³. Mas o novo instrumento também foi aplaudido pelos países mais desenvolvidos do Ocidente, eis que permitiria um maior acompanhamento do *status* dos direitos humanos em cada local.

Conforme a supracitada resolução 5/1, o Exame Universal analisará a situação de cada país tomando por base o cumprimento dos seguintes critérios internacionais: as obrigações definidas na Carta da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os tratados de direitos humanos dos quais o Estado seja parte e os compromissos voluntários assumidos pelo país quando de sua eventual candidatura prévia ao Conselho. Além disso, as disposições do direito internacional humanitário que forem aplicáveis também serão consideradas¹⁰⁴.

Os objetivos desta prática são basicamente avaliar o grau de respeito pelo Estado aos compromissos internacionais por ele assumidos em matéria de direitos humanos, e procurar que este aceite a cooperação dos outros membros da sociedade internacional para a melhoria do panorama interno relativo aos direitos básicos da população.

Os princípios a nortear o trabalho do Conselho são: a universalidade, interdependência, indivisibilidade e inter-relação entre os direitos humanos; a ênfase no diálogo e cooperação, evitando o confronto e a politização; a abrangência universal e tratamento igualitário dos Estados; o trabalho de modo intergovernamental; a consideração das circunstâncias específicas do país de modo a não impor-lhe obrigações excessivas; a integração de uma perspectiva de gênero; e a garantia da participação de todos os agentes relevantes no processo¹⁰⁵.

Os Estados passarão por este crivo em uma ordem que assegure o tratamento igualitário¹⁰⁶, sendo que todos os que forem membros do Conselho serão avaliados durante o

¹⁰²ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *op.cit.*, pag.806.

¹⁰³ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRmain.aspx>, acesso em 20.05.2011.

¹⁰⁴ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – A.1

¹⁰⁵ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – B.1.3

¹⁰⁶ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – C.6

período em que o integrarem¹⁰⁷ (embora Estados não membros também possam atravessar o procedimento¹⁰⁸).

O procedimento em si possui basicamente três fases: a primeira consiste na reunião de informações acerca do Estado em questão: assim, o Estado examinado prepara um relatório nacional descrevendo sua situação nacional no que tange aos direitos humanos de modo geral – este relatório deve ser elaborado envolvendo um processo de consulta junto a setores da sociedade civil¹⁰⁹. Da mesma forma, o Alto Comissariado para os Direitos Humanos contribui com um resumo de todos os relatórios publicados pelos *treaty bodies*¹¹⁰ e demais documentação relevante em poder das Nações Unidas¹¹¹. Adicionalmente, o mesmo Alto Comissariado sumará as comunicações que tenha recebido de agentes relevantes da sociedade civil do país, ou de ONGs com atuação global acerca de algum aspecto da situação nacional¹¹².

A segunda etapa consiste na apresentação, pelo Estado submetido ao Exame, de seu relatório nacional, seguido de um diálogo interativo do qual podem tomar parte todos os representantes interessados, sejam ou não integrantes do Conselho. Este diálogo toma o formato de perguntas dirigidas ao Estado em foco e respostas dos membros da delegação deste, e pode incluir também a formulação de recomendações pelos participantes¹¹³.

A terceira etapa consiste no tratamento do resultado do Exame para publicação nos locais específicos das Nações Unidas (inclusive *online*¹¹⁴), o qual inclui a resposta, pelo Estado objeto do Exame, às recomendações formuladas, indicando sempre quais destas ele aceita e quais foram recusadas. É possível indicar que as respostas às recomendações serão

¹⁰⁷ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – C.8

¹⁰⁸ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – C.10

¹⁰⁹ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – D.1.15 (a)

¹¹⁰ Sobre os *treaty bodies*, ver neste trabalho, as pags. 29 e 30 no capítulo 1, *supra*.

¹¹¹ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – D.1.15 (b)

¹¹² Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – D.1.15 (c)

¹¹³ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – D.2

¹¹⁴ Ver em <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>, acesso em 20.05.2011.

fornecidas posteriormente, de modo que o governo em questão disponha de tempo para considerar sua adoção¹¹⁵.

As recomendações formuladas no Exame que gozarem da concordância do Estado analisado serão objeto preferencial de sua avaliação subsequente. Embora reconhecendo que cada país, na prática, somente se sujeitará aos aspectos que bem entender, note-se ainda o teor da regra I-B.1.38 da sempre mencionada Resolução 5/1 do Conselho: “38. *After exhausting all efforts to encourage a State to cooperate with the universal periodic review mechanism, the Council will address, as appropriate, cases of persistent non-cooperation with the mechanism.*”

1.2 Os Estados muçulmanos no Exame Universal Periódico

Entendidos os principais traços do trabalho do Conselho de Direitos Humanos e a constituição do Exame Universal Periódico, os próximos parágrafos tratarão de algumas características dos procedimentos do Exame relativos aos países islâmicos. Neste tópico, o material abaixo citado possui dois propósitos: em primeiro lugar serão examinados em maior detalhe os questionamentos feitos tanto por ONGs e agências especializadas da ONU quanto por outros membros da sociedade internacional sobre práticas que parecem repetir-se dentro dos Estados selecionados. Outra finalidade das páginas subsequentes diz respeito a alegações de violação de direitos humanos que recebem, do Estado examinado, respostas com base na *Sharia* ou, de modo mais genérico, na religião muçulmana.

Dentre os numerosos relatórios envolvendo os diversos países em que o Islã joga um papel relevante, e a multiplicidade de críticas de procedência igualmente variada, o critério utilizado na seleção das notícias aqui apresentadas foi intentar compor um panorama geral da visão que o Conselho possui dos países islâmicos no que tange à violação dos direitos humanos. Assim, buscou-se listar, em primeiro lugar, os tópicos mais repetidos entre tais Estados. Complementarmente, foram assinalados alguns temas que se apresentam esporadicamente, ou de modo específico em uma nação particular, sempre que se entendeu que tais temas eram representativos de uma visão com base nos valores e princípios

¹¹⁵ Conselho de Direitos Humanos, Resolução 5/1, I – D.3

muçulmanos. Como o intento é apresentar um panorama, e não tratar de algum tema em especial ou de alguma situação nacional com detalhes, o resultado pode parecer caótico, mas entende-se que compor uma simples lista ou tabela com todos os países e seus problemas respectivos tampouco seria de grande valia para a compreensão, dificilmente redundaria em esquemas didáticos e abrangentes, e causaria ainda numerosas repetições¹¹⁶.

1.2.1 A situação da mulher

Em primeiro lugar, examinar-se-ão temas que foram levantados, em relação a diversos países, acerca da situação da mulher. A este respeito, nota-se que os países de grande influência islâmica se caracterizam em regra por um tratamento desigual que prejudica o sexo feminino.

Assim, o Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW¹¹⁷) manifestou preocupação com as Constituições saudita¹¹⁸ e iemenita¹¹⁹, as quais não mencionam o princípio da igualdade entre homem e mulher; egípcia¹²⁰, que só admite a igualdade nos termos da lei islâmica e impõe à mulher variados deveres para com sua família; e jordaniana, que não discrimina entre homens e mulheres, mas não exhibe qualquer disposição consagrando a igualdade¹²¹. O mesmo comitê lamentou a não aprovação,

¹¹⁶ Os quatro grandes temas que serão trabalhados até o fim deste capítulo confirmam, em geral, a análise de Antônio Augusto Cançado Trindade quando, referindo-se especialmente às tradições culturais asiáticas, menciona que o recrudescimento de posturas fundamentalistas em seu seio se reflete de modo marcante nos direitos referentes às relações privadas dos indivíduos. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pags. 345-346.

¹¹⁷ Sigla formada a partir do nome em inglês: “*Committee on the Elimination of Discrimination against Women*”.

¹¹⁸ Na verdade, segundo consta deste próprio documento, não se trata de uma constituição no sentido jurídico comumente atribuído à expressão, e sim de uma “lei básica”, adotada em 1992 e cujo primeiro artigo explicita que a “constituição” do país é o Corão.

¹¹⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.2. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session5/YE/A_HRC_WG6_5_YEM_2_E.pdf, acesso em 01.05.2011.

¹²⁰ “*Article 11. The State shall guarantee the proper coordination between the duties of woman towards the family and her work in the society, considering her equal with man in the fields of political, social, cultural and economic life without violation of the rules of Islamic jurisprudence.*” Constituição do Egito de 1980, disponível em <http://www.uam.es/otroscentros/medina/egypt/egyptolcon.htm>, acesso em 29.04.2011.

¹²¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.5. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/JO/A_HRC_WG6_4_JOR_2_E.PDF, acesso em 01.05.2011.

pelo Poder Legislativo da Nigéria, de um projeto de lei sobre a abolição de todas as formas de discriminação contra a mulher¹²². O *Asian Centre for Human Rights* queixou-se de que a Constituição bareinita subordina a previsão de igualdade entre homens e mulheres às previsões da *Sharia*¹²³.

Já o governo do Paquistão comporta um Ministério para o Desenvolvimento da Mulher, apesar de, segundo o CEDAW, sua capacidade e recursos serem muito limitados¹²⁴.

Voltando à Arábia Saudita, o Comitê para os Direitos da Criança (CRC¹²⁵) notou¹²⁶ a prevalência do que chamou “*stereotypical attitudes about the roles and responsibilities of women and men*”. A mesma observação foi feita em relação ao Paquistão, tanto pelo CRC como pelo CEDAW. Ademais, o CEDAW denunciou¹²⁷ a existência, no ordenamento jurídico saudita e iemenita¹²⁸, e na prática líbia¹²⁹, da figura do guardião da mulher, que impediria o livre exercício, por parte desta, de seus direitos e liberdades básicas. Destaque-se que, no Iêmen, o guardião da mulher pode recusar-se a recebê-la de volta após o cumprimento de uma pena, o que resulta em condenadas que permanecem presas após o fim do prazo de cumprimento de suas penas¹³⁰. Já no Egito, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF¹³¹) manifestou preocupação¹³² com a utilização geral de elementos da cultura religiosa e patriarcal para justificar a discriminação da mulher. No Irã, a situação chegou a tal

¹²² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.5. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/NG/A_HRC_WG6_4_NGA_2_E.pdf, acesso em 01.05.2011.

¹²³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.2. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/113/81/PDF/G0811381.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹²⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.2. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/71/PDF/G0812871.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹²⁵ Sigla formada a partir do nome original em inglês: “*Committee on the Rights of the Child*”

¹²⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.5. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/168/65/PDF/G0816865.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011

¹²⁷ *Idem*, pag.5.

¹²⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.6.

¹²⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.5. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session9/LY/A_HRC_WG.6_9_LBY_2_E.pdf, acesso em 01.05.2011

¹³⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.7.

¹³¹ Sigla formada a partir do nome original em inglês: “*United Nations International Children’s Emergency Fund*” – que foi abreviado para *United Nations Children’s Fund*, mas cujo acrônimo antigo segue sendo utilizado.

¹³² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.5. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/172/60/PDF/G0917260.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

ponto aos olhos dos relatores especiais e agências da ONU, que o Secretário Geral das Nações Unidas considerou¹³³ que a violência de gênero é praticada de forma generalizada. No Mali, o UNICEF apontou que as meninas são educadas para ser totalmente dependentes e submissas, e com frequência não têm acesso à educação por decisão da própria família¹³⁴.

No Irã, o *status* inferior da mulher é ainda evidenciado pelo valor da *diyah*, a indenização devida por aquele que mata alguém à família da vítima: este tem seu valor reduzido pela metade caso o crime tenha sido cometido contra mulher¹³⁵.

Em contrapartida, o UNICEF apontou¹³⁶ que o Irã aprovou duas leis em 2008 que reconheciam à mulher direito à cobertura plena por companhias de seguro em casos de acidente envolvendo lesão grave ou morte, bem como seu direito de herdar as terras de seu cônjuge.

Em relação à liberdade de ir e vir, o CEDAW analisou de modo crítico¹³⁷ a proibição, vigente na Arábia Saudita, de direção de veículos por mulheres, bem como a necessidade, por parte da mulher, de solicitar permissão de seu marido ou guardião para ter acesso aos estabelecimentos de saúde¹³⁸. A relatora especial sobre violência contra a mulher denunciou a prática iraniana de exigir que esposas apresentassem uma autorização marital reconhecida em cartório para poder obter um passaporte e viajar ao estrangeiro¹³⁹. O mesmo ocorre nos Emirados Árabes Unidos¹⁴⁰.

Sobre a liberdade para contrair casamento, o CEDAW notou que, na Arábia Saudita, falta a determinação de uma idade legal mínima e igual para os dois sexos para o casamento. No Irã, onde a idade mínima para o enlace foi recentemente aumentada de 9 para 13 anos para

¹³³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.8. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/171/90/PDF/G0917190.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹³⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Mali, pag.4. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/125/51/PDF/G0812551.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹³⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.6.

¹³⁶ *Idem, ibidem.*

¹³⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.8.

¹³⁸ *Idem*, pag.9.

¹³⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.10.

¹⁴⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.6. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session3/AE/A_HRC_WG6_3_ARE_2_United_Arab_Emirates_E.pdf, acesso em 01.05.2011.

meninas, enquanto que para rapazes o limite é de 15 anos¹⁴¹, “noivas” são frequentemente dadas em casamento por tempo determinado (de forma a ilidir o pagamento do dote) já com vistas à exploração por parte do “marido”¹⁴². Como resultado, o tráfico de mulheres e meninas para prostituição é expressivo neste país. Na Nigéria¹⁴³ e no Mali¹⁴⁴, o Comitê dos Direitos da Criança cobrou do governo uma postura mais enérgica contra a prática de casamentos prematuros e forçados, enquanto que o CEDAW mencionou a presença das instituições do levirato (pelo qual a viúva é forçada a casar-se com o irmão de seu falecido marido) e do sororato (pelo qual o viúvo pode casar-se com a irmã de sua finada esposa)¹⁴⁵.

Um costume relacionado é criticado pela Anistia Internacional no Paquistão: trata-se do *swara*, pelo qual as tribos paquistanesas resolvem uma disputa sobre compensação por assassinato entregando uma menina ou mulher à tribo ofendida. A prática foi condenada pelo governo, porém o dispositivo relevante do Código Penal é demasiado restritivo em sua tipificação e o “negócio” segue sendo praticado¹⁴⁶.

Já nos Emirados Árabes Unidos, mulheres muçulmanas são proibidas de casar-se com homens de outra religião, enquanto que o contrário é permitido¹⁴⁷. De acordo com a ONG *Institute for Religion and Public Policy*, caso alguma cidadã dos Emirados descumpra tal proibição, ela e o marido estarão sujeitos à persecução penal por fornicação¹⁴⁸.

¹⁴¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.10.

¹⁴² *Idem*, pag.8.

¹⁴³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pags.7 e 8.

¹⁴⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Mali, pag.4.

¹⁴⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Mali, pag.4. Em relação ao Mali, país africano em que 90% da população é muçulmana (<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ml.html>, acesso em 03.05.2011), é preciso ressaltar que as práticas relativas a casamento aqui descritas (levirato e sororato) encontram forte apoio nos costumes tribais. Apesar da relativa oposição do Corão, que menciona a necessidade de um consenso mínimo da noiva, tais costumes não contrariam frontalmente a prática corrente e o *status* da mulher em outros países islâmicos, como Irã e Arábia Saudita.

¹⁴⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.7. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/08/PDF/G0812808.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹⁴⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.6.

¹⁴⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.5. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session3/AE/A_HRC_WG6_3_ARE_3_United_Arab_Emirates_E.pdf, acesso em 01.05.2011.

Também a presença da poligamia foi criticada tanto na Arábia Saudita quanto no Egito¹⁴⁹, no Mali¹⁵⁰, na Líbia¹⁵¹, na Jordânia¹⁵², no Iêmen¹⁵³ e na Turquia¹⁵⁴, assim como a prática de casamentos de conveniência, nos quais a mulher é casada com o noivo em troca do pagamento de um dote por parte deste, que fica, em seguida, livre de obrigações legais quanto ao sustento e até moradia desta¹⁵⁵.

Tratando dos aspectos relacionados com violência doméstica, o CEDAW observou a grande incidência de episódios relativos à violência doméstica tendo mulheres como vítimas, causados por motivos como a decência dos trajes ou da conduta femininos, e expressou desconforto com o fato de não haver instituições específicas na Arábia Saudita para abordar tal tipo de violência e encorajar as vítimas a se manifestarem. O mesmo foi dito do Irã, face ao qual o Comitê de Direitos Humanos criticou¹⁵⁶ as punições (especialmente chibatadas) impostas às mulheres que não seguissem o estrito código de vestuário. Em relação ao Egito, a violência doméstica, incluindo estupros cometidos dentro do casamento e a multiplicação de “crimes de honra”, foi apontada pelo UNICEF¹⁵⁷ como disseminada. Já na Turquia, a persistência de “crimes de honra”, violência doméstica e casamentos prematuros ou forçados também foi criticada¹⁵⁸. Também a relatora especial sobre violência contra a mulher notou¹⁵⁹ que a falta de independência econômica e de autonomia das mulheres termina por redundar na falta de perspectivas para estas. Segundo um estudo da UNICEF publicado em 2006, 60% das esposas malinenses afirmaram que somente o marido decidia quando estas podiam visitar seus

¹⁴⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.6.

¹⁵⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Mali, pag.5.

¹⁵¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.5. Um relatório da Anistia Internacional acrescenta que, na Líbia, a poligamia acontece sob supervisão judicial, embora se acredite que tal prática seja pouco frequente. Ver http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session9/LY/A_HRC_WG.6_9_LBY_3_Libya_eng.pdf, pag.2. Acesso em 04.05.2011.

¹⁵² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.5.

¹⁵³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.5.

¹⁵⁴ Em relação a este país, nota-se que disposições do Código Civil proíbem a poligamia. Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.6. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/110/82/PDF/G1011082.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹⁵⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.8.

¹⁵⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.6.

¹⁵⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.7.

¹⁵⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.8.

¹⁵⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.5.

parentes¹⁶⁰. Já a Nigéria se caracteriza, segundo o CEDAW, pela permissão legal a que o marido bata na esposa, desde que não a machuque seriamente¹⁶¹. A violação da mulher dentro do casamento não é considerada crime no Bahrein¹⁶².

A relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher mencionou adicionalmente as práticas sauditas e iranianas¹⁶³ sobre divórcio e guarda dos filhos (em regra atribuída ao homem), bem como a ausência de disposições normativas que criminalizassem a violência contra a mulher, como fatores que levavam à manutenção de seu estado de subjugação. A mesma característica referente à desigualdade de direitos no divórcio e na guarda de filhos foi observada pelo CEDAW na legislação líbia¹⁶⁴. No Egito, a mulher que, em virtude de uma lei do ano 2000, pede divórcio de forma unilateral, deverá renunciar tanto a qualquer tipo de constituição de renda quanto ao próprio dote¹⁶⁵. O Bahrein se caracteriza por não possuir leis relativas ao casamento, divórcio e guarda de filhos – tais temas ficam completamente ao arbítrio de juízes de cortes de família, que aplicam seu próprio entendimento da jurisprudência islâmica, via de regra desfavorecendo a mulher¹⁶⁶.

Diversos países islâmicos criminalizam o adultério. No entanto, em Estados como o Egito¹⁶⁷, este é punido de forma mais dura quando perpetrado por uma mulher. No Irã, a relatora especial sobre a violência contra a mulher assinalou a situação de diversas mulheres condenadas à morte, sendo que, das 397 no “corredor da morte” da prisão de Evin no ano de 2006, 200 haviam sido condenadas por delitos contra a moral. A mesma relatora recomendou ao Irã que revogasse as normas que impunham à mulher vítima de estupro o ônus de provar sua alegação através de testemunhas oculares¹⁶⁸. Também no Iêmen, a maioria das mulheres

¹⁶⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Mali, pag.5.

¹⁶¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.5.

¹⁶² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.5.

¹⁶³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pags.8 e 9.

¹⁶⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.5.

¹⁶⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.6.

¹⁶⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.2.

¹⁶⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.6.

¹⁶⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.9.

encarceradas sofrem a pena por comportamento indecente¹⁶⁹. Em relação à Líbia, o CEDAW manifestou preocupação com a prática de encorajar o casamento entre autores e vítimas de estupro¹⁷⁰. Neste último país, a *Human Rights Watch* constatou que mulheres que recorrem à polícia após terem sido violentadas correm o risco de sofrer persecução penal¹⁷¹, em razão da aplicação dada às leis penais que criminalizam o casamento e o relacionamento sexual na ausência de vínculo conjugal. O mesmo ocorre nas regiões da Nigéria nas quais a *Sharia* é implementada à revelia do governo, onde as regras que regem o estabelecimento das evidências em casos de suspeita de adultério prejudicam a mulher¹⁷². O relator especial das Nações Unidas contra a tortura noticiou o caso de uma mulher saudita que foi sentenciada a 200 açoites por ter sido vítima de estupro¹⁷³.

A legislação repressiva dos Emirados Árabes Unidos não distingue entre prostitutas e vítimas do tráfico de mulheres, negando a estas últimas a proteção devida aos prejudicados por crimes¹⁷⁴.

Já o Iêmen se distingue por sua legislação explicitamente desigual: segundo o CEDAW, o art.232 do Código Penal iemenita exime de punição o marido, ou qualquer parente do sexo masculino, que mate sua esposa ou parente por suspeita de adultério da parte desta¹⁷⁵.

Diversos relatores especiais das Nações Unidas enviaram comunicações sobre a situação de adúlteros iranianos (em sua grande maioria, mulheres) sendo apedrejados após algum tipo de processo judicial¹⁷⁶. Na Jordânia, segundo dados da Anistia Internacional e da

¹⁶⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.7.

¹⁷⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.7.

¹⁷¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.3. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session9/LY/A_HRC_WG.6_9_LBY_3_Libya_eng.pdf, acesso em 01.05.2011.

¹⁷² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag.2 e 7. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/NG/A_HRC_WG6_4_NGA_3_E.pdf, acesso em 01.05.2011.

¹⁷³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.6. Também Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.5. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/SA/A_HRC_WG6_4_SAU_3_E.PDF, acesso em 01.05.2011.

¹⁷⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.5.

¹⁷⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.6.

¹⁷⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.7.

*Human Rights Watch*¹⁷⁷, a prática de “crimes de honra” é frequente, com 17 notícias sobre tais casos somente em 2007, sendo que os autores recebem sentenças consideradas lenientes por estas organizações. Ainda, afirmam que as autoridades jordanianas costumam situar mulheres ameaçadas por violência doméstica ou crimes de honra sob custódia protetiva, que termina consistindo numa espécie de prisão administrativa sem julgamento. Uma prática governamental similar parece existir na Líbia¹⁷⁸. As leis penais jordanianas, segundo o CEDAW¹⁷⁹, tratam os “crimes de honra” de forma mais benéfica que outros ilícitos.

Acerca do tema dos “crimes de honra”, vale apontar os elogios feitos pelo CEDAW ao Paquistão, por este ter reformado em 2004 sua legislação processual penal, de modo a facilitar a persecução dos delitos com tal motivação¹⁸⁰ — embora o mesmo comitê reconheça que ainda há muito por fazer no que diz respeito à eficácia prática de tal normativa. Também a Turquia reformou seu Código Penal em 2004, garantindo disposições que proíbem a violência sexual dentro do casamento, e penalizando homicídios motivados pela honra com prisão perpétua¹⁸¹.

Disposições discriminatórias também podem ser contempladas na legislação penal geral: assim, no Irã, a idade da maioridade penal varia entre 14 anos e 7 meses para os homens e 8 anos e 9 meses para as mulheres¹⁸².

A grande taxa de analfabetismo entre mulheres sauditas foi objeto de críticas pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como

¹⁷⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Jordânia, pag.3. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/168/42/PDF/G0816842.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011. Confira também o relatório enviado pelo governo da Jordânia ao Conselho como preparação ao Exame, à pag.9. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/JO/A_HRC_WG6_4_JOR_1_E.PDF, acesso em 01.05.2011.

¹⁷⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.7. A Human Rights Watch descreve bem a situação ao afirmar que: “*the Libyan Arab Jamahiriya continued to arbitrarily detain women and girls in ‘social rehabilitation’ facilities for suspected transgressions of moral codes, locking them up indefinitely without judicial review. Portrayed as ‘protective’ homes for wayward women and girls or those whose families rejected them, these facilities are de facto prisons. Many women and girls detained in these facilities had committed no crime, or had already served a sentence. Some are there for no other reason than that they were raped, and are now ostracized for staining their family’s ‘honour’.*” Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.3.

¹⁷⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.5.

¹⁸⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.4.

¹⁸¹ Segundo o próprio governo turco: “*Turkey perceives honor crimes as an abhorrent violation of human rights, which cannot be justified on any social, cultural or religious grounds whatsoever. It intends to do its utmost to prevent them at all levels.*” Relatório nacional enviado pela Turquia ao Conselho de Direitos Humanos em preparação ao Exame Universal Periódico, pag.14. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/110/17/PDF/G1011017.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹⁸² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.9.

pelo Comitê para os Direitos da Criança¹⁸³. Estes dois órgãos também se posicionaram contra a existência de currículos separados para cada um dos sexos, atacando da mesma forma a restrição ao estudo em algumas áreas do conhecimento por mulheres¹⁸⁴. Já o Comitê para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reportou¹⁸⁵ elevadas taxas de analfabetismo feminino no Egito. No Mali, somente 12% das mulheres são alfabetizadas¹⁸⁶ (o pequeno número deve ser visto no contexto da taxa de alfabetização masculina para o mesmo país, de 27%).

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho¹⁸⁷, o novo Código do Trabalho da Arábia Saudita, adotado em 2006, não faz referência à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, e ainda restringe os tipos de ocupação aos quais estas podem se dedicar. A mesma organização criticou o Irã em razão das restrições ao trabalho das mulheres e a disposições discriminatórias em sua legislação previdenciária¹⁸⁸. Esta entidade também se dirigiu ao governo dos Emirados Árabes Unidos em 2008, pedindo a revogação das disposições que obrigam a mulher a obter permissão prévia de seu marido na aceitação de emprego extradoméstico¹⁸⁹.

Em contrapartida, o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas elogiou os Emirados Árabes Unidos por sua política de promoção da presença feminina no mercado de trabalho, destacando que as mulheres já são a maioria dos empregados públicos nos setores de medicina e educação. Da mesma forma, as cidadãs têm direito pleno à propriedade e gestão no país¹⁹⁰.

¹⁸³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.9.

¹⁸⁴ No entanto, a compilação também destaca dois relatórios, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (2005) e do Banco Mundial (2008), segundo os quais haveria mais alunas que alunos no ensino superior. Já a relatora especial para violência contra a mulher mencionou com apreciação (pag.10) diversos desenvolvimentos positivos no *status* da mulher, em especial no acesso à educação. Os dados são similares no Irã: segundo a mesma relatora, se no ensino primário o número de meninos e meninas é quase igual, no ensino superior, elas prevalecem com 62% das vagas. Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.13.

¹⁸⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pags.10 e 12.

¹⁸⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Mali, pag.9.

¹⁸⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pags.3 e 9.

¹⁸⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.12.

¹⁸⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.7. Note-se que, confrontado com tal cobrança, o governo dos Emirados Árabes Unidos negou que tal previsão legal existisse em seu país.

¹⁹⁰ *Idem*, pag.7.

O CEDAW lamentou o fato de a participação feminina na vida política da Arábia Saudita ser praticamente nula¹⁹¹, enquanto que, no Irã, o UNICEF calculou haver somente 2,8% de representantes mulheres no parlamento eleito em março de 2008. Além disso, o Comitê de Direitos Humanos asseverou que a mulher iraniana não pode assumir a função de juiz¹⁹². A situação na Nigéria também não mereceu elogios: 6,9% dos deputados e 8,3% dos senadores são mulheres – cifra muito abaixo dos 35% estabelecidos pela *National Gender Policy* do próprio governo nigeriano¹⁹³. A Turquia exibe 9,1% de representantes políticas femininas, segundo dados de 2009¹⁹⁴. Já o Marrocos alcançou resultados mais expressivos: segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o número de mulheres no parlamento marroquino cresceu, graças a um sistema de cotas, de 2 a 35 nas eleições de 2002. No Judiciário, as mulheres já perfazem metade dos funcionários¹⁹⁵.

Sobre o mesmo tema, é interessante notar a iniciativa da Indonésia no sentido de promulgar uma nova lei de partidos políticos (lei 2/2008), a qual estabelece uma cota mínima de 30% no número de membros para que qualquer partido político seja estabelecido. Além disso, a lei também prevê a mesma cota para os integrantes das Comissões Eleitorais¹⁹⁶. Da mesma forma, na Jordânia, há uma reserva legal de doze vagas no Parlamento para representantes femininas¹⁹⁷.

Segundo o Comitê de Direitos Humanos¹⁹⁸ (CCPR¹⁹⁹), as normas egípcias relativas ao direito de sucessão prejudicam a mulher, ao conferir-lhe porções menores que os herdeiros masculinos nas mesmas condições²⁰⁰.

¹⁹¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.8.

¹⁹² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.11.

¹⁹³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pags.8 e 9.

¹⁹⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.9.

¹⁹⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Marrocos, pag.8. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/123/46/PDF/G0812346.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹⁹⁶ Relatório nacional enviado pela Indonésia ao Conselho de Direitos Humanos em preparação ao Exame Universal Periódico, pag.13. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/115/30/PDF/G0811530.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

¹⁹⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.8. Ver também, para o número de 12 vagas, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/jo.html>, acesso em 01.05.2011.

¹⁹⁸ Comitê de peritos independentes criado pelo Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Não deve ser confundido com a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (já extinta), tampouco com o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (órgão criado em 2006 em cujo seio ocorre o Exame Universal Periódico aqui descrito).

A respeito da situação das trabalhadoras domésticas, o Fundo das Nações Unidas para a População destacou que existe uma norma do Ministério da Saúde saudita destacando que, quando grávidas, tais trabalhadoras somente serão admitidas em hospitais na companhia do pai da criança. As mulheres que não cumprirem tal condição poderão ser atendidas em casos emergenciais, porém deverão ser detidas no hospital para que não venham a fugir, sendo posteriormente presas²⁰¹.

Sobre a situação das empregadas domésticas de origem estrangeira, tanto o CEDAW quanto a relatora especial para a violência contra a mulher e o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD²⁰²) denunciaram²⁰³ diversos abusos de ordem laboral e sexual sofridos por tais trabalhadoras, que não teriam, na Arábia Saudita, qualquer órgão de interlocução e proteção legal alguma. Da mesma forma, na Jordânia, a Anistia Internacional chamou a atenção para a situação das mulheres trabalhadoras domésticas, as quais por vezes só recebem parte de seus salários, e precisam trabalhar de graça durante os primeiros meses do contrato, supostamente para pagar as despesas de recrutamento e viagem²⁰⁴. Também foi mencionada a prática por parte dos empregadores de confiscar e manter consigo os passaportes de seus empregados²⁰⁵. No Bahrein, a legalidade da permanência das empregadas domésticas estrangeiras está condicionada à contínua prorrogação de seu visto pelo empregador, situando-as numa posição de inferioridade clamorosa, que resulta em jornadas de trabalho de 15 a 17 horas por dia, nos sete dias da semana²⁰⁶.

¹⁹⁹ Sigla formada a partir do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – em inglês, “*Covenant on Civil and Political Rights*”.

²⁰⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.6.

²⁰¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pags.9 e 10.

²⁰² Sigla formada a partir do nome em inglês: “*Committee on the Elimination of Racial Discrimination*”.

²⁰³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.10.

²⁰⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Jordânia, pag.8.

²⁰⁵ Deve notar-se que, segundo o mesmo relatório, a lei jordaniana proíbe estas condutas, bem como o desconto salarial para pagar despesas anteriores ao contrato de trabalho.

²⁰⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Bahrein, pags.6 e 8. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/116/54/PDF/G0811654.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011. O Código de Trabalho do Bahrein, de 1976, protege trabalhadores estrangeiros excluindo expressamente os empregados domésticos. O mesmo se dá nos Emirados Árabes Unidos, segundo a Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.9.

Alguns comitês previstos em tratados de direitos humanos também se queixaram²⁰⁷ das discriminações quanto à nacionalidade da mulher que se casa com estrangeiros – esta não poderia transmitir sua nacionalidade aos filhos. Um possível resultado disto seria o fato de que, atualmente, residem na Arábia Saudita cerca de 70.000 apátridas²⁰⁸. Já o PNUD mencionou 6,1 milhões de expatriados, para uma população total de 22,7 milhões de habitantes²⁰⁹. A mesma disposição, negando nacionalidade a filhos de pais estrangeiros e mães nacionais, encontra-se no ordenamento da Jordânia²¹⁰, do Bahrein²¹¹, dos Emirados Árabes Unidos²¹² e da Líbia²¹³. No Irã, uma mulher iraniana casada com um estrangeiro sem aprovação do governo não terá seu filho considerado como iraniano, ainda que nascido no território da República Islâmica²¹⁴, o que gera grande número de crianças apátridas e desprovidas dos certificados de nascimento. Segundo a *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme*²¹⁵, o Código de Nacionalidade Malinense estabelece que os homens transferem sua nacionalidade aos filhos em todos os casos, enquanto que a mulher só pode fazê-lo quando expressamente previsto por lei²¹⁶.

No que representa um avanço neste campo, o Paquistão emendou, no ano 2000, sua lei de nacionalidade, de 1951, para incluir os filhos de maridos estrangeiros²¹⁷.

²⁰⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.5. Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.2.

²⁰⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.10.

²⁰⁹ *Idem*, pag.11.

²¹⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Jordânia, pag.3.

²¹¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Bahrein, pag.6.

²¹² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.4.

²¹³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.5.

²¹⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.6.

²¹⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Mali, pag.3. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/125/65/PDF/G0812565.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

²¹⁶ *Code de la Nationalité Malienne* (lei 62-18 AN-RM de 03.02.1962): “ART. 8 Est Malien, qu’il soit né au Mali ou à l’étranger : 1. l’enfant légitime né d’un père malien; 2. l’enfant légitime né d’une mère malienne et d’un père apatride ou de nationalité inconnue; 3. l’enfant naturel lorsque celui de ses parents à l’égard duquel la filiation a d’abord été établie est malien; 4. l’enfant naturel lorsque celui de ses parents à l’égard duquel la filiation a été établie en second lieu est malien, si l’autre parent est apatride ou de nationalité inconnue; 5. l’enfant de mère malienne et de père étranger lorsque la loi nationale du père ne s’applique pas à l’enfant.” Disponível em <http://www.justicemali.org/www.justicemali.org/pdf/02-nationalite.pdf>, acesso em 20.04.2011.

²¹⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.4.

Por fim, um aspecto de certa forma curioso é composto pelas restrições que alguns governos fazem em relação ao vestuário feminino, quando este exprime alguma prática tradicional adotada pelo Islã. Assim, o governo turco simplesmente proíbe a utilização de véus por mulheres em estabelecimentos e funções públicas²¹⁸, enquanto que, nos Emirados Árabes Unidos, mulheres que desejem vestir o *niqab* (um véu que só permite que os olhos sejam vistos) encontrarão dificuldades e restrições em seus empregos – sendo que muitos empregadores banem o uso de tal peça durante o expediente²¹⁹.

Há, por fim, um último aspecto, encontrado em alguns países africanos e da Península Arábica, e que se refere claramente à subjugação da mulher: a prática da chamada circuncisão feminina, ou mutilação genital feminina (FGM, na sigla em inglês utilizada pelos órgãos das Nações Unidas). Tal conduta foi denunciada por diversas entidades internacionais no Iêmen, Nigéria, Níger e Mali²²⁰. A respeito, nota-se que tal prática se enquadra com dificuldade em motivos estritamente islâmicos. Com efeito, segundo dados de um serviço de notícias das Nações Unidas²²¹, a circuncisão feminina é praticada em diversos povos em todo o mundo, sendo encontrada também entre africanos não muçulmanos e tribos indígenas do Peru. Os motivos variam, ligando-se em geral à garantia da manutenção da virgindade da mulher até o casamento, e de sua fidelidade conjugal depois, eis que a mutilação costuma produzir o efeito de diminuir o prazer sexual. Motivos estéticos também foram citados. Ao que parece, a prática não é uma exigência islâmica, prevalecendo nos países muçulmanos majoritariamente entre tribos nômades e trabalhadores estrangeiros de outros países africanos. Sua ocasional prática em sociedades islâmicas pode, no máximo, ser vista como um resultado da mescla entre costumes arraigados na sociedade e o *status* inferior que a mulher detém no Islã. Seja como for, uma vez que a *Sharia* não ordena tal conduta, e que os legisladores muçulmanos

²¹⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.3. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/108/65/PDF/G1010865.pdf?OpenElement>, acesso em 01.05.2011.

²¹⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.6.

²²⁰ Compilações preparadas pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.10; sobre a Nigéria, pag.6; sobre o Níger, pag.5; sobre o Mali, pag.5.

²²¹ <http://www.irinnews.org/InDepthMain.aspx?InDepthId=15&ReportId=62462>, acesso em 15.03.2011.

parecem acordes em sua condenação²²², este trabalho não investigará mais profundamente tal prática, limitando-se a notar sua existência²²³.

1.2.2 A situação do não muçulmano

O segundo aspecto a ser examinado diz respeito à situação dos não muçulmanos nos países que se identificam fortemente com o Islã. A respeito, a prática geral é de discriminação e intimidação.

Assim, focando primeiramente nas disposições constitucionais, tem-se que a Arábia Saudita²²⁴ e as Ilhas Maldivas²²⁵ não preveem a liberdade religiosa em sua Carta Magna. Já a Carta paquistanesa garante aos não muçulmanos sua liberdade religiosa, porém diversas normas legais do país situam os maometanos, de fato, em posição privilegiada²²⁶. Na Turquia, pelo contrário, tanto a Constituição quanto o direito penal protegem a liberdade religiosa, inclusive quanto à atividade missionária²²⁷. A Constituição da Nigéria proíbe a adoção de uma religião oficial pelo Estado – no entanto, a adoção da *Sharia* por 12 dos estados que compõem a Nigéria parece contrariar tal provisão, vez que o Islã se tornou, implicitamente, a religião oficial nestas regiões²²⁸.

²²² http://www.unicef.org/egypt/media_3875.html, acesso em 15.03.2011.

²²³ Um panorama da discussão sobre tal prática no contexto da questão sobre multiculturalismo nos direitos humanos pode ser visto em ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan: *International human rights in context: Law, politics, morals*. 3ª edição, Nova York, 2007, pags. 546-565.

²²⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.8.

²²⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre as Ilhas Maldivas, pag.3. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/173/28/PDF/G1017328.pdf?OpenElement>, acesso em 03.05.2011.

²²⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.8.

²²⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.6. Note-se, em contrapartida, que o *Christian Solidarity Worldwide* queixou-se de que a Turquia classifica atividades organizadas de missão religiosa como “ameaça nacional” (*idem*, pag.3).

²²⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag.7.

Segundo o *European Centre for Law and Justice* (ECLJ), a Arábia Saudita caracteriza-se por não distinguir entre governo e religião²²⁹. Nesta linha, o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial (CERD) preocupa-se com a pouca liberdade dada a pessoas de etnias minoritárias para manifestar sua fé na Arábia Saudita, enquanto que a Organização Internacional do Trabalho denunciou que pessoas aderentes a outros credos que não o muçulmano não podem exibir em público os símbolos de suas religiões²³⁰. Caso trabalhadores estrangeiros o façam, a consequência, em regra, é a deportação, de acordo com o *Becket Fund for Religious Liberty*²³¹. O *Asian Centre for Human Rights* denuncia ainda diversos casos de conversões forçadas ao islamismo no Paquistão²³². Nos Emirados Árabes Unidos, não muçulmanos são julgados por cortes da *Sharia* em matérias criminais, sendo que eventual pena prevista na lei islâmica pode ser discricionariamente substituída pelo juiz por outra punição fora da *Sharia*²³³. No mesmo país, praticamente todas as mesquitas sunitas são subsidiadas pelo Estado, e seus clérigos são funcionários públicos. O governo controla ainda os sermões e admoestações formuladas pelas autoridades religiosas²³⁴. Um estado de coisas análogo, embora consideravelmente mitigado, é visto no Azerbaijão, em relação ao qual o relator especial das Nações Unidas para a liberdade de religião e crença notou que o governo, de modo pouco transparente, faz a seleção dos imãs (clérigos responsáveis pelas mesquitas)²³⁵.

A Nigéria constitui um caso a ser examinado, por conta da implementação da *Sharia* em alguns de seus estados do norte. Tal mudança no ordenamento é levada a cabo por grupos especiais de aplicação, conhecidos como *Hisbah*, que, de acordo com o relator especial das Nações Unidas para liberdade de religião e de crença, atuam de modo violento, em especial

²²⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.8.

²³⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.8.

²³¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.8.

²³² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.9.

²³³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.5.

²³⁴ *Idem*, pag.6.

²³⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Azerbaijão, pag.11.

contra mulheres não muçulmanas²³⁶. Segundo o *Christian Solidarity International*, os membros de outras religiões, em especial os cristãos, seriam cidadãos de segunda classe nos “estados da *Sharia*”, na qual esta é a principal fonte de direito. Ataques a eles por muçulmanos também não são adequadamente investigados pelas autoridades²³⁷. Há relatos de ataques a familiares que se recusam a converter ao islamismo, assim como a muçulmanos que passam a outra religião²³⁸.

Segundo a Anistia Internacional, o governo paquistanês é por demais leniente com os diversos crimes cometidos contra os aderentes a crenças minoritárias no Paquistão. Há casos de homicídios e de violência contra mulheres que, praticados por motivos religiosos, não são investigados²³⁹.

A *Human Rights Watch* aponta que, na Arábia Saudita, membros da minoria religiosa conhecida como ismailitas, integrada por aproximadamente um milhão de pessoas, sofrem perseguição do governo, através de manifestações públicas de desaprovação de sua fé²⁴⁰. Já no Irã, segundo o Comitê dos Direitos da Criança, são os bahaís²⁴¹ a serem perseguidos. A Comunidade Internacional Bahaí afirmou que, em fevereiro de 2009, toda sua organização administrativa foi declarada ilegal pelo governo, sendo que alguns membros desta foram detidos sem processo ou acesso a advogados²⁴². Os bahaís também sofrem perseguição oficial no Egito²⁴³, informa o Comitê de Direitos Humanos. O Paquistão caracteriza-se pela intolerância para com os ahmaditas, frequentemente acusados do “crime” de insulto ao Islã e

²³⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.8.

²³⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag.4.

²³⁸ *Idem*, pag.7.

²³⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.9.

²⁴⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.7.

²⁴¹ O nome desta religião é Baha’i, mas a versão em espanhol da compilação realizada pelo ACNUDH sobre o Irã refere-se aos praticantes como “bahaíes”, a partir do que traduzi para “bahaís” em português. Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.10.

²⁴² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.10. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/173/03/PDF/G0917303.pdf?OpenElement>, acesso em 03.05.2011.

²⁴³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.8.

de “fingirem ser muçulmanos”²⁴⁴. O Bahrein manifesta intolerância para com os muçulmanos xiitas, identificados na ideologia oficial como “não crentes”, e prejudicados em matéria de alocação de fundos governamentais, distribuição de terras e autorizações para construção de locais de culto²⁴⁵. A mesma perseguição contra os xiitas caracteriza o Iêmen, na visão da Comissão Islâmica para os Direitos Humanos²⁴⁶.

A Arábia Saudita apresenta uma versão oficial do Islã, à qual o governo adere e que é, na prática, a única interpretação legal no país. Muçulmanos discordantes e membros de outras religiões são sistematicamente perseguidos e não podem manter quaisquer locais de culto ou atividades regulares. Órgãos do governo vigiam até as manifestações mais privadas de outras religiões²⁴⁷. Uma denúncia análoga quanto à existência de uma interpretação oficial e obrigatória do Islã foi encaminhada pelo relator especial para a liberdade de religião e de crença em relação às Ilhas Maldivas²⁴⁸. Nestas últimas, outras religiões não podem ser praticadas. Nos Emirados Árabes Unidos, outras religiões além do Islã só podem ser praticadas de modo privado, ou dentro de estabelecimentos religiosos reconhecidos²⁴⁹. Na Indonésia, que não aplica padrões tão estritos e reconhece “oficialmente” um certo número de religiões, os aderentes a outras práticas se veem em situação difícil, pois, para que o governo permita a construção de qualquer tipo de casa de culto, se requer a aprovação de 60% da população vizinha, o que é um percentual impossível de conseguir para certas minorias discriminadas²⁵⁰.

²⁴⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.8.

²⁴⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.3.

²⁴⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Iêmen, pag.7. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session5/YE/A_HRC_WG6_5_YEM_3_E.pdf, acesso em 03.05.2011

²⁴⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.8.

²⁴⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre as Ilhas Maldivas, pag.9. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/173/28/PDF/G1017328.pdf?OpenElement>, acesso em 03.05.2011. Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre as Ilhas Maldivas, pag.6. No entanto, o *Institute on Religion and Public Policy* não reportou muitas comunicações sobre conversões forçadas, e também não encontrou muitos casos de discriminação religiosa no país.

²⁴⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.6.

²⁵⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Indonésia, pag.8. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/113/95/PDF/G0811395.pdf?OpenElement>, acesso em 03.05.2011.

Na Turquia, somente cristãos e judeus, entre os não muçulmanos, podem manter escolas, o que resulta em que crianças de outras religiões são, na prática, compelidas a assistir aulas sobre o Islã em estabelecimentos públicos²⁵¹. Já nos EAU, todas as escolas, inclusive as particulares, devem oferecer a matéria de Estudos Islâmicos, enquanto que é ilegal que qualquer aluno receba formação de outra religião na escola²⁵².

Segundo a organização Repórteres sem Fronteiras, a religião majoritária não pode ser criticada na Arábia Saudita²⁵³. A mesma organização criticou a legislação penal da Jordânia por apresentar o crime definido como “insultar a crença religiosa”, para o qual está prevista pena de privação da liberdade²⁵⁴. O relator especial sobre o direito à liberdade de opinião e expressão fez notar que, no Irã, qualquer manifestação contra o governo é tratada como uma pronúncia contra a religião. Ademais, qualquer obra artística ou literária está sujeita à prévia censura do Ministério da Cultura e Orientação Islâmica²⁵⁵ para que seja veiculada. Caso seja publicada em desacordo com as normas deste órgão, o autor poderá responder pelo crime de insultar a religião, punível com penas entre cinco anos de detenção até a condenação à morte²⁵⁶.

No Egito, as disposições penais preveem punições para manifestações que ofendam alguma das religiões monoteístas²⁵⁷. Já a relatora especial para liberdade de religião e crença chama a atenção para numerosos casos de condenação à morte de cristãos paquistaneses devido às leis anti-blasfêmia do país, que preveem a pena de morte para tal conduta²⁵⁸. Ressalta a Anistia Internacional que as normas que criminalizam a blasfêmia no Paquistão são genéricas e muito vagamente definidas para consubstanciarem matéria apta a condenar

²⁵¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.9.

²⁵² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.6.

²⁵³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.8.

²⁵⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Jordânia, pag.6.

²⁵⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.11.

²⁵⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.8.

²⁵⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.6. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/174/15/PDF/G0917415.pdf?OpenElement>, acesso em 03.05.2011.

²⁵⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.8.

alguém à morte²⁵⁹. Na Nigéria, acusações de blasfêmia contra cristãos surgem habitualmente a partir de intrigas entre particulares e degeneram em violência e linchamentos, enquanto o governo não toma medidas eficazes para defender as minorias religiosas nos lugares em que os muçulmanos são maioria²⁶⁰.

A Anistia Internacional sustenta que o Irã costuma deter pregadores evangélicos que tentam difundir sua religião²⁶¹.

No Irã²⁶², no Iêmen²⁶³ e nas Ilhas Maldivas²⁶⁴, abandonar o Islã e passar a outra religião constitui um crime, de acordo com o Comitê dos Direitos Humanos. No primeiro destes países, o projeto de novo Código Penal de 2008 estabelece a apostasia como crime que acarreta a pena capital²⁶⁵. Desta forma, líderes religiosos não muçulmanos são pressionados, por formações paramilitares apoiadas pelo governo e pelos serviços secretos do país, a não permitir que muçulmanos participem de seus cultos²⁶⁶, segundo o instituto *Christian Solidarity Worldwide*. Já no Egito, as autoridades governamentais costumam impedir que a alteração do *status* religioso de um ex-muçulmano conste de seus documentos civis, ainda que estes requeiram obrigatoriamente a indicação da fé do titular²⁶⁷. O relator especial para liberdade de religião e crença notou, em relação à Indonésia, que algumas mulheres foram detidas sob alegação de tentar converter crianças ao Cristianismo²⁶⁸. A Nigéria também permite – ao menos em teoria – que ex-muçulmanos convertidos a outra religião sejam condenados à morte e executados, informou o mesmo relator especial²⁶⁹. Na mesma esteira, o

²⁵⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.8.

²⁶⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag.5.

²⁶¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.8.

²⁶² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.10.

²⁶³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.8.

²⁶⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre as Ilhas Maldivas, pag.9.

²⁶⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.3.

²⁶⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.7.

²⁶⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.6.

²⁶⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.8. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/123/32/PDF/G0812332.pdf?OpenElement>, acesso em 03.05.2011.

²⁶⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.8.

Código Penal paquistanês exibe disposições que permitem sentenciar membros dos grupos muçulmanos Qadiani, Lahori e Ahmadi a até três anos de reclusão, caso intentem propagar sua fé²⁷⁰.

Na Turquia, destaque-se que comunidades religiosas são impossibilitadas, pela legislação, de possuir bens ou locais de culto. Há ainda muitos casos de confiscos, pelo governo, de propriedade de comunidades religiosas, segundo o *Institute on Religion and Public Policy*²⁷¹. Também os estados nigerianos aderentes à *Sharia* destacam-se por seu pouco respeito aos bens das comunidades religiosas não muçulmanas, tomando igrejas de cristãos e recusando-se a indenizá-los proporcionalmente²⁷².

Em termos de cidadania, as Ilhas Maldivas são extremamente restritivas, dispondo que somente os muçulmanos possuem tal qualificativo²⁷³. Logo, somente adeptos do Islã podem votar e ocupar certos postos políticos²⁷⁴. Membros de minorias religiosas não expressamente reconhecidas pela Constituição iraniana (Islã, Cristianismo, Judaísmo e Zoroastrismo) não possuem muitos direitos neste país. Por exemplo, segundo o próprio secretário geral das Nações Unidas, os bahais estavam proibidos de cursar universidades²⁷⁵. Na Indonésia, tal prática se copia, com seis religiões oficiais (Islã, Protestantismo, Catolicismo, Hinduísmo, Budismo e Confucianismo) e dificuldades quanto às demais denominações. Segundo o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, o Paquistão segue aproximadamente a mesma política de reconhecimento oficial e exclusivista de algumas dentre as várias minorias religiosas presentes no país²⁷⁶. Já a Turquia utiliza tal padrão de reconhecimento seletivo para minorias étnicas, reconhecendo, entre os não muçulmanos, somente os gregos, armênios e judeus, no que é considerado pelo Conselho da Europa uma interpretação super-restritiva das

²⁷⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.8.

²⁷¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pags.4 e 6.

²⁷² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag.4.

²⁷³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre as Ilhas Maldivas, pag.3.

²⁷⁴ *Idem*, pag.6.

²⁷⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.10.

²⁷⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.10.

cláusulas do Tratado de Paz de Lausanne (que garantiu o reconhecimento internacional à Turquia pós-otomana)²⁷⁷.

O *Institute on Religion and Public Policy* denuncia que, no Egito, casamentos inter-religiosos são ilegais e trazem consigo severas consequências²⁷⁸. Na Indonésia, o relator especial para liberdade de religião e crença notou dificuldades enfrentadas por casais para registrar casamentos inter-religiosos²⁷⁹. Já o *Movement of Liberties and Democracy – Bahrein* narra que, neste país, casamentos entre a minoria de muçulmanos xiitas são desencorajados pelo governo²⁸⁰.

Outro ponto interessante encontrado diz respeito a discriminações religiosas no sistema eleitoral: assim, a divisão das listas eleitorais paquistanesas pela crença dos eleitores facilita o controle dos votos das religiões minoritárias e a eventual supressão fraudulenta destes²⁸¹. Diga-se o mesmo em relação à educação: estudantes cristãos podem ser impedidos de cursar universidades e são preteridos na concessão de bolsas, afirma o *Christian Solidarity International* acerca da Nigéria²⁸².

1.2.3 A aplicação de penas cruéis, desumanas e degradantes

O terceiro ponto em que os Exames Universais Periódicos dos países islâmicos serão analisados refere-se à subsistência, em seus sistemas penais, de penas cruéis e degradantes. Nota-se que o tratamento deste tema é, de certa forma, mais simples que os dois anteriores, eis que as formas de punição que foram criticadas como violação aos direitos humanos costumam

²⁷⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.9.

²⁷⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.5.

²⁷⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.8.

²⁸⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.3.

²⁸¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.9.

²⁸² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag.4.

repetir-se entre os diversos Estados que seguem a *Sharia*, encontrando correspondência forte no Corão ou na tradição.

O catálogo das penas corporais não é muito vasto, mas bastante vívido.

Na Arábia Saudita, segundo informes do Comitê Contra a Tortura, são formas legais de punição, expressamente sancionadas e aplicadas nos julgamentos, os açoitamentos públicos, a amputação de membros e a violência contra os olhos do acusado (*eye-gouging*, que pode causar a perda do órgão)²⁸³. O Secretário Geral das Nações Unidas manifestou preocupação com o novo Código Penal iraniano de 2008, o qual admite as penas de morte, flagelação e amputação de membros. O Irã²⁸⁴ e o Iêmen²⁸⁵ também preveem a pena de lapidação para o adultério, assim como os estados nigerianos que adotam a *Sharia*²⁸⁶. Na Líbia²⁸⁷ e no Paquistão, manter uma relação sexual fora do casamento²⁸⁸ constitui conduta passível de punição de 100 açoites, enquanto que a conduta homossexual acarreta, neste último país, a prisão perpétua²⁸⁹. O mero encontro privado de um homem com uma mulher, caso não se trate de um casal, acarreta um ano de prisão no Iêmen, de acordo com uma proposta de modificação ao Código Penal denunciada pela Anistia Internacional²⁹⁰. Ademais, sob o princípio da retribuição, o delito de lesão corporal pode ser punido com a amputação de membros²⁹¹. Nas áreas tribais do Paquistão, também se nota a destruição do domicílio como pena aplicável regularmente pelos agentes governamentais encarregados de administrar a

²⁸³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.6. Também: Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.4.

²⁸⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.4.

²⁸⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Iêmen, pag.2.

²⁸⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.6.

²⁸⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.3.

²⁸⁸ A legislação líbia distingue entre o adultério, punível com 100 açoites, e a relação sexual entre pessoas não casadas, para a qual a pena prevista são 5 anos de prisão, conforme a Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.5.

²⁸⁹ A legislação bareinita pune a conduta homossexual com privação de liberdade de até 10 anos. Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.6.

²⁹⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Iêmen, pag.5.

²⁹¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.5.

justiça²⁹². Na Líbia, embora raramente aplicados na prática, castigos como flagelação e amputação estão previstos na legislação penal²⁹³, inclusive a amputação cruzada (mão direita e pé esquerdo) para o crime de assalto em estradas²⁹⁴. A situação é semelhante no Iêmen²⁹⁵. Já as Ilhas Maldivas exibem uma vasta gama de crimes puníveis através de penas corporais, como adultério, rebelião, difamação, roubo e ingestão de álcool. As Maldivas também se caracterizam pelas penas de banimento, aplicável por um período de nove meses a um ano, espancamento com vara e prisão domiciliar para mulheres – todas penas aplicadas a condutas homossexuais²⁹⁶.

O Egito²⁹⁷ e a Jordânia²⁹⁸ mereceram uma crítica do Comitê dos Direitos Humanos devido ao grande número de crimes que aí são punidos com pena de morte. O mesmo diga-se em relação à Indonésia, analisada pela Anistia Internacional²⁹⁹. No Paquistão³⁰⁰ e no Iêmen³⁰¹, nota-se a previsão legal da pena capital para um crime de gravidade desproporcional e tipificação insuficiente, como o é a apostasia. Já a Argélia reduziu recentemente, em seu Código Penal, o número de crimes passíveis de punição capital³⁰². O Marrocos, pelo contrário, aumentou a lista de tais delitos, porém mantendo a prática de comutar muitas das condenações à morte³⁰³.

²⁹² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.7.

²⁹³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.7.

²⁹⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.3.

²⁹⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.7.

²⁹⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre as Ilhas Maldivas, pags.4 e 5.

²⁹⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.6. O Egito respondeu que a execução da pena de morte estava sujeita a numerosas condições e formalidades jurídicas e constitucionais.

²⁹⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.5.

²⁹⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Indonésia, pag.2.

³⁰⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.8.

³⁰¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.2.

³⁰² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Argélia, pag.11.

³⁰³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Marrocos, pag.6.

Assinale-se que a Arábia Saudita e o Irã preveem que diversas punições sejam públicas.

O limite da maioridade penal também foi avaliado criticamente: repete-se aqui a informação sobre o Irã, já apresentada no tópico referente à situação da mulher: segundo dados do Comitê dos Direitos da Criança e da UNICEF, a maioridade penal no país alcança-se aos 14 anos e 7 meses no caso dos homens e aos 8 anos e 9 meses no caso das mulheres. Sendo que os menores acusados de delitos graves podem ser julgados como adultos³⁰⁴. No Paquistão, a maioridade penal começa aos 12 anos³⁰⁵ (até 2006, aos 7, idade que ainda é o limite na Líbia³⁰⁶). A Indonésia fixa o limite em 8 anos³⁰⁷. Já nas Ilhas Maldivas, as punições corporais podem ser aplicadas a quem quer que tenha atingido a puberdade³⁰⁸.

Na Arábia Saudita³⁰⁹, Irã³¹⁰ e na Nigéria islâmica³¹¹, crianças com menos de 18 anos podem ser condenadas a penas corporais e até mesmo à pena capital, conforme relatos do Comitê para os Direitos da Criança. A ONG *Extra-Legal Executions in Iran* contou diversas execuções judiciais de menores de idade, muitas das quais por crimes que não poderiam ser reputados como graves o suficiente para justificá-las³¹². No Iêmen, o relator especial das Nações Unidas para execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias manifestou preocupação com o sentenciamento à morte de crianças³¹³.

Constitui motivo de preocupação para o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial a presença de um número desproporcional de estrangeiros entre os condenados à morte

³⁰⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.9.

³⁰⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.7.

³⁰⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.8.

³⁰⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.8.

³⁰⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre as Ilhas Maldivas, pag.4.

³⁰⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.6.

³¹⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.6. De acordo com dados do Secretário Geral da ONU, entre 1990 e 2006, 107 criminosos menores de 18 anos haviam sido executados no Irã. O governo do Irã contesta tais números.

³¹¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.6.

³¹² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.4.

³¹³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Iêmen, pag.6. Nos dois casos mencionados pelo relator, informação subsequente remetida pelo governo dava conta de que os indivíduos em questão foram soltos.

na Arábia Saudita³¹⁴. Analogamente, no Irã, a pena de morte parece estar voltada a estrangeiros ou a dissidentes políticos, segundo diversos relatores especiais das Nações Unidas, que se preocuparam mais detidamente com o caso de três curdos condenados à morte por “*mohareb*”, delito cujo significado o governo iraniano se absteve de elucidar, quando inquirido³¹⁵. Os Emirados Árabes Unidos, que criminalizam as relações sexuais fora do casamento, aplicam a pena de açoite preferencialmente a trabalhadores migrantes estrangeiros, segundo a Anistia Internacional³¹⁶.

De acordo com dados da Anistia Internacional, a pena de morte foi aplicada no Irã a 346 pessoas em 2008, e a 318 em 2009. A organização acrescenta ainda que mais de 100 pessoas foram executadas após as conturbadas eleições de junho de 2009³¹⁷. Também a Indonésia exibe uma aplicação robusta da pena de morte, segundo o relator especial das Nações Unidas para a tortura, sendo que o segredo no qual costumeiramente as execuções são envoltas contraria os padrões internacionais de direitos humanos³¹⁸.

Outro assunto apontado dentro das penas cruéis e degradantes diz respeito à aplicação, pelo Estado, de penas não previstas na lei escrita: assim, a ONG *Extra-Legal Executions in Iran* afirmou que, no Irã, as autoridades seguem executando pessoas por delitos não tipificados no direito positivo³¹⁹. Já no Egito, alguns relatores especiais da ONU comunicaram ao governo denúncias no sentido de que os guardas fronteiriços egípcios usariam de meios desproporcionais contra os imigrantes ilegais provindos de outros países africanos.

Em relação a punições extrajudiciais com um certo grau de aceitação na sociedade, o Comitê para os Direitos da Criança denunciou a prática saudita de açoitar menores de idade por condutas consideradas imorais³²⁰. Também os Emirados Árabes adotam a postura de julgar menores (embora maiores de 16 anos) como adultos, incluindo a aplicação da pena de flagelação. O mesmo Comitê ressaltou que, não obstante uma expressa proibição legislativa

³¹⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.6.

³¹⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.13.

³¹⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.4.

³¹⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.4.

³¹⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.5.

³¹⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.4.

³²⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.6.

em 1996, o Paquistão ainda vê o açoitamento ser aplicado como punição para os crimes *hudud* (expressamente previstos no Corão, conforme explicado mais adiante³²¹). O panorama é análogo na Nigéria, onde o *Child Rights Act* proíbe a punição corporal de menores em estabelecimentos judiciais, mas, segundo o Comitê para os Direitos da Criança, é largamente ignorado na prática³²². Neste país africano, segundo denúncia da *Commonwealth Human Rights Initiative*, apesar de existirem disposições precisas e restritivas na Constituição acerca do modo de implementação da *Sharia* nos estados que o desejarem, o comum é a formação ilegal de tribunais da *Sharia* que aplicam as punições nela previstas de modo indiscriminado³²³.

Frise-se a existência de alguns países de forte influência islâmica que não adotam penas corporais, como a Indonésia, o Málí³²⁴, o Níger, o Marrocos, a Argélia, a Tunísia e a Turquia.

1.2.4 A prevalência de regimes autoritários

O quarto e último tópico no qual podem ser reunidas muitas das críticas recebidas por países islâmicos é o que tange à relação entre Estado e sociedade. A marca principal aqui é o caráter repressivo da maior parte dos governos analisados, frequentemente acompanhado da utilização de leis de fundo religioso para calar os oponentes.

Acerca da tortura, nota-se uma dificuldade em tipificá-la em leis penais: assim, a Constituição iraniana proíbe a tortura, mas o Código Penal do Irã não a tipifica como crime, e a internalização da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes foi bloqueada pelo Conselho de Guardiães, o órgão político-

³²¹ Ver, a respeito, cap.5, pags. 240 e seguintes deste trabalho, *infra*.

³²² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.6.

³²³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag.2. Segundo dados da Federação Internacional de Direitos Humanos (JS2), quando tais cortes aplicam uma sentença de condenação à morte, esta costuma ser revisada em grau recursal, ou simplesmente não é aplicada. No entanto, há casos de execução clandestina de prisioneiros, no que pode ser uma forma de cumprimento forçado da sentença da corte da *Sharia*.

³²⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Málí, pag.4.

religioso máximo do país, por uma alegada incompatibilidade com princípios islâmicos³²⁵. Também a Indonésia³²⁶ não tipificou o crime de tortura. A Turquia³²⁷ e a Arábia Saudita³²⁸, em contrapartida, arrolam o crime de tortura em suas disposições penais³²⁹, e proíbem expressamente, em seu Código de Processo Penal, esta prática para a obtenção de confissões. A *Human Rights Watch* criticou a definição dada pelo Egito ao crime de tortura em seu Código Penal, considerada excessivamente restritiva³³⁰. Já o Paquistão não exhibe uma definição de tortura em sua Constituição³³¹. Segundo a Anistia Internacional, a Líbia não dispõe de uma definição de tortura em linha com a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, tampouco exhibe uma proibição absoluta desta prática em sua legislação³³². A Jordânia³³³ e a Argélia³³⁴ adotaram recentemente uma definição de tortura em consonância com as disposições da Convenção Contra a Tortura, mas seguem recebendo críticas pela pouca efetividade que tais normas encontram em seus territórios³³⁵. Já o Bahrein ainda não possui uma definição legal de tortura que seja abrangente de acordo com os princípios da citada convenção, apesar de vigorar uma proibição geral contra a prática no país, além da previsão da inadmissibilidade de toda prova obtida por tal meio³³⁶.

³²⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.7.

³²⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.5.

³²⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.4, e Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.4. A definição turca para tortura e maus tratos é mais ampla do que a definição prevista na Convenção Contra a Tortura – porém critica-se o baixo nível de implementação da lei e a generalização da impunidade correspondente.

³²⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.3.

³²⁹ No entanto, a *Human Rights Watch* denuncia que a Arábia Saudita ainda não possui um Código Penal, deixando tanto visitantes estrangeiros como os próprios nacionais sem meios de conhecer com certeza o que constitui um crime. Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.6.

³³⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.4.

³³¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.6.

³³² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.3.

³³³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.10.

³³⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Argélia, pag.5.

³³⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.6.

³³⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Bahrein, pag.3.

No Irã³³⁷, no Egito³³⁸, na Indonésia³³⁹, na Líbia³⁴⁰, na Jordânia³⁴¹, nos Emirados Árabes Unidos³⁴², na Argélia³⁴³ e na Arábia Saudita³⁴⁴, a tortura é regularmente utilizada para punir arbitrariamente pessoas que se encontram sob custódia policial e para extrair confissões. Neste último país, segundo a Anistia Internacional, o Judiciário confere grande peso à confissão do acusado, o que pode representar um estímulo para que agentes de segurança tentem obtê-la de qualquer modo³⁴⁵, enquanto que, na Argélia, faltam disposições processuais que invalidem expressamente a confissão obtida pelo emprego de métodos de tortura. No Egito³⁴⁶ e no Paquistão³⁴⁷, parece que a prática da tortura nas dependências dos órgãos de aplicação da lei é constante e sistemática, segundo observações do Comitê Contra a Tortura e do Comitê de Direitos Humanos. Na Indonésia, as forças de segurança e formações paramilitares controladas pelo governo são apontadas como responsáveis pela prática por diversos relatores da ONU, em especial nas áreas do país em que há conflitos armados³⁴⁸.

Casos especiais foram trazidos aos relatórios: assim, fala-se de dez homens condenados à morte na região iraniana do Juzistão, após a realização de um julgamento secreto com a utilização de tortura³⁴⁹, de 173 membros iranianos da ordem sufita Nematollah,

³³⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.7.

³³⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.5.

³³⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Indonésia, pag.3.

³⁴⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.4; Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.6. Note-se ainda que é uma prática do governo fazer com que eventuais vítimas de torturas em dependências oficiais assinem declarações isentando os agentes estatais de qualquer culpa ou responsabilidade.

³⁴¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.6.

³⁴² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.3.

³⁴³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Argélia, pag.5.

³⁴⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.6.

³⁴⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.4.

³⁴⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.6.

³⁴⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.5 e 6.

³⁴⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.5.

³⁴⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.9.

detidos, torturados e obrigados a assinar confissões falsas, de vários membros da religião Baha'i detidos e torturados em dependências do governo do Irã³⁵⁰, de 242 casos de tortura por agentes governamentais ou formações paramilitares pró-governo em nove anos na região conflituosa de Pádua Ocidental, na Indonésia³⁵¹, além do caso de 430 eritreus que entraram ilegalmente na Líbia com suas mulheres e crianças, fugindo da convocação para serviço militar em sua pátria, e foram detidos e torturados, estando na iminência da deportação para a Eritreia, onde o risco de serem submetidos a novas violências por parte daquele governo seria considerável³⁵².

Também a falta de transparência nos sistemas carcerários é um problema: diversos relatores especiais das Nações Unidas expressaram preocupação com a frequência de mortes e suicídios suspeitos entre os detentos iranianos, bem como com as condições³⁵³ em que ficavam reclusos – não raro, de incomunicabilidade³⁵⁴. A este respeito, o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária assinalou que, no Irã, a incomunicabilidade do preso parece ser um fim em si, e não uma condição temporária³⁵⁵. O Comitê Contra a Tortura também recebeu algumas comunicações sobre detenção pré-julgamento por prazo excessivo (até por diversos anos³⁵⁶) e em condições de incomunicabilidade na Arábia Saudita, lembrando também que, neste país, a possibilidade de avaliação judicial durante a prisão prévia ao julgamento é limitada³⁵⁷. O mesmo pode ser dito dos Emirados Árabes Unidos³⁵⁸ e da Argélia, país no qual parecem existir numerosos centros de detenção secretos³⁵⁹, segundo o

³⁵⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.10.

³⁵¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Indonésia, pag.3.

³⁵² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.11.

³⁵³ A situação chegou a tal ponto no Irã por ocasião das controversas eleições presidenciais de 2009 que até mesmo o governo reconheceu a prática da tortura pelas forças de segurança, e o próprio líder do país, aiatolá Ali Kamenei, ordenou o fechamento de um centro de detenção notório pelos maus tratos infligidos aos prisioneiros. Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.4.

³⁵⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.7.

³⁵⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.8.

³⁵⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.5.

³⁵⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.6.

³⁵⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.4.

³⁵⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Argélia, pags.5 e 6.

Comitê de Direitos Humanos. Já a Indonésia foi criticada por manter disposições punitivas desproporcionais em seu sistema penitenciário, como o confinamento prolongado em celas pequenas, escuras e sujas³⁶⁰. Enquanto que, no Paquistão, numerosas detenções arbitrárias possuem como alvos políticos opositores, juízes independentes, advogados, jornalistas e demais críticos do regime governamental³⁶¹. Tais detenções levam a outras violações de direitos humanos, como incomunicabilidade, tortura e a extração de confissões forçadas. Também a Turquia foi criticada pelo Comitê contra a Tortura pela prática generalizada de tratamentos degradantes nos estabelecimentos prisionais³⁶². A situação na Líbia é particularmente crítica quanto a estrangeiros, em especial imigrantes ilegais, os quais se mostram vulneráveis e passam, por vezes, diversos anos em detenção sem acesso a uma instância judicial³⁶³.

A mesma falta de transparência se faz presente por vezes em relação à aplicação da pena de morte: segundo o relator especial das Nações Unidas sobre a questão da tortura, esta é executada numa atmosfera de segredo que ameaça os direitos processuais básicos do réu. Segundo dados do mesmo relator, isto ocorre na Indonésia³⁶⁴.

Segundo a ONG de direitos humanos Alkarama, é frequente que, nas prisões sauditas, os detentos que solicitem o auxílio de advogados ou que intentem questionar seu confinamento sofram retaliações na forma de tortura³⁶⁵.

Em relação a todos estes pontos, a impunidade dos agentes governamentais parece ser a regra, como foi constatado em relação à Turquia, à Argélia, à Jordânia³⁶⁶ e ao Bahrein³⁶⁷.

Outro ponto de rusga entre os governos de países islâmicos e a democracia é a atribuição de caráter de crime e a cominação de penas severas para condutas pelas quais os

³⁶⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.6.

³⁶¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.7. Parece ser prática dos serviços de segurança (ISI) o sequestro e tortura de jornalistas.

³⁶² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.7. O Comitê também se mostrou preocupado com a aparente impunidade gozada por agentes estatais acusados de tais condutas.

³⁶³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.3.

³⁶⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.5.

³⁶⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.4.

³⁶⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.7.

³⁶⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Bahrein, pag.8.

cidadãos manifestam alguma discordância do governo. Assim, foram muitos os titulares de mandatos especiais das Nações Unidas que enviaram comunicações sobre presos iranianos por delitos como “ameaçar a segurança nacional”, “atuar para perturbar a segurança interna do Estado estabelecendo vínculos com grupos de oposição hostis e países estrangeiros” ou publicar mentiras. As punições para tais crimes variavam entre vários anos de privação de liberdade, penas pecuniárias, castigos físicos ou a pena capital³⁶⁸. No Egito, o Representante Especial do Secretário Geral das Nações Unidas para a situação dos defensores de direitos humanos noticiou a prisão de dois ativistas pelos direitos dos habitantes do Sinai e da minoria xiita no país, acusados de “publicar informação falsa com o objetivo de agitar a opinião pública” sobre o emprego da tortura nas prisões egípcias³⁶⁹. Na Turquia, é relativamente frequente o uso da rubrica “medidas de contraterrorismo” para legitimar medidas governamentais como detenções arbitrárias³⁷⁰ e tortura³⁷¹. Nos Emirados Árabes Unidos, os ataques terroristas de setembro de 2001 aos EUA motivaram uma violenta onda de repressão, com centenas de detenções arbitrárias seguidas pelo confinamento em locais desconhecidos com aplicação de maus tratos e torturas físicas e psicológicas, incluindo a administração forçada de substâncias³⁷². Da mesma forma, na Argélia, o governo combate grupos islamistas utilizando métodos exagerados, como uma rede de centros de detenção e tortura clandestinos a cargo da agência de segurança nacional (DRS), conforme noticia a Anistia Internacional³⁷³.

Tais definições de crimes costumam estar dirigidas a ativistas políticos ou, especialmente, jornalistas. Estes são, em regra, coagidos a apoiar o governo local. Na Jordânia, todos os jornalistas devem estar registrados na associação jornalística nacional, controlada pelo Estado. Assim, o Irã atacou violentamente seus profissionais de mídia após as eleições fraudulentas de 2009, baseando-se em interpretações amplas das leis de segurança nacional, segundo denunciou a ONG *Article XIX – International Centre Against*

³⁶⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.8.

³⁶⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pags.8 e 9.

³⁷⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.7.

³⁷¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.2.

³⁷² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.3.

³⁷³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Argélia, pags.4 e 5.

*Censorship*³⁷⁴. O governo iraniano também costuma dificultar os deslocamentos de jornalistas dentro de seu país, afirmou a mesma ONG³⁷⁵. A *Article XIX* ainda notou que, entre 2003 e 2007, 41 processos por difamação foram movidos na Indonésia contra a mídia local, sendo que o Código Penal do país permite penas de prisão por tais crimes, e a Lei da Imprensa, mais liberal, só foi aplicada em seis destes casos³⁷⁶. De acordo com o relator especial das Nações Unidas para a liberdade de opinião e expressão, a Argélia também se vale de uma interpretação ampla do significado de “difamação” (punível com pena de prisão) para calar jornalistas críticos³⁷⁷, numa política que, só no ano de 2005, motivou 114 casos judiciais contra jornalistas, com mais de 100 condenações destes profissionais, segundo a Federação Internacional de Direitos Humanos³⁷⁸. Segundo a organização Repórteres sem Fronteiras, a Arábia Saudita está entre os países mais duros em relação à liberdade de imprensa, inclusive utilizando elementos religiosos para impor o silêncio a eventuais jornalistas não adesistas. Tanto a religião islâmica (na concepção seguida pelo governo) quanto a família real e outros governos amigos não podem ser criticados pela mídia saudita³⁷⁹. Aproximadamente o mesmo efeito é obtido no Egito através de interpretações amplas de disposições penais contra a difamação³⁸⁰. No Paquistão, uma interpretação demasiado ampla do conceito de “terrorismo” e de medidas antiterrorismo conduz a restrições importantes no trabalho de jornalistas, que podem sofrer detenções – inclusive sem processo – caso noticiem sequestros “oficiais” ou operações policiais violentas. O mesmo ocorre na Jordânia, porém com o atenuante de serem seguidas, em regra, disposições previstas na legislação do país ao invés de medidas clandestinas³⁸¹. Ademais, segundo a Federação Internacional dos Direitos Humanos, vigora

³⁷⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.6.

³⁷⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.7.

³⁷⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Indonésia, pag.8.

³⁷⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Argélia, pag.9.

³⁷⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Argélia, pag.8.

³⁷⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.8.

³⁸⁰ Segundo a Anistia Internacional, um projeto de lei discutido levaria à criminalização de jornalistas que tenham ferido a “paz social”, a “unidade nacional”, a “ordem pública” ou os “valores públicos”, atribuindo a tais “delitos” penas de até três anos de confinamento. Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.6.

³⁸¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Jordânia, pag.9.

no Paquistão uma proibição geral de acesso dos jornalistas às áreas tribais³⁸². As cortes da Turquia representam um fator importante na persecução penal e intimidação dos jornalistas críticos ao governo³⁸³. Segundo Repórteres sem Fronteiras, vigora no país uma prática de fechar temporariamente jornais que estejam noticiando temas sensíveis, aliada à falta de acesso a órgãos oficiais, com frequência impermeáveis a investigações³⁸⁴. Em resposta a protestos ocorridos no país em 2010³⁸⁵, o governo da Líbia criou um órgão para monitorar jornalistas que investiguem casos de corrupção contra o Estado³⁸⁶. Note-se que, neste país, a liberdade de imprensa somente é garantida enquanto se enquadrar nos “princípios, valores e objetivos da sociedade”³⁸⁷. A Turquia volta à baila por exibir um catálogo colorido de delitos nos quais jornalistas podem incorrer devido a artigos ou opiniões que contrariem a ideologia oficial: assim, são puníveis atos de “humilhação do Poder Judiciário”, “denegrir o sentimento turco”, “insulto às forças armadas”, “voltar as pessoas contra o serviço militar” ou “violação de segredo”³⁸⁸, enquanto que o Bahrein criminaliza condutas como “encorajar o ódio ao Estado”, “divulgar falsidades e rumores”³⁸⁹ ou “ameaçar a unidade nacional”³⁹⁰. Na Jordânia, o tema proibido engloba tudo o que for prejudicial às relações diplomáticas do país, além de conteúdo desrespeitoso à família real³⁹¹. Jornalistas que escrevam sobre temas proibidos são adicionados a “listas negras” nos Emirados Árabes, sendo por conseguinte proibidos de escrever ou dar entrevistas, uma vez que a imprensa do país é controlada pelo governo, que chega a nomear os editores de jornais e programas³⁹².

³⁸² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Paquistão, pag.8. Sobre a manipulação do conceito de terrorismo, ver a mesma Compilação, pag.10.

³⁸³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.7.

³⁸⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.8.

³⁸⁵ Não devem ser confundidos com os protestos que levaram à guerra civil que assola o país desde o início de 2011.

³⁸⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.6.

³⁸⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.5.

³⁸⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.9.

³⁸⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Bahrein, pag.9.

³⁹⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.6.

³⁹¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Jordânia, pag.6.

³⁹² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pags.6 e 7.

Já os ativistas de direitos humanos costumam ser alvo do governo na Arábia Saudita, segundo informes do Representante Especial do Secretário Geral das Nações Unidas para os defensores dos direitos humanos: estes podem ser detidos, presos e importunados por agentes governamentais³⁹³. O mesmo perigo, incluindo a tortura, parecem correr no Egito, segundo dados enviados por seis diferentes relatores especiais das Nações Unidas³⁹⁴. Já na Indonésia, sua situação não parece muito melhor, em especial nas conturbadas zonas de Aceh e da Pápua Ocidental, nas quais eventuais ativistas que chamem a atenção para desmandos do governo são perseguidos, com inclusive alguns casos de desaparecimentos forçados tendo sido relatados³⁹⁵. Alguns relatores das Nações Unidas também chamaram a atenção para o caso de três membros de uma ONG baseada nos Emirados Árabes Unidos, além de advogados e juristas, que foram detidos ilegalmente pelo governo deste país³⁹⁶.

Segundo o relator especial para a questão da tortura, o Paquistão se caracteriza por dirigir os ataques do governo aos advogados, em especial desde a instauração do estado de emergência em novembro de 2007³⁹⁷.

Também as comunicações feitas por meio da internet não passam incólumes: o governo da Arábia Saudita costuma deter pessoas que se manifestem de modo crítico através da rede virtual³⁹⁸, além de controlar todo o tráfego de dados no país, bloqueando por exemplo páginas relativas à saúde feminina³⁹⁹. Na Líbia, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais notou que o acesso à internet sofre restrições por parte do Estado⁴⁰⁰, sendo que o popular *website* de compartilhamento de vídeos *YouTube* ficou inacessível durante parte do ano de 2010, devido a seu uso por cidadãos que denunciavam a violenta resposta

³⁹³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Arábia Saudita, pag.8.

³⁹⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.8.

³⁹⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Indonésia, pag.6. Até o momento da elaboração do relatório, nenhum agente governamental fora condenado pela prática da tortura contra opositores.

³⁹⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre os Emirados Árabes Unidos, pags. 6 e 7.

³⁹⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pag.7.

³⁹⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.5.

³⁹⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Arábia Saudita, pag.8.

⁴⁰⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.9.

governamental a protestos ocorridos na cidade de Benghazi⁴⁰¹. Os Emirados Árabes Unidos costumam proibir o acesso a páginas da internet consideradas ofensivas à religião.

De modo geral, a liberdade de expressão é ameaçada em diversos dos países analisados: o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se preocupa com a intervenção do governo egípcio em todos os meios de comunicação social, incluindo a detenção de autores de *blogs* anti-governamentais⁴⁰². Na Líbia, o estabelecimento de grupos aderentes a ideologias contrárias à visão oficial do governo pode ser punido com a morte⁴⁰³, segundo o Comitê dos Direitos Humanos, sendo que a mesma pena também vale para a simples defesa de teorias ou princípios que sejam considerados contrários à Constituição e “às estruturas fundamentais do sistema social”, segundo reporta a Anistia Internacional a partir de disposições do Código Penal da Líbia⁴⁰⁴.

Diversas organizações também se queixam da falta de liberdade de associação, organização e manifestação pacífica no Egito⁴⁰⁵. No Bahrein, qualquer reunião, ainda que realizada em privado e envolvendo pequeno número de pessoas, deve ser comunicada ao governo, segundo a Anistia Internacional⁴⁰⁶.

Em relação ao devido processo legal, o Comitê de Direitos Humanos criticou a manutenção, no Irã, de tribunais revolucionários e religiosos, que atuam à margem do regime de garantias mínimas previstos para julgamentos⁴⁰⁷. O Tribunal Revolucionário do Irã atuou na repressão aos protestos do meio do ano de 2009, sentenciando diversos políticos da oposição no que diversas organizações chamaram de um juízo injusto e destinado a intimidar adversários do governo^{408 409}.

⁴⁰¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.6.

⁴⁰² Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Egito, pag.9.

⁴⁰³ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.9.

⁴⁰⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Líbia, pag.2.

⁴⁰⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.7.

⁴⁰⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.8.

⁴⁰⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Irã, pag.9.

⁴⁰⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.6.

⁴⁰⁹ Em contrapartida, a Turquia foi elogiada pela representante especial do Secretário Geral para defensores de direitos humanos por sua abolição das cortes de segurança do Estado, utilizadas amiúde para perseguir e intimidar os ativistas pelos direitos humanos. Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Turquia, pag.12.

O acesso à justiça também não passa impune: na Argélia, uma lei do ano de 2006 impede a apreciação judicial de qualquer reclamação contra as forças de segurança, ameaçando quem levantar qualquer suspeita relacionada ao tema com persecução penal⁴¹⁰.

Também minorias étnicas que pedem mais autonomia são alvos da repressão governamental: é o que ocorre com os turco-azeris no Irã⁴¹¹, com os beduínos e núbios no Egito⁴¹², com os curdos e armênios na Turquia⁴¹³ e com os berberes na Líbia. Este último país adota uma postura radical quanto à etnia de seus habitantes: reconhece-se como exclusivamente árabe, proibindo qualquer manifestação em outra língua que não o árabe e até mesmo o registro de recém-nascidos com nomes não árabes⁴¹⁴.

Por fim, em relação às características gerais dos regimes, foram apontados severos problemas de falta de progresso democrático no Egito, sob as alegações governamentais da luta contra o terrorismo. Também a transparência das eleições parlamentares neste país e as exigências para a formação de partidos políticos foram criticadas⁴¹⁵. Já o órgão político dos Emirados Árabes Unidos, o Conselho Federal Nacional, é eleito por não mais que 1% da população. Não há partidos políticos no país, e todas as esferas de governo, inclusive o Poder Judiciário, estão subordinadas ao Executivo e aos órgãos de segurança e inteligência⁴¹⁶. No Bahrein, as eleições municipais e parlamentares de 2002 (as primeiras desde 1975) foram em grande parte dirigidas pelo próprio governo. De acordo com a *Islamic Human Rights Commission*, os limites dos distritos eleitorais foram traçados de modo a favorecer a minoria sunita, diminuindo a importância do voto da maioria xiita⁴¹⁷.

⁴¹⁰ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Argélia, pag.6.

⁴¹¹ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Irã, pag.12.

⁴¹² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.9.

⁴¹³ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.7. Em relação aos armênios, a polêmica reside mais no reconhecimento e reparação por injustiças históricas que tal povo sofreu nas mãos do governo turco na primeira metade do século XX, enquanto que, em relação aos curdos, há uma disputa, por vezes sangrenta, em relação ao grau de autonomia que desejam.

⁴¹⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Líbia, pag.10.

⁴¹⁵ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Egito, pag.7.

⁴¹⁶ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre os Emirados Árabes Unidos, pag.2.

⁴¹⁷ Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre o Bahrein, pag.9.

Adicionalmente, nota-se, segundo os dados fornecidos pela agência norte-americana de inteligência CIA⁴¹⁸, que o Bahrein, os Emirados Árabes Unidos, o Irã, a Arábia Saudita, a Líbia e a Jordânia não possuem governos democráticos, enquanto que a Tunísia, o Marrocos, a Argélia, o Paquistão e o Iêmen exibem regimes que variam entre restritivos à participação popular e apenas nominalmente democráticos.

1.2.5 Conclusão sobre os Estados muçulmanos no Exame Universal Periódico

De todos os dados reunidos acima, podemos concluir que os países islâmicos apresentam uma conturbada relação com os direitos humanos em quatro grandes áreas: o *status* da mulher, o tratamento do não muçulmano, os tipos de penas e a arbitrariedade dos governos.

No entanto, como o repasso acima deixou claro, deve ser salientado que o último tema somente tangencia a temática religiosa. Por vezes, governantes se impõem e omitem princípios básicos do Estado de Direito com justificativas religiosas, como é o caso da família real saudita, dos clérigos iranianos e dos “revolucionários” líbios. Isto será estudado em mais detalhes no próximo capítulo. Os demais temas, por seu turno, parecem situar-se na fímbria entre preceitos religiosos e a disposição autoritária do Estado. No próximo capítulo, analisar-se-ão as respostas dadas pelos representantes dos países aqui listados às críticas sofridas. Também se procurará extrair algumas conclusões gerais sobre o modo como o Conselho de Direitos Humanos trabalha.

⁴¹⁸ Conforme análise dos dados disponíveis em <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>, acesso em 07.05.2011.

2 ANÁLISE DO TRABALHO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS

Neste capítulo procederemos em primeiro lugar a uma rápida análise sobre os debates no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas entre os países islâmicos que foram objeto de estudo no apartado anterior e os demais membros da ONU. A seguir, intentaremos listar algumas características que parecem dominar a atuação de tal órgão. Esta tarefa será empreendida tanto a partir das discussões travadas no âmbito do Exame Universal Periódico quanto sobre as resoluções gerais adotadas pelo órgão até o momento.

2.1 As respostas dos Estados muçulmanos

Frente às observações e cobranças que lhes são feitas no Conselho de Direitos Humanos, os países islâmicos adotam, por meio das delegações que enviam ao órgão, basicamente três tipos de resposta: negações ou relativizações das acusações; defesa das ações criticadas com base na cultura e religião próprias⁴¹⁹; e a utilização da vasta rede de países aliados para diluir e enfraquecer as críticas.

O primeiro modo de resposta não merece um exame muito aprofundado: trata-se de simplesmente negar os fatos como narrados pelas agências da ONU ou serviços internacionais de notícias. Um bom exemplo é fornecido pela representante do governo paquistanês quando, ao ser confrontada com dados indicando maus tratos a minorias étnicas e religiosas em seu país⁴²⁰, afirmou que tal discriminação não ocorria⁴²¹. Também a Líbia defendeu-se das recorrentes acusações de prática de tortura⁴²² em seu sistema penal afirmando que a tortura

⁴¹⁹ Lembrando que “*la renuncia a la universalidad en el terreno de los principios opera siempre en detrimento de los más débiles, de los peor situados que son los que más necesitan la protección y la legitimación para reivindicar la igualdad que proporciona la idea de derechos universales*”. FERNÁNDEZ, Encarnación: *Conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural. El reto de la globalización “posible”*. In: CIANCIARDO, Juan (org.): *Multiculturalismo y univesalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

⁴²⁰ Ver por exemplo cap.2, pag.69, *supra*.

⁴²¹ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal do Paquistão, pag.10. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/141/27/PDF/G0814127.pdf?OpenElement>, acesso em 09.05.2011.

⁴²² Ver por exemplo cap.2, pags.80-81, *supra*.

era proibida por lei e que pessoas prejudicadas poderiam recorrer ao ministério público⁴²³. Outra tática utilizada é relativizar as cobranças apontando para melhorias já efetuadas ou através de promessas vagas.

Já sobre religião e costumes, nota-se uma surpreendente abstenção da maioria dos Estados em mencioná-los como escusas para a violação dos direitos humanos⁴²⁴. Há, no entanto, algumas exceções: o Paquistão defendeu a continuidade da criminalização das relações sexuais fora do casamento ao argumento de que não existe na prática internacional um direito humano a dormir com outra pessoa. A Arábia Saudita deu a entender que continuará a proibir o estabelecimento de locais de culto de religiões minoritárias, uma vez que se trata de um território “*honoured by God as the cradle of Islam, the site of the Two Holy Mosques, the final resting place of the last of God’s messengers, and the qibla to which one and a half billion Muslims turn in prayer.*”⁴²⁵ (Grifo no original.)

Já a Jordânia indicou, embora de modo não explícito, que não modificará as disposições de seu direito civil, especialmente sobre casamento e sucessões, devido à obediência à *Sharia*. O teor exato da declaração é:

*Jordanian society is based on the teaching of Islam, which organises civil matters in accordance with the Sharia norms which regulate marriage and inheritance. The provisions of the Sharia are suitable to protect the rights of women and to promote their status. These norms are accepted by the people themselves and adhered to voluntarily.*⁴²⁶

O Bahrein também indicou, de modo relativamente sóbrio, que: “*Family laws are based on Sharia; such laws are regulated in most Arab and Islamic countries in the same manner.*”

⁴²³ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal da Líbia, pag.5. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/100/97/PDF/G1110097.pdf?OpenElement>, acesso em 09.05.2011.

⁴²⁴ Tal estratégia parece ser fruto do reconhecimento da impossibilidade, nas relações internacionais atuais, de basear um discurso na negação pura e simples dos direitos humanos. Esta tendência de acomodação dos países islâmicos mais radicais já fora notada há mais de uma década por Antonio Augusto Cançado Trindade, ao participar da 2ª Convenção Mundial de Direitos Humanos, em junho de 1993 em Viena. Relatando sua experiência, diz que “não há que passar despercebido que as Delegações de alguns dos próprios países islâmicos fundamentalistas (como a Arábia Saudita, o Irã, o Kuwait, a Líbia) [...] se esforçaram por evitar que transparecesse uma impressão de que estariam contrapondo particularidades histórico-culturais à universalidade dos direitos humanos. [...] Seu professado universalismo, no entanto, não deixou de ser, de certo modo, matizado ou relativizado: encontra-se marcado, como também em outros credos, pela dicotomia entre crentes e infiéis.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.I, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pags. 282-285.

⁴²⁵ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal da Arábia Saudita, pag.5.

⁴²⁶ Confronte-se tal declaração com as denúncias da prática de poligamia, casamentos de conveniência e violência doméstica constantes do capítulo 2, na pág. 58, *supra*.

No entanto, não se notaram muitas outras referências à religião islâmica, a não ser para elogiar a alegada consonância dos princípios gerais que regem os muçulmanos com os direitos humanos: “*Bahrain emphasized that Islamic Sharia ensures the dignity of women.*”

Em resposta, os representantes bareinitas ouviram do Marrocos: “*Morocco indicated the great strides in the areas of democracy, state of the law and guaranteeing all human rights and fundamental freedoms, while respecting Islamic law, as stated in the Vienna Declaration.*”⁴²⁷ (Grifo acrescentado.)

Mas o sistema que goza de maior popularidade entre os países islâmicos no Conselho é mesmo a defesa coletiva, pela qual um sem número de Estados comparece à revisão de todo país muçulmano e se revezam em recomendações genéricas e elogios, tolhendo a força das cobranças que são feitas – inevitavelmente só pelos países ocidentais. Abaixo, colacionam-se alguns exemplos, tentando-se manter o caráter sintético destas páginas. Para efeitos de comparação, selecionaram-se os países identificados (pelo volume de críticas) como os mais problemáticos, e alistaram-se críticas ao lado de elogios:

Em relação ao Irã,

France expressed concern at the fact that the human rights situation had deteriorated over the previous eight months and at the repression of people peacefully exercising their rights. It noted that dozens had been killed and thousands imprisoned since the elections, also noting reports of torture and rape. Concern was expressed at the increase in the number of executions.

Enquanto que, sobre o mesmo país,

Pakistan noted Iran’s constitutional provisions and laws guaranteeing human rights and the elaborate judicial system, the High Council on Human Rights and the proposed national human rights institution, as well as the high standards set in the area of economic, social and cultural rights, particularly health care, social security, high literacy rates and the rights of disabled persons. It encouraged Iran to take all steps necessary, in accordance with the laws of the land and international obligations, to ensure the protection of its citizens’ rights.

The Libyan Arab Jamahiriya highlighted Iran’s legislation on human rights and the principles governing the judiciary, in particular independence, impartiality, the rule of law and public trials. It also noted the creation of the Supreme Council on Human Rights, expanded in 2007, and its position in the governmental hierarchy, as well as the establishment of the council on women and the family.

Algeria acknowledged that Iran was an emerging democracy facing challenges in its transition. Noting the establishment of several human rights institutions, it asked about the coordination of their actions. It noted the increased number of human rights nongovernmental organizations and their role, and encouraged Iran to continue to promote their participation in human rights forums. It commended Iran for initiatives supporting

⁴²⁷ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal do Bahrein, pag.10. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/136/07/PDF/G0813607.pdf?OpenElement>, acesso em 09.05.2011.

*cultural diversity and for having been a long-standing and generous host to a substantial refugee population.*⁴²⁸

Já em relação à Arábia Saudita, encontram-se algumas manifestações críticas, como a italiana:

Italy noted the broad scope of crimes punishable by the death penalty, the increased number of executions, and that important restrictions still exist for religious minorities. It recommended that Saudi Arabia: (a) consider, as a first step, amending domestic legislation on the death penalty in order to restrict its scope and adjust it to the international minimum standards on the death penalty and consider establishing a moratorium on the use of the death penalty with a view to its abolition; (b) consider the withdrawal of the general reservation made upon ratification of CEDAW, whereby, in the event of a conflict between the provisions of Islamic law and those of the Convention, the former shall prevail; (c) reform its legislation on religious freedom in order to ensure adequate protection for all religious minorities, with a view to gradually allowing public practice of other faiths and beliefs.

Mas a maioria corre no seguinte sentido:

Yemen commended efforts to ensure adequate housing through the establishment of a housing development fund offering interest-free loans. Yemen recommended that Saudi Arabia share its good practices regarding provision of decent housing for vulnerable groups, so that others can benefit from such a positive experience.

*Pakistan noted that Saudi Arabia has helped developing countries to secure decent living standards through innumerable development projects. The initiative by the King of Saudi Arabia to promote dialogue between followers of differing religions and civilizations is another example of Saudi commitment to promoting international peace and security and a spirit of tolerance among all people.*⁴²⁹

Com o objetivo de fornecer um quadro mais acurado da proporção entre elogios e críticas no Conselho, bem como demonstrar a latente oposição observada entre países ocidentais e orientais, desenvolvidos e em desenvolvimento, foram elaboradas algumas tabelas no âmbito deste trabalho, contendo uma classificação das manifestações dos participantes dos Exames Universais Periódicos de alguns Estados muçulmanos⁴³⁰.

2.2 Características gerais da atividade do Conselho de Direitos Humanos

Estudaremos agora as características gerais percebidas no trabalho do Conselho:

⁴²⁸ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal do Irã. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/136/07/PDF/G0813607.pdf?OpenElement>, acesso em 09.05.2011.

⁴²⁹ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal da Arábia Saudita, pag.10. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/136/07/PDF/G0813607.pdf?OpenElement>, acesso em 09.05.2011.

⁴³⁰ Ver o anexo a este trabalho, às pags. 345 e seguintes, *infra*.

2.2.1 Estatismo

Em primeiro lugar, nota-se no Conselho de Direitos Humanos uma tendência ao que se pode chamar de estatismo. Isto significa a supervalorização do papel do Estado na proteção dos direitos humanos. Segundo muitos comentários e resoluções adotados no âmbito do Conselho, a proteção eficaz dos direitos humanos depende de um forte engajamento do governo em sua defesa.

Assim, os direitos humanos são vistos como objeto de políticas públicas a serem promovidas pelos governos. Isso leva a duas consequências, conforme será explicitado com alguns exemplos: em primeiro lugar, pensa-se que, sem a participação do Estado, não é possível atingir a “realização dos direitos humanos”. Estes são vistos, portanto, como um ideal político a ser alcançado pela ação estatal. Em segundo lugar, parece que, sem a atuação positiva dos agentes governamentais, os direitos humanos não serão promovidos, e a população não os levará em conta.

Um bom exemplo da visão estatista dos direitos humanos no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas é dado por sua Resolução 14/4, “sobre os efeitos da dívida externa e de outras obrigações internacionais dos Estados no gozo dos direitos humanos, em especial em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais”. Abaixo, seguem transcritos trechos de seu preâmbulo e de cláusulas operativas:

Acknowledging that there is greater acceptance that the increasing debt burden faced by the most indebted developing countries, in particular the least developed countries, is unsustainable and constitutes one of the principal obstacles to achieving progress in peoplecentred sustainable development and poverty eradication and that, for many developing countries and countries with economies in transition, excessive debt servicing has severely constrained their capacity to promote social development and to provide basic services to realize economic, social and cultural rights,

Affirming that debt burden further complicates the numerous problems facing developing countries, contributes to extreme poverty and is an obstacle to sustainable human development, and is thus a serious impediment to the realization of all human rights,

(...)

10. Regrets the absence of mechanisms to find appropriate solutions to the unsustainable foreign debt burden of middle- and low-income heavily indebted countries, and that, to date, little headway has been made in redressing the unfairness of the current system of debt resolution, which continues to place the interests of the lenders above those of indebted countries and the poor in those countries, and therefore calls for an intensification of efforts to devise effective and equitable mechanisms to cancel or reduce substantially the foreign debt burden of all developing countries, in particular those severely affected by the devastation of natural disasters, such as tsunamis and hurricanes, and by armed conflicts;

(...)

14. Recognizes that debt relief can play a key role in liberating resources that should be directed towards activities consistent with attaining sustainable growth and development, including poverty reduction and the achievement of the development goals, including those set out in the United Nations Millennium Declaration, and therefore that debt relief measures, where appropriate, should be pursued vigorously and expeditiously, ensuring that they do not replace alternative sources of financing and that they are accompanied by an increase in official development assistance. (grifos no original)

Ou seja, o que se busca com tais disposições é o alívio no débito externo de países em desenvolvimento. A retórica utilizada para tal corre no sentido de que, sem os recursos materiais que se destinam a pagar os financiamentos que contraíram, os Estados mais pobres não terão como promover os direitos humanos de seus cidadãos. Portanto, a resolução pede não só para que as dívidas externas de países subdesenvolvidos sejam perdoadas, mas também para que a ajuda material aos mesmos seja robustecida.

A característica do estatismo dos direitos humanos fica patente na segunda das cláusulas preambulares transcritas: o “*debt burden*” aparece como impedimento ao “*realization of all human rights*”. Ora, para que se chegue a tal conclusão, a premissa forçosamente há de ser que os direitos humanos só existirão na prática se o Estado os promover ativamente. No capítulo 4, estudaremos com mais vagar o conceito dos direitos humanos e sua fundamentação teórica. Entretanto, já deve estar claro, pelo mero uso do termo “humanos”, que tais direitos se prendem a um título genérico e específico possuído pelos seres humanos. Na resolução e em todo o instrumental que norteia o trabalho do Conselho, não se fala em “direitos dos cidadãos” – termo que, aí sim, dependeria de uma relação entre governante e governado como vista nos Estados modernos. Mas a expressão utilizada é “direitos humanos” – os quais, portanto, surgirão em vista dos indivíduos, independentemente da presença ou não do Estado.

Ora, não se discute que o Estado possui um papel fundamental na promoção dos direitos humanos e na imposição de sua observância por todos. Mas deve ser ressaltado que tal atribuição é complementar, e não constitutiva dos direitos humanos dos indivíduos. Para mais, uma ênfase demasiado centrada nas possibilidades e recursos dos governos para a promoção dos direitos humanos acaba por justificar as numerosas violações de direitos humanos cometidas em alguns – de forma alguma todos – países subdesenvolvidos, exatamente por seus respectivos governos. A eventual falta de recursos pode justificar a pouca presença estatal em algum setor importante para a promoção do bem comum – no entanto, pode acabar sendo invocada para legitimar violações graves aos direitos humanos cometidos por agentes estatais, o que seria um uso espúrio da condição de vulnerabilidade econômica do país.

A resolução, ao manter que os problemas econômicos necessariamente acarretam em violações aos direitos humanos, acaba por, inadvertidamente⁴³¹, abrir a governos violadores a via da justificação pela pobreza.

Exatamente a mesma retórica consta da Resolução 15/3 “sobre direitos humanos e solidariedade internacional”, da qual alguns trechos se transcrevem abaixo:

Reaffirming the fact that article 4 of the Declaration on the Right to Development states that sustained action is required to promote more rapid development of developing countries and, as a complement to the efforts of developing countries, effective international cooperation is essential in order to provide these countries with the appropriate means and facilities to foster their comprehensive development,

Reaffirming the fact that the widening gap between the economically developed and developing countries is unsustainable and that it impedes the realization of human rights in the international community, and makes it all the more imperative for every nation, according to its capacities, to make the maximum possible effort to close this gap,

[...]

4. Urges the international community to consider urgently concrete measures to promote and consolidate international assistance to developing countries in their development endeavours and for the promotion of conditions conducive to the full realization of all human rights;

5. Calls upon the international community to promote international solidarity and cooperation as an important tool to help to overcome the negative effects of the current economic, financial and climate crises, particularly in developing countries;

6. Reaffirms that the promotion of international cooperation is a duty for States, that it should be implemented without any conditionality and on the basis of mutual respect, in full compliance with the principles and purposes of the Charter of the United Nations, in particular respect for the sovereignty of States, and taking into account national priorities. (grifos no original)

O objetivo da resolução é altamente meritório: trata-se de encorajar o auxílio financeiro aos países subdesenvolvidos com base na generosidade e solidariedade dos Estados ricos. Porém, tanto o preâmbulo quanto o parágrafo 4º tratam tais prestações financeiras como requisitos para a concretização dos direitos humanos nos países necessitados.

Segue a mesma seara a Resolução 14/3, “sobre o direito dos povos à paz”, na qual se lê:

4. Also stresses that the deep fault line that divides human society between the rich and the poor and the ever-increasing gap between the developed world and the developing world pose a major threat to global prosperity, peace, human rights, security and stability;

5. Further stresses that peace and security, development and human rights are the pillars of the United Nations system and the foundations for collective security and well-being. (grifos no original)

Ora, se a realização dos direitos humanos depende de boas condições econômicas, o nome destes direitos deve ser repensado. Tratar-se-á, talvez, de “direitos dos habitantes de

⁴³¹ Lembre-se, no entanto, que tal resolução, como todas as decisões do Conselho de Direitos Humanos, não passa de uma expressão da vontade coletiva de uma maioria de países. Portanto, a ênfase no discurso da pobreza como justificadora do não cumprimento de direitos humanos pode ser uma tática deliberada de muitos governos representados neste Conselho.

países desenvolvidos”, ou de “direitos de humanos da classe média”, mas dificilmente de “direitos humanos” porque estes, pelo seu próprio nome, devem e podem ser reconhecidos a todos, independentemente da situação econômica atravessada.

A outra crítica também vale aqui: os Estados violadores sempre poderão, desde que sejam considerados “em desenvolvimento”, alegar a falta de cooperação internacional para justificar a não observância dos direitos humanos.

O estatismo, entendido como enxergar os direitos humanos como dependentes do comportamento estatal, conduz necessariamente à segunda característica que se percebe na atuação do Conselho: o materialismo. Para os integrantes deste órgão da ONU, os direitos humanos são, essencialmente, prestações materiais, e sua realização consiste, basicamente, no fornecimento destes bens aos necessitados. Estas duas características, estatismo e materialismo, ficam patentes nas observações feitas por alguns Estados no âmbito do Exame Universal Periódico relativo a Mali:

Cuba noted that Mali, like any other developing country, needs solidarity and international cooperation to strengthen its national efforts to benefit the people, and referred to its cooperation with Mali in the area of health.

Egypt stated that the compilation report overemphasized Mali's social and economic difficulties, while references to the volume of aid provided by the international community were hard to find. Egypt asked whether Mali was satisfied with the volume of assistance it was receiving to support its efforts to promote and protect human rights.

*Bangladesh encouraged Mali to continue to seek technical and financial assistance from the international community to bolster national efforts to promote the enjoyment of all human rights, including the realization of the right to development.*⁴³²

Como se vê, para os representantes destes três Estados, a realização dos direitos humanos num país pobre pode ser basicamente resumida na questão de receber auxílio externo. Trata-se, portanto, de entregar bens à população.

A crítica que se faz a tal postura é a mesma: considerar os direitos humanos como prestações materiais leva à conclusão inevitável de que, na falta dos meios materiais, cessam as obrigações relativas a direitos humanos. Com efeito, não é por outro motivo que Estados apontados como grandes violadores de direitos humanos fazem questão de formular observações neste sentido quando outros países passam pelo Exame.

⁴³² Relatório final sobre o Exame Universal Periódico de Málí. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/ML/A_HRC_8_50_Mali_E.pdf, acesso em 07.05.2011.

A conclusão deste pensamento, no qual direitos humanos acabam atrelados à disponibilidade econômica, é percebida nestas recomendações ao governo da Líbia, quando esta passou pelo Exame:

Continue its efforts to address the adverse effects of the sanctions imposed during the 1990s (Sudan)

Continue to work to improve the human and material situation that resulted from the economic sanctions during the 1990s (Qatar)

Aqui, temos dois governos de países que exibem claros problemas em relação ao respeito dos direitos humanos de seus cidadãos justificando eventuais violações cometidas por um terceiro Estado com base em motivos de disponibilidade econômica. A *ratio* do argumento é a mesma: os direitos humanos dependem de um comportamento ativo do Estado, e tal comportamento, para materializar-se, necessita de meios financeiros suficientes.

A visão estatista dos direitos humanos também se manifesta de outro modo: muitos agentes do Conselho parecem considerar que os direitos humanos dos indivíduos fatalmente serão violados caso não haja intervenção do governo. Esta visão induz a pensar que, na sociedade humana, o “normal” seria um estado de guerra permanente, com a subjugação total do mais fraco pelo mais forte. O Estado seria, portanto, o único limite imposto ao indivíduo para que este fosse forçado a respeitar seu semelhante. De não haver Estado, a tendência natural dos indivíduos seria a autodestruição através da guerra civil sem fim.

Uma manifestação característica de tal visão encontra-se no preâmbulo e na cláusula 13 da Resolução 14/12, “sobre prevenção e violência contra a mulher”:

Recognizing that power imbalances and structural inequality between men and women are among the root causes of violence against women, and that effective prevention of violence against women and girls requires action at all levels of government, the engagement of civil society, the involvement of men and boys and the adoption and implementation of multifaceted and comprehensive approaches that promote gender equality and empowerment of women, and integrate awareness, education, training, political will, legislation, accountability, targeted policies and programmes, specific measures to reduce vulnerability, data collection and analysis, monitoring and evaluation, and protection, support and redress for victims,

(...)

13. Stresses that women should be empowered to protect themselves against violence and, in this regard, that women have the right to have control over and decide freely and responsibly on matters relating to their sexuality, including sexual and reproductive health, free of coercion, discrimination and violence, and urges States to take legislative and policy steps in this regard. (grifos no original)

Mais uma vez, notam-se as boas intenções da legislação ladeadas por uma dúbia escolha de palavras. Levando-se a sério o texto dos dois parágrafos acima expostos, a conclusão óbvia é que, para os países do Conselho, responsáveis pela adoção unânime de tal documento, a mulher sempre estará em perigo, pois o normal seria haver “desequilíbrios de

poder e desigualdade estrutural” entre o homem e a mulher. A única maneira de respeitar os direitos humanos da mulher é através da ação estatal, conforme explicitado na cláusula 13. Para mais, se a mulher não for “*empowered*”, continuará a sofrer violência, nos termos dos parágrafos transcritos. Portanto, os direitos humanos da mulher, aqui, são apresentados como reivindicações dirigidas aos governos – são demandas políticas, e não um padrão mínimo de tratamento que deva ser respeitado. Trata-se de direitos subjetivos cuja base são escolhas políticas feitas pelos membros do Conselho de Direitos Humanos, a partir de uma visão da realidade (“a mulher sempre será subjugada”) que é, no mínimo discutível, e não pode ser tomada como início para a construção de direitos que se pretendam universais. A este respeito, note-se a tendência, ao fim da cláusula 13, em advogar pela descriminalização do aborto, tema que não é de forma alguma universalmente aceito, e sobre o qual pesa a forte suspeita de contribuir para violar outros direitos humanos, como o direito à vida. Ora, no estado atual das coisas, um eventual “direito ao aborto” ainda depende da escolha de cada Estado, e o Conselho não pode impor a solução política que lhe pareça melhor escudando-se nos conceitos universais relativos aos direitos humanos.

Há aqui uma consequência teórica e outra prática: No plano da teoria, as expressões acima realçadas contribuem para uma visão do homem que impede qualquer fundamentação razoável dos direitos humanos. Se o normal é que as mulheres sofram discriminação, e se, para superar tal injustiça, a ação do Estado é sempre imprescindível, e se tal ação deve necessariamente conduzir ao “*empowerment*” das mulheres, então os direitos humanos não possuem base em nada que se possa identificar como “natureza humana”, mas apenas no consenso (que, em última análise, significa a força da maioria).

Já a consequência prática da escolha de palavras feita e reafirmada pelo Conselho de Direitos Humanos será o avanço do Estado sobre a esfera de liberdade individual. Nos trechos selecionados, isto não aparece, mas uma questão feita pelo representante da Noruega à delegação líbia é ilustrativa neste ponto:

*We appreciate the cooperation with CEDAW and would like to know what steps the Government has taken to implement the recommendations given by CEDAW in 2009, including to put in place an institutional mechanism that recognizes the specificity of discrimination against women and is exclusively responsible for promoting de jure and de facto equality as well as adopting a national plan to bring about change in the widely accepted stereotypical roles of women and men.*⁴³³

⁴³³ Questões submetidas previamente à Líbia como preparação para seu Exame Universal Periódico. As perguntas, feitas por vários países, se encontram disponíveis em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session9/LY/LibyanArabJamahiriya_Add2.pdf, acesso em 08.05.2011.

Ora, enquanto os objetivos de combater a discriminação contra a mulher e promover a igualdade entre os sexos estão em linha com o que se espera de instituições dedicadas à proteção dos direitos humanos, a adoção de planos nacionais para alterar a percepção dos “papeis estereotipados” em relação aos dois sexos é uma demanda de cunho claramente político, não jurídico, que deveria depender da competência interna de cada país. O que é “estereótipo” em relação às funções do homem e da mulher só pode ser avaliado levando em conta a situação de cada Estado e suas condições sociais⁴³⁴. Da mesma forma, não há como saber se tais “papeis” são ou não compatíveis com a proteção dos direitos humanos da mulher sem conhecê-los. O que a representação norueguesa pede é que o governo líbio atue para mudar a percepção de seus cidadãos. Ora, isto só será assunto afeto à temática dos direitos humanos caso se assuma que determinada visão dos gêneros conduz necessariamente à discriminação e à violência. E tal presunção não pode de forma alguma ser dada como certa. No tocante aos direitos da mulher, é admissível exigir de um país que não promova segregações, ou que atue com mais ênfase na repressão a discriminações feitas por particulares. Mas não se lhe pode impor, com pretensões de obrigatoriedade, que se empenhe em modificar a moral vigente em sua sociedade. Em outras palavras, os delegados da Noruega (refletindo recomendações do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres) exigem do governo da Líbia que se insurja contra os valores sociais vigentes neste país. O que constitui uma clara invasão do domínio reservado à política interna do Estado⁴³⁵. Até mesmo o governo de um Estado não pode ir muito longe caso intente modificar padrões morais, devendo limitar-se a campanhas de esclarecimento, a não ser que se trate de coibir alguma violação a direito de algum indivíduo. Muito menos legitimidade terá, então, um órgão internacional como o Conselho de Direitos Humanos para ecoar uma demanda como a veiculada pelo delegado norueguês.

Claro está que a ideia subjacente a tal recomendação é a que já distinguimos acima: trata-se da crença de que, sem a atuação do Estado, os direitos humanos necessariamente naufragarão, sendo ignorados pelos indivíduos em seus egoísmo e crueldade atávicos. Como

⁴³⁴ A nomenclatura já vem de longe: o art.5º (a) da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, já mencionava a obrigação dos Estados partes de “modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres”. Conforme TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pag. 353.

⁴³⁵ Por mais que a atual liderança líbia (fala-se sempre do governo Muammar Kadhafi) se caracterize por um desprezo generalizado pelos direitos humanos. Afinal, a esfera reservada à atuação doméstica não pode variar com base no caráter do governo, e só poderá ser invadida em casos de catástrofes humanitárias.

também já se disse, esta é uma suposição que, embora respeitável, não possui comprovação e remete a uma discussão extrajurídica, não devendo, portanto, seus frutos serem mencionados para dar azo a obrigações no campo da proteção internacional dos direitos humanos.

A mesma lógica, atinente à afirmação de um suposto dever do Estado de agir para mudar o pensamento de seus cidadãos encontra-se nesta questão, proposta pelos Países Baixos à Jordânia:

*Jordan does not criminalize homosexual acts but homosexuals are often in a difficult position – not accepted by their families, nor the society as a whole and as such at risk. How does the Jordanian government ensure the rights of homosexuals and what actions does it envisage to prevent violations of the rights of this group?*⁴³⁶

Fica evidente que, para os representantes holandeses, o fato de a sociedade “não aceitar” o homossexualismo é um desvio que deve ser corrigido por uma intervenção estatal. Mais uma vez, o campo de escolha da sociedade sofre uma restrição em favor da atuação governamental supostamente decorrente da ordem internacional. Deve ser ressaltado que não se trata, aqui, de combater a violência contra alguns habitantes, mas exige-se que o governo atue para modificar os valores de seus cidadãos.

Outro exemplo do que se disse acima pode ser visto na insistência de alguns representantes, bem como de organizações não governamentais, em que os Estados submetidos ao Exame Universal Periódico proibam todo tipo de castigo corporal às crianças pelos pais. Um exemplo, entre muitos, é a observação feita pela delegação da Eslovênia à Jordânia:

*Slovenia noted the concern of the Committee on the Rights of the Child regarding physical punishment at home and the disciplinary action permitted under the Criminal Code. Further to recommendations by the Human Rights Committee and the Committee on the Rights of the Child, it recommended Jordan (a) consider changing legislation to prohibit all forms of corporal punishment also at home and effectively enforce a ban on corporal punishment in all settings.*⁴³⁷

Além disso, o Comitê para os Direitos da Criança também recomendou a vários países islâmicos a abolição de qualquer tipo de castigo corporal na família. Receberam tais indicações, entre vários outros, a Argélia⁴³⁸, o Níger⁴³⁹, o Málí⁴⁴⁰ e os Emirados Árabes Unidos⁴⁴¹.

⁴³⁶ Questões enviadas com antecedência à Jordânia, de modo a preparar seu Exame Universal Periódico. Disponível em: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/JO/JORDAN.pdf>, acesso em 08.05.2011.

⁴³⁷ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico da Jordânia. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/136/40/PDF/G0913640.pdf?OpenElement>, 07.05.2011.

⁴³⁸ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Argélia, pag. 7. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/122/21/PDF/G0812221.pdf?OpenElement>, acesso em 06.05.2011.

Para mais, uma organização não governamental de abrangência mundial, a *Global Initiative to End All Corporal Punishment against Children* (GIEACPC), participou ativamente de praticamente todos os Exames analisados, sempre pedindo aos Estados que proibam definitivamente a adoção de medidas disciplinares corporais no seio da família⁴⁴².

A confusão assim gerada entre tais reivindicações internacionais é bem vista no relatório elaborado pelo Paquistão como subsídio prévio ao seu Exame pelo Conselho. Neste, lê-se:

48. An assessment of the child protection monitoring and data collection system has been made in 2007 and a child Protection Monitoring and Data collection system is being developed. This will help in coordination among concerned Ministries and Provincial Governments. The draft Child Protection Policy makes legal provisions for:

- *Definition of a child as under 18 years of age.*
- *Definition of child sexual abuse and sexual exploitation with penalties.*
- *Revising minimum age of criminal responsibility from 7 to 12 years.*
- *Definition of internal trafficking of children with penalties.*
- *Eliminating Child domestic work.*
- *Abolishing Corporal Punishment.*⁴⁴³

Note-se a grande diferença de perspectiva entre a revisão da idade mínima da responsabilidade penal (que passará a 12 anos!) e a eliminação de todo e qualquer castigo físico. É evidente que o último item não será concretizado, e será fácil imaginar as injustiças que ocorrerão caso o Estado paquistanês decida pressionar por seu cumprimento efetivo. Ainda que a situação das crianças no país seja tão grave a ponto de poderem ser criminalmente responsabilizadas aos 7 anos, daí a proibir qualquer tipo de correção física doméstica vai um passo demasiado largo, e o Estado pecaria pelo exagero, invadindo a competência da família.

O estatismo parece difícil de ser refutado, no entanto, quando se analisa as condições reais de vida em países de estrutura precária, como a grande maioria dos Estados africanos. É o que realiza Abdullahi Ahmed An-Na’im, pesquisando a situação dos direitos humanos em mais de dez países africanos. Em seu artigo “A proteção legal dos direitos humanos na África:

⁴³⁹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Níger, pag. 6. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/169/79/PDF/G1016979.pdf?OpenElement>, acesso em 07.05.2011.

⁴⁴⁰ Ver recomendação feita pela Itália ao Mali, em http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/ML/A_HRC_8_50_Mali_E.pdf, acesso em 08.05.2011.

⁴⁴¹ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre os Emirados Árabes Unidos, pag. 5.

⁴⁴² Ver, por exemplo, as compilações preparadas pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Argélia (pag. 6), sobre a Turquia (pag.5) e sobre o Níger (pag.5).

⁴⁴³ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico do Paquistão. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/54/PDF/G0812854.pdf?OpenElement>, acesso em 07.05.2011.

como fazer mais com menos”⁴⁴⁴, o professor sudanês propõe uma nova ênfase nos estudos, discursos e ações sobre direitos humanos: uma vez que os Estados africanos são, em regra, incapazes de prover as necessidades básicas de seus cidadãos, não faria sentido concentrar-se nos remédios judiciais normais para violações de direitos humanos. Para o autor, a realidade dos lugares que estudou se caracterizava por uma violação geral de tais direitos básicos, que não poderia ser compensada pelos meios estatais, totalmente inacessíveis ou mesmo ausentes nas realidades que ele examinou. Assim, An-Na’Im propõe que os direitos humanos não sejam confinados à repressão das violações pontuais, mas que atuem também em relação às causas fundamentais (estruturais, sociais, econômicas, políticas) das violações. Recomenda, assim, que se façam “drásticas mudanças nas relações econômicas e políticas internacionais”, de acordo com uma “responsabilidade fundamental global”, que liberte os países africanos de terem que participar do “relacionamento desigual”, no qual “muitos países africanos têm que aceitar os preços que os países desenvolvidos estão dispostos a pagar pelas matérias-primas e pagar preços altos pela importação de bens manufaturados em virtude do valor adicionado desses bens pelo investimento e serviços fornecidos pelos países desenvolvidos”. Deste modo, segundo o autor, se superaria o problema da não justiciabilidade e não determinação dos direitos econômicos, sociais, culturais e coletivos. O foco, para ele, deveria estar nas causas dos desrespeitos aos direitos humanos, e não em seus remédios.

Por mais que se reconheça a situação dramática vivida pelas populações africanas, não se pode concordar com as teses lançadas por An-Na’Im neste tópico. A nova função por ele proposta para os direitos humanos conduzirá a uma completa confusão entre o direito, a política e a moral. A descoberta, fixação e superação das causas principais da pouca ressonância que os direitos humanos encontram em diversos países africanos não é uma tarefa dos juristas, e não se vê que bem o alargamento desmesurado dos direitos humanos faria nesta área. É evidente que há um enorme espaço de discordância legítima acerca das causas das mazelas africanas (a distribuição do “percentual de culpa” entre a antiga metrópole, os atuais países desenvolvidos e os próprios governantes africanos corruptos variará intensamente, dependendo da posição política e visão de mundo do analista) e de suas soluções (o papel do Estado nestas soluções, a relevância de atores externos, a importância da moralidade vigente nos países africanos, a extensão em que recursos econômicos resolveriam o problema, de quem seriam estes recursos... tudo isto não comporta soluções únicas “exigidas pelos direitos

⁴⁴⁴ AN-NA’IM, Abdullahi A., *A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos*. In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pags. 429-464.

humanos”). Até mesmo a definição dos problemas africanos comporta discussões legítimas: A alta taxa de natalidade das mulheres africanas – é problema ou solução? A falta de democracia – é um problema, considerando a fragilidade institucional? A falta de recursos econômicos – é um problema verdadeiro, considerando o estilo de vida das elites políticas?

Portanto, a solução proposta por An-Na’Im não pode ser aceita. Faria com que se utilizassem os direitos humanos para impor soluções políticas, econômicas ou até mesmo morais que não constituem, de forma alguma, um caminho único. É evidente que a situação atual dos países africanos requer pressa das instâncias internacionais e dos países com recursos minimamente disponíveis. Mas não se pode fazer com que a necessidade dos africanos seja travestida de imperativo jurídico, porque não o é. A obrigação de auxílio a estes países é uma obrigação estritamente moral – o que, no direito internacional, significa muito, a despeito do desprezo com que a moral é tratada no direito interno. Tratar “reformas estruturais” como exigências jurídicas só contribuiria para a desordem conceitual – pense-se na afirmação de um “direito à reforma estrutural”, “direito ao comércio internacional equitativo”, “responsabilidade jurídica pela colonização”, etc. – sem que nada nos garanta que a judicialização da política e a invasão do domínio do Estado por “receitas internacionais” vá necessariamente resolver qualquer coisa.

Trata-se, uma vez mais, do estatismo, pelo qual se considera que a realização dos direitos humanos depende, essencialmente, da atuação positiva estatal. Repita-se: isso só ocorre quando o Estado viola diretamente os direitos humanos. Os “problemas da África” *tout court* são questões eminentemente políticas e morais, mas não se pode exigir juridicamente que os Estados africanos adotem tal ou qual política de alocação de recursos ou de gestão administrativa. Isto seria considerar que a realização dos direitos humanos é política estatal, quando não é: como será justificado no próximo capítulo, trata-se do mínimo devido a cada um em virtude de sua natural dignidade. “Devido” não pelo Estado, mas por todo aquele com quem nos relacionamos. Logo, os direitos humanos não se confundem com prestações estatais, por mais que estas sejam uma exigência da boa política.

2.2.2 Universalismo e interdependência dos direitos humanos

Além do estatismo, a segunda grande característica geral que julgamos ter percebido no trabalho do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas responde pelo binômio de universalismo e interdependência entre os direitos humanos. Estes termos abrangem realidade bastante díspares, mas acredito que possam ser reconduzidos a um aspecto comum; daí o tratamento em conjunto.

2.2.2.1 Aspecto positivo

O Conselho de Direitos Humanos trabalha com uma lógica universal: para o órgão e a maioria de seus integrantes, os direitos humanos constituem uma linguagem que pode ser compreendida e aplicada pelos diversos países do mundo. Isto fica muito claro quando se nota que, em relação aos Estados de forte influência muçulmana, religião e cultura possuem um papel extremamente reduzido nos relatórios, observações e recomendações dirigidos a tais países pelo Conselho. Deveras, tais aspectos parecem ser tão pouco considerados que os próprios países islâmicos se abstêm de invocá-los perante a instância internacional, já antevendo que não serão aceitos e somente conduzirão a confrontações.

Assim, dentre todos os Exames Universais Periódicos analisados, as mais sólidas referências à religião muçulmana foram encontradas na Arábia Saudita⁴⁴⁵, no Irã⁴⁴⁶ e nas Ilhas Maldivas⁴⁴⁷. Entretanto, nenhuma das três delegações fez questão de ressaltar conflitos entre as leis islâmicas e as normas internacionais de direitos humanos, preferindo afirmar a confluência dos dois ordenamentos e prestigiar a cultura islâmica como representativa da vontade popular.

⁴⁴⁵ Ver o relatório saudita enviado ao Conselho antes de seu Exame, bem como o relatório final sobre o Exame do país (disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/117/53/PDF/G0911753.pdf?OpenElement>, acesso em 07.05.2011), em especial, pag.5.

⁴⁴⁶ Ver o relatório iraniano enviado ao Conselho antes de seu Exame, bem como o relatório final sobre o Exame do país (disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/120/56/PDF/G1012056.pdf?OpenElement>, acesso em 07.05.2011), em especial, pags. 12 e 13.

⁴⁴⁷ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico das Ilhas Maldivas, disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/120/56/PDF/G1012056.pdf?OpenElement>, acesso em 06.05.2011.

Portanto, o universalismo é uma forte marca do Conselho de Direitos Humanos. Alguns exemplos de sua atuação deixam clara tal influência, a começar pela resolução 60/251 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que criou o órgão. Esta dispõe, em seu preâmbulo:

Reaffirming that, while the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, all States, regardless of their political, economic and cultural systems, have the duty to promote and protect all human rights and fundamental freedoms,

Emphasizing the responsibilities of all States, in conformity with the Charter, to respect human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind as to race, colour, sex, language or religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status,

Acknowledging that peace and security, development and human rights are the pillars of the United Nations system and the foundations for collective security and well-being, and recognizing that development, peace and security and human rights are interlinked and mutually reinforcing. (grifos no original)

Portanto, ainda que as particularidades regionais mereçam atenção, as obrigações primárias relativas aos direitos humanos serão as mesmas para todos os Estados. O parágrafo 4º da Resolução, que menciona os princípios gerais do Conselho, conduz à mesma conclusão:

4. Decides further that the work of the Council shall be guided by the principles of universality, impartiality, objectivity and non-selectivity, constructive international dialogue and cooperation, with a view to enhancing the promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. (grifos no original)

Sem precisar deter-nos excessivamente em outros exemplos, o parágrafo segundo da Resolução 14/12 “sobre prevenção e violência contra a mulher” é bastante claro:

2. Calls upon States to enact and, where necessary, reinforce or amend domestic legislation and take measures to enhance the protection of victims, to investigate, prosecute, punish and redress, including by ensuring access to adequate, effective, prompt and appropriate remedies, the wrongs done to women and girls subjected to any form of violence, whether in the home, the workplace, the community or society, in custody or in situations of armed conflict, to ensure that such legislation conforms with relevant international human rights instruments and international humanitarian law, to abolish existing laws, regulations, customs and practices that constitute discrimination against women, and to remove gender bias in the administration of justice. (grifos no original)

Também merece ser citada uma cláusula da Resolução 14/9, “sobre direitos culturais e respeito à diversidade”: “4. Recalls that, as expressed in the Universal Declaration on Cultural Diversity, no one may invoke cultural diversity to infringe upon human rights guaranteed by international law, nor to limit their scope” (grifos no original).

Nota-se que tal universalismo é, na verdade, uma exigência do próprio conceito de direitos humanos, como se espera mostrar no próximo capítulo, dedicado à análise teórica do termo. Portanto, não há que se falar em imposição cultural ou na perda de valores próprios a culturas não ocidentais. Alguns representantes perante o Conselho procuraram utilizar tal via argumentativa, mas costumam fazê-lo de modo oblíquo. Quando se trata da análise de seu

país através do Exame Universal Periódico, evitam, como já dito, alegar especificidades culturais ou religiosas e denunciar os direitos humanos como imposições alienígenas. Entretanto, levantam exatamente estes pontos quando fazem observações e recomendações na oportunidade em que outros países islâmicos passam pelo Exame. É o que fizeram, por exemplo, os representantes do Egito e do Sudão ao analisar a situação dos direitos humanos na Jordânia:

*Egypt noted the challenges faced, particularly regarding the number of refugees, and asked about the efforts made in this regard. It noted strides in the protection of women's and children's rights, including street children, and in the implementation of the first Millennium Development Goal (MDG). Egypt recommended Jordan (a) continue its implementation of national policies aimed at the protection and promotion of human rights, and (b) **refuse any attempts to impose any values alien to the contractual obligations and commitments of Jordan, based on the universally agreed human rights principles.***

[...]

*Sudan noted the importance Jordan attached to the family and the steps taken for its protection, including the national plan for children for 2004-2013. It asked what progress had been made in acting on the recommendation of the Committee on the Rights of the Child to guarantee the implementation of the plan. It recommended Jordan (a) share with developing countries and least developed countries (LDCs) its experiences in the health field. It also recommended (b) **not responding to any comment that is outside of Jordan's legal commitments and international principles agreed upon by consensus.**⁴⁴⁸ (grifos acrescentados)*

Demonstrando coerência, a recomendação egípcia à Arábia Saudita também limitou as obrigações de direitos humanos ao conteúdo da *Sharia* islâmica:

*Egypt thanked Saudi Arabia for establishing mechanisms of redress accessible to all. It asked about the training of those responsible for implementing international instruments. Egypt recommended that Saudi Arabia continue its efforts to (a) disseminate a culture of human rights and strengthen its national efforts to protect human rights, **while respecting its cultural specificities and the Shari'a**; (b) reform its legal and judicial systems; and (c) combat discrimination and violence against women and reinforce women's participation in the labour market.⁴⁴⁹*

Também os representantes da Argélia foram generosos quando o Iêmen passou pelo Exame. Sua recomendação ao governo iemenita foi: “*Take into account, when examining the UPR recommendations, those that are in line with its religious, social and cultural specificities.*”⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal da Jordânia, disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/136/40/PDF/G0913640.pdf?OpenElement>, acesso em 07.05.2011, pag.7.

⁴⁴⁹ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal da Arábia Saudita, disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/117/53/PDF/G0911753.pdf?OpenElement>, acesso em 08.05.2011, pag.7. (Grifos acrescentados.)

⁴⁵⁰ Relatório final sobre o Exame Periódico Universal do Iêmen, disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/139/40/PDF/G0913940.pdf?OpenElement>, acesso em 07.05.2011, pag.15.

2.2.2.2 Aspecto negativo

Outra faceta refere-se à afirmação de um “bloco único” composto pelos direitos humanos considerados em conjunto. Tal visão liga-se diretamente à defesa do universalismo, pois trata-se, a princípio, de impedir que os Estados se sirvam dos direitos fundamentais de modo parcial, aceitando somente aqueles que não lhes imponham grandes sacrifícios. Ou seja, o princípio da interdependência dos direitos humanos tem por origem a preservação de sua universalidade, impedindo que se realizem distinções arbitrárias entre o que seria ou não matéria dos “verdadeiros” direitos humanos. O princípio vem exposto já na primeira cláusula do preâmbulo da resolução fundacional do Conselho: “Reaffirming further *that all human rights are universal, indivisible, interrelated, interdependent and mutually reinforcing, and that all human rights must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis*” (grifos no original).

Referido princípio é afirmado por Antônio Augusto Cançado Trindade:

Com efeito, a denegação ou violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, materializada, e.g., na pobreza extrema, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive a civil e política), revelando assim de modo marcante a interrelação ou indivisibilidade de seus direitos. A pobreza extrema constitui, em última análise, a negação de todos os direitos humanos. Como falar de direito de livre expressão sem o direito à educação? Como conceber o direito de ir e vir (liberdade de movimento) sem o direito à moradia? Como contemplar o direito à moradia? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação? Como referir-se ao direito à assistência judiciária sem ao mesmo tempo ter presente o direito à saúde? E os exemplos se multiplicam. Em definitivo, todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas: é esta uma realidade inescapável. Já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão *integrada* de todos os direitos humanos.⁴⁵¹ (grifos no original)

A ênfase na indivisibilidade, inter-relação e interdependência entre os direitos humanos – conceitos que serão tratados aqui como complementares sem buscar esmiuçar seu significado teórico, vez que não constitui objeto do trabalho – pode ser vista em numerosas resoluções e recomendações adotadas no âmbito do Conselho:

A Resolução 14/5, “sobre o papel da prevenção na proteção e promoção dos direitos humanos”, repete a mesma disposição preambular citada, enquanto que a Resolução 14/9, “sobre direitos culturais e respeito à diversidade”, faz constar de seu introito:

Convinced that international cooperation in promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms for all should be based on an understanding of the economic, social and cultural specificities of each country, the full realization and

⁴⁵¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.I, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pag. 475.

recognition of the universality of all human rights and the principles of freedom, justice, equality and non discrimination,

Determined to treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis... (grifos no original)

Note-se a insistência em tratar os diferentes direitos humanos “com a mesma ênfase”, o que poderia ser interpretado, por exemplo, como situar o direito à vida⁴⁵² no mesmo plano que o direito à cultura⁴⁵³.

A respeito, vale transcrever mais três cláusulas da mesma resolução:

1. Reaffirms that cultural rights are an integral part of human rights, which are universal, indivisible, interrelated and interdependent;

4. Recalls that, as expressed in the Universal Declaration on Cultural Diversity, no one may invoke cultural diversity to infringe upon human rights guaranteed by international law, nor to limit their scope;

6. Recognizes that respect for cultural diversity and the cultural rights of all enhances cultural pluralism, contributing to a wider exchange of knowledge and understanding of cultural heritage and cultural background, advancing the application and enjoyment of human rights throughout the world and fostering stable, friendly relations among peoples and nations worldwide. (grifos no original)

Ora, enquanto não se tem nada a objetar ao teor do 4º parágrafo, nota-se um possível choque com as disposições do primeiro apartado. Pois, sendo os chamados direitos culturais parte integrante dos direitos humanos, e sendo estes últimos universais, indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, parece claro que não se pode invocar um direito humano para limitar outros, eis que se estaria afirmando a importância daquele sobre os direitos que sofreram a restrição. A disposição do parágrafo 4º, no entanto, prevê exatamente este conflito, e diz que, em ocorrendo, os direitos culturais não prevalecerão. Ora, em sendo os direitos humanos indivisíveis, não é possível falar-se em conflito entre eles, e a disposição do parágrafo 4º perde o sentido.

Isto não é uma mera controvérsia teórica: trata-se de saber o que integra o conceito de direitos humanos. Caso todo o conteúdo dos tratados universais de direitos humanos exiba o mesmo peso e possua o mesmo grau de obrigatoriedade, a teoria por trás do parágrafo 1º terá sido obedecida, mas a disposição constante do parágrafo 4º fica sem objeto. A consequência será que governos violadores poderão invocar seus direitos culturais para escudar-se do respeito devido a padrões internacionais de tratamento de seus habitantes. Dirão que, como os

⁴⁵² Previsto, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, art.6º (1): “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

⁴⁵³ Previsto, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, art. 15 (1a): “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
a) Participar da vida cultural”.

direitos humanos formam um todo único, não é possível imaginar que alguns dentre estes conflitem com seus direitos culturais. Ora, como a cultura de um país é relativamente fácil de ser percebida (ao menos para seu próprio governo), a conclusão será que todos os direitos humanos somente valerão na medida em que não conflitarem com as tradições e visões de mundo prevalentes no país. Tal alegação é de fato formulada, conforme os exemplos de Exames Universais Periódicos acima relatados. Logo, o princípio da interdependência dos direitos humanos pode ter como consequência a negação da universalidade dos mesmos.

Ainda mais: a afirmação absoluta e sem ressalvas da indivisibilidade dos direitos humanos conduz a uma maior dificuldade em criticar-se qualquer país por uma violação específica de tais direitos, devendo-se antes observar o “saldo total” da situação dos direitos humanos “como um todo” no país. É a grande válvula de escape, na prática, dos governos reiteradamente desrespeitosos aos direitos humanos, eis que notícias de práticas violentas contra os indivíduos se veem diluídas em meio a alegações de dificuldade econômica, de crises nacionais ou de sucesso em alguma outra área também identificada como atinente aos direitos humanos.

Um eloquente exemplo é dado pela Resolução 14/4 do Conselho, “sobre os efeitos da dívida externa e outras obrigações financeiras dos Estados no pleno gozo de todos os direitos humanos, particularmente os direitos econômicos, sociais e culturais”. Nesta, afirma-se no preâmbulo: “*Affirming that debt burden further complicates the numerous problems facing developing countries, contributes to extreme poverty and is an obstacle to sustainable human development, and is thus a serious impediment to the realization of all human rights...*” (grifo no original)

O fardo da dívida externa é visto como impedimento à realização de todos os direitos humanos. As cláusulas operativas seguem no mesmo rumo:

13. Acknowledges that, in least developed countries and in several low- and middle-income countries, unsustainable levels of external debt continue to create a considerable barrier to economic and social development and increase the risk that the Millennium Development Goals for development and poverty reduction will not be attained;

14. Recognizes that debt relief can play a key role in liberating resources that should be directed towards activities consistent with attaining sustainable growth and development, including poverty reduction and the achievement of the development goals, including those set out in the United Nations Millennium Declaration, and therefore that debt relief measures, where appropriate, should be pursued vigorously and expeditiously, ensuring that they do not replace alternative sources of financing and that they are accompanied by an increase in official development assistance;

16. Urges the international community, including the United Nations system, the Bretton Woods institutions and the private sector, to take appropriate measures and actions for the implementation of the pledges, commitments, agreements and decisions of the major United Nations conferences and summits, including the Millennium Summit, the World Conference on Human Rights, the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia

and Related Intolerance, the World Conference on Sustainable Development and the International Conference on Financing for Development, in particular those relating to the question of the external debt problem of developing countries, in particular of heavily indebted poor countries, least developed countries and countries with economies in transition. (grifos no original)

Como se lê, a existência de fortes dívidas em alguns países é vista como fator capaz de impedir que a população possa gozar de todos os direitos humanos. Tal ideia é problemática na teoria, pois os direitos humanos – como já se disse e como será melhor explicitado no capítulo seguinte – dependem das situações concretas em que cada indivíduo se encontra, e não do tamanho do PIB de seu Estado. E também é contraproducente na prática, pois abre aos países com fraco histórico de proteção aos direitos humanos a via da justificação pela pobreza. A culpa pelo desrespeito aos direitos humanos passa a ser dos Estados identificados como “desenvolvidos”, os quais deveriam prover fundos àqueles “em desenvolvimento”, de forma a garantir os direitos humanos dos habitantes destes últimos. Ora, quando se confronta tal alegação com os resultados expostos no capítulo 2, vê-se que esta carece completamente de fundamento, pois as maiores críticas feitas pelos órgãos e agências da ONU, e pelas organizações não governamentais identificadas como “*relevant stakeholders*” aos Estados islâmicos diziam respeito a comportamentos ativos do governo, os quais, em sua grande maioria, não dependiam de financiamento e cuja alteração não traria uma carga significativa aos cofres públicos. Práticas como a segregação feminina, a exclusão dos não muçulmanos e a imposição de penas cruéis, desumanas e degradantes não podem ser justificadas com base nos magros orçamentos – o que, de resto, nem corresponderia à realidade de alguns dos Estados muçulmanos que sofreram as críticas mais severas, como Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Irã e Paquistão⁴⁵⁴.

A ênfase no princípio da indivisibilidade dos direitos humanos conduz, além disso, a uma maior dificuldade em determinar o que exatamente constitui o núcleo da obrigação internacional do Estado. Se todos os direitos humanos são igualmente importantes, e se a violação de um destes acarreta necessariamente na violação de todo o conjunto, é fácil de ver-se que direitos como a vida, a não discriminação e a propriedade poderão ser tratados com o mesmo peso que o direito ao pleno emprego, à verdade e à memória, ao pluralismo cultural e outros direitos de realização progressiva e dependente das condições econômicas. Ora, se estes segundos só fazem sentido levando em conta os recursos materiais do país, por que os primeiros também não podem assim ser considerados?

⁴⁵⁴ Confronte-se tais países, detentores de recursos abundantes, com os empobrecidos Málí e Níger que, por mais influência islâmica que tenham, sofreram pouquíssimas críticas em relação aos quatro grandes temas abordados no capítulo 2.

Aproximamo-nos aqui de um debate mais amplo, relativo à teoria geral dos direitos humanos e ao *status* dos chamados direitos prestacionais. A partir dos dados colhidos no capítulo anterior, e da análise das respostas e recomendações dos Estados no âmbito do Conselho de Direitos Humanos, defende-se que a insistência na interdependência entre os direitos humanos conduz a resultados insatisfatórios e diminui o respeito geral aos direitos básicos. Estes são, cada vez mais, vistos como indeterminados e estabelecidos não pelas características fundamentais e universais do homem, mas por resoluções e disposições positivas de órgãos internacionais. Sua legitimidade fica, por conseguinte, diminuída. Afirmar que todos os direitos humanos valem o mesmo, e que só podem ser analisados em conjunto, equivale a reconhecer que todos dependem de recursos materiais, e que o Estado pobre não tem como respeitar qualquer deles.

Portanto, a justificativa de Cançado Trindade, reproduzida logo acima, para a indivisibilidade entre direitos civis e políticos, por um lado, e econômicos, sociais e culturais, por outro, precisa ser devidamente ponderada. É claro que não se pode traçar uma distinção conceitual entre direitos humanos com base unicamente no documento internacional no qual foram afirmados. Por outro lado, não se pode deixar de observar que diversos direitos humanos exigem diferentes posturas estatais e tocam a realidade humana mais básica com maior ou menor vigor. Ainda que, como mostra o citado jurista, existam obrigações de direitos econômicos, sociais e culturais que exijam comportamentos imediatos por parte do Estado, não é esta a principal característica que distingue entre direitos humanos. O principal critério distintivo deve ser o objeto do direito: este se refere a uma característica básica do indivíduo, que valha sempre, independente das condições sociais?

Responderiam na afirmativa os direitos à vida, à liberdade, à integridade física, etc. Estes visam proteger as dimensões mais imediatas da vida humana, que sempre estarão presentes. Já outros direitos, como os referentes à participação política ou a prestações estatais dependem de uma dada configuração do Estado.

Não há sentido – para dar alguns breves exemplos – em falar sobre direito à educação no sistema político medieval, ou em direito à saúde em povos tribais, ou em direito ao trabalho num império asiático da Antiguidade. Eles só passam a ser exigíveis do Estado quando este adquire uma determinada configuração que acarreta, como consequência necessária, uma prestação aos cidadãos em algum campo, como saúde, educação, emprego,

moradia, etc. Mas não são compreensíveis como direitos devidos pelo Estado fora do esquema sociopolítico contemporâneo^{455 456}.

E este “esquema sociopolítico contemporâneo” pode variar, de acordo com as circunstâncias que os diferentes Estados atravessarem. Portanto, a diferença entre direitos humanos reside principalmente em sua dependência ou não de certa ordem vigente nas coisas. Os direitos mais nucleares independem da situação atravessada – devem ser sempre respeitados, e variam unicamente devido ao comportamento de seu titular. Já os direitos humanos do segundo grupo serão exigidos na medida em que o Estado puder garanti-los, a partir do panorama específico no qual está inserido⁴⁵⁷. Misturar uns com os outros poderá conduzir a duas consequências:

Ou se enxergará todos os direitos humanos como imediatamente exigíveis, o que levará a reconhecer em todo Estado um grande violador de direitos humanos. Isto porque muitos dos direitos chamados “econômicos, sociais e culturais” são programáticos e de realização progressiva⁴⁵⁸, não chegando nunca a um ponto ótimo de cumprimento, devendo ser sempre novamente garantidos à medida que as gerações se sucedem. Portanto, tais direitos, uma vez que sempre em estado de maximização, sempre poderão ser melhor realizados, e o Estado, assim, será um “violador” constante, se adotarmos a mesma ótica utilizada para medir os direitos ditos “civis e políticos”.

⁴⁵⁵ Esta concepção, segundo a qual o que é devido a alguém variará em função da situação concreta presente em cada caso (e não em função do consenso, ou da cultura dominante, ou da força!), será melhor explorada no capítulo seguinte, no qual se tentará esboçar uma fundamentação dos direitos humanos a partir da perspectiva do jusnaturalismo clássico.

⁴⁵⁶ Na conclusão de sua vasta e abrangente obra acerca do direito internacional dos direitos humanos, Caçado Trindade lembra que: “os direitos humanos constituem o fundamento básico, eles próprios, do ordenamento jurídico. E os valores, que lhe são sempre subjacentes, cuidam de dar-lhes expressão concreta. Estes valores são perfeitamente identificáveis, ao longo da parte operativa dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, mas explicitados sobretudo em seus preâmbulos.” Concordamos em que, para identificar o alcance de um direito humano, será necessário observar os valores que o mesmo vem proteger. Estes são “perfeitamente identificáveis”. O que se acrescenta ao pensamento exposto é que tais objetivos devem ser utilizados para qualificar os direitos humanos, renunciando-se à ótica monolítica que os enxerga sob um mesmo prisma. Haverá objetivos mais e menos imediatos, e direitos humanos que tocam o homem de modo mais ou menos vital. Olvidá-lo seria renunciar a perceber a grande variabilidade existente nas ações humanas e nas situações que o homem pode atravessar, as quais influenciarão sua relação com os demais, bem como o que lhe será devido como mínimo – que constitui o objeto dos direitos humanos. TRINDADE, Antônio Augusto Caçado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pag.523.

⁴⁵⁷ Uma perspectiva similar é defendida por Vicente de Paulo Barretto, quando cinde os direitos humanos em “direitos humanos originais”, que se baseiam “mais no sentimento de um direito original do que na sua expressão através da lei positiva soberana” por um lado, e “direitos humanos sequenciais”, que materializam os primeiros e resultam logicamente da ideia original de direitos humanos. BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pags. 10-13.

⁴⁵⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.I, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pag. 451.

Ou então, se entenderá que, se não há diferença básica entre uns e outros, e se ambos merecem a mesma ênfase, um Estado que não respeite a vida de seus cidadãos será tão violador dos direitos humanos “como um todo” quanto o Estado que negue a alguma minoria o direito de ter sua língua materna ensinada na escola primária. Ou seja, cair-se-á na armadilha do relativismo nos direitos humanos, pelo qual toda violação é vista na perspectiva de um quadro tão geral e amplo que acaba sendo diluída.

Tal propósito, repita-se, serve muito bem a governos reiteradamente violadores dos direitos humanos básicos de sua população. A teoria foi bem explorada pelos representantes iranianos perante o Conselho, ao lembrarem que muitos dos países que moveram críticas contra a República Islâmica haviam apoiado o antigo regime repressivo do Xá. Intentavam, assim, equiparar uma violação dos direitos políticos dos iranianos da década de 1970 com a violação atual dos direitos básicos de muitos iranianos na atualidade⁴⁵⁹. No caso, a oportunidade foi levantada pela delegação cubana, nos seguintes termos:

*Cuba noted Iranians' work for development, welfare and sovereignty. It stated that the Islamic Revolution had allowed for self-determination and had ended the dictatorship of the Shah, who had received Western armaments and technology, including nuclear technology. It highlighted the strategic plan for integral development, which addressed job creation, education, health, social security, housing and cultural rights. It noted that more than 95 per cent of Iranians had access to primary health care and that the right to education had been implemented. All of this was the case despite the imposition of coercive, unilateral measures.*⁴⁶⁰

Os iranianos aproveitaram a ideia, concluindo sua resposta aos críticos assim:

The head of Iran's delegation stated that he had been a political dissident under the Shah, a regime that had enjoyed the support of many countries today accusing Iran. He noted that Iran was becoming one of the prominent democratic States in the region. While cooperation and dialogue were appreciated, double standards and political incentives were noted.

O que não significa que não haja um certo grau de interdependência entre os direitos humanos. Com efeito, um governo que se dedique habitualmente a desrespeitar sua população atentando contra um direito humano específico terá muita dificuldade em não violar outros direitos também. Pense-se num governo decidido a expulsar alguma minoria de um território específico. É quase impossível que tal situação não acarrete em danos à vida, à integridade física e à liberdade de expressão de tais pessoas, além de, possivelmente, danos materiais e até

⁴⁵⁹ Relatório final acerca do Exame Universal Periódico do Irã. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/120/56/PDF/G1012056.pdf?OpenElement>, acesso em 08.05.2011.

⁴⁶⁰ Note-se que Cuba, apesar de estar fora do escopo deste trabalho, foi uma grande beneficiária deste tipo de discurso, vez que em seu próprio Exame, diversos países (Argélia, Nicarágua, Coreia do Norte) utilizaram o embargo econômico imposto pelos EUA como justificativa para as “dificuldades” que a ilha enfrentava para garantir os direitos humanos de seus cidadãos. O relatório final sobre o Exame Universal Periódico de Cuba encontra-se disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/73/PDF/G0916273.pdf?OpenElement>, acesso em 10.05.2011, especialmente pags. 7 e seguintes.

mesmo violações de direitos de cidadãos não visados pela ação governamental original. Assim, é verdade que uma grave violação a algum direito humano sempre (ou quase sempre) trará consigo a violação a outras destas liberdades básicas.

Da mesma forma, é possível afirmar que a escassez econômica ou a má utilização dos recursos pelo Estado podem conduzir a um cenário no qual os direitos humanos estejam mais ameaçados. Situações de grave carência são potenciais focos de desrespeitos massivos aos direitos humanos, por conta das cenas dramáticas de maior sujeição e necessidade que promovem. No entanto, não se considera correto, em virtude de todo o acima exposto, afirmar que uma situação de escassez econômica constitua, *per se*, uma violação aos direitos humanos mais básicos. Isto porque, como já explicado, tais direitos fundamentais podem ser exigidos por seu titular sempre, em qualquer ocasião, e sua existência e aplicação numa relação dependerão de um comportamento prévio de seu titular, mas nunca das condições econômicas enfrentadas pelo Estado ou pela população em geral.

Não parece salutar, portanto, afirmar que os direitos humanos são necessária e totalmente interdependentes entre si, até chegar-se a defender que devam receber a mesma ênfase em seu tratamento pelos órgãos internacionais (e conseqüentemente pelos agentes estatais). Com efeito, como mais adiante se verá, os direitos humanos são variados porque correspondem às distintas fases e possibilidades da vida humana em sociedade. Tais características da vivência humana podem sobrepor-se ou não entre si. O que significa que a violação a um direito humano pode ou não ter a ver com a violação a outro, mas não é uma necessidade lógica que o desrespeito a um destes direitos acarrete no abandono da integridade do conceito de direitos humanos, com tudo o que dele faz parte. No caso da discriminação praticada em diversos países islâmicos contra as mulheres, por exemplo, o direito à vida destas nem sempre é atingido, embora outros direitos fundamentais o sejam. Da mesma forma, o Estado não pode justificar uma discriminação quanto à liberdade de circulação das mulheres com uma liberdade maior dada às mesmas no campo da educação.

Mas é exatamente isto o que alguns representantes destes países tentam fazer perante as críticas que recebem no Conselho: procuram amenizá-las dirigindo a atenção para aspectos em que os direitos humanos de seus cidadãos não estejam ameaçados, visando o estabelecimento de um “saldo total positivo”⁴⁶¹. Nisto, são ajudados, como já vimos, por

⁴⁶¹ Um exemplo pitoresco é fornecido pelo relatório governamental da Líbia, enviado ao Conselho como preparação ao seu Exame. Neste, fala-se com muita circunstância do “Grande Documento Verde sobre Direitos Humanos”, o qual, além de afirmar os genéricos “direitos” à paz, à prosperidade e ao bem estar, traria até uma disposição exigindo a destruição de todas

outros países que também exibem problemas com sua realidade nacional acerca dos direitos humanos. O resultado são as diversas observações elogiosas e recomendações suaves, que se multiplicam na mesma proporção do número e grau de violações apontados por agências da ONU, relatores especiais e ONGs.

Critica-se assim, veementemente, uma conclusão do relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, em 1992, considerando as dificuldades pelas quais muitos países do hemisfério Ocidental passavam no campo econômico, asseverou “que a situação econômico-financeira por que vem passando o hemisfério torna ‘muito difícil’ que os Estados cumpram cabalmente o estabelecido pelos instrumentos internacionais de proteção”⁴⁶².

2.2.2.3 Igualitarismo

Outro corolário desta postura universalista do Conselho está no igualitarismo entre os Estados. Como pôde ser visto nos Exames, os países são tratados de modo estritamente igualitário. A *ratio* disto é evitar as críticas de parcialidade e submissão aos interesses dos ricos que se faziam à Comissão. Portanto, o Conselho se assegura de investir exatamente o mesmo tempo na revisão de todos os países, sejam eles quais forem.

Infelizmente, ainda assim as críticas não cessam – o que é lógico, quando se tem em vista que o verdadeiro motivo por trás dos que acusam os órgãos internacionais de serem “politicizados” é encontrar uma desculpa para não seguir suas recomendações. Os mesmos discursos sobre desigualdade de tratamento e uso dos direitos humanos para fins políticos são feitos hoje pelos representantes dos Estados no Conselho, sempre que se sentem demasiado pressionados por outros delegados. Tais alegações não repousam sobre base fática consistente, no mínimo porque os “países desenvolvidos”, que se utilizariam do Conselho para achincalhar os “em desenvolvimento”, constituem uma minoria dentre os membros deste órgão. Com

as armas de destruição em massa – mas não exibe qualquer previsão de mecanismo institucional para a reparação de violações a direitos humanos básicos.

⁴⁶² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.I, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pags. 465-466.

efeito, dos 47 membros em junho de 2011⁴⁶³, 35 são identificados como países em desenvolvimento⁴⁶⁴, para 12 considerados desenvolvidos. E mais: todos os países membros da ONU podem participar do Exame de um país, fazendo observações e recomendações. Logo, a desproporção entre “primeiro” e “outros” mundos só fará aumentar, eis que os países pobres são em muito maior número do que os ricos. Com efeito, o que se observou nas reuniões do Conselho acompanhadas para a elaboração deste trabalho foi uma grande afluência de países aliados ou vizinhos, sempre que algum Estado com histórico mais problemático de respeito aos direitos humanos passava pelo Exame. Desta forma, a maior parte dos Exames acabava com um número muito maior de observações neutras e favoráveis do que críticas⁴⁶⁵. Assim, a alegação de parcialidade do Conselho não se sustenta.

Logo, o principal motivo para o igualitarismo estrito que vigora neste órgão das Nações Unidas acaba por mostrar-se uma razão fraca, pois o procedimento continuará a ser objeto das críticas de governos violadores de direitos humanos, por mais que os equipare formalmente a Estados que se empenham em garantir tais direitos. É o que se vê das observações abaixo relacionadas:

*Belarus recommended that Pakistan continue its active efforts to de-politicize human rights in the United Nations system, and create the conditions for consideration of human rights on the basis of equality, mutual respect and dialogue.*⁴⁶⁶

*The delegation of Saudi Arabia stressed the importance of mutual understanding in order to have a constructive dialogue on human rights, which should not be politicized and noted that Islamic values encourage the application of all human rights without discrimination.*⁴⁶⁷

*Zimbabwe expressed concern at the politicization of Iran's review. It recognized the country's achievements in science and technology, culture, politics, economics and international cooperation as testimony to Iran's commitment to human rights. Zimbabwe noted that Iran continued to face challenges.*⁴⁶⁸

Ainda na revisão do Irã, a delegação líbia fez a seguinte recomendação:

Continue efforts and contributions at the international level aimed at strengthening international human rights mechanisms; and, in particular, help to make those mechanisms

⁴⁶³ Ver lista em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/membership.htm>, acesso em 15.07.2011.

⁴⁶⁴ A Líbia encontra-se suspensa desde 1º de março de 2011, em virtude de uma resolução da Assembleia Geral, mas foi contada ainda assim, para efeitos ilustrativos, visto que não foi substituída.

⁴⁶⁵ Ver tabelas no Anexo a esta dissertação, às pags. 345 e seguintes, *infra*.

⁴⁶⁶ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico do Paquistão, pag.9.

⁴⁶⁷ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico da Arábia Saudita, pag.14.

⁴⁶⁸ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico do Irã, pag.12.

*work on the basis of non-politicization and dialogue based on respect and cooperation, which guarantees the realization of the interests of the international community.*⁴⁶⁹

E o igualitarismo traz algumas desvantagens, como a quantidade de tempo e recursos necessária para que absolutamente todos os Estados sejam analisados da mesma forma pelo Conselho de Direitos Humanos.

Por fim, deve ser dito que o igualitarismo vigente no Conselho de Direitos Humanos acaba por diluir a responsabilidade de governos habitualmente violadores de direitos humanos no “caldo comum” das inúmeras pequenas violações das quais todo governo é acusado – justa ou injustamente – pelos outros países, pelos órgãos internacionais ou por ONGs. Cai-se num relativismo, pois se todos violam os direitos humanos, a conclusão será que ninguém os viola – ou que ninguém “possui legitimidade moral” para apontar as violações alheias.

Tratando do mesmo princípio, sob a rubrica de “não seletividade”, Cançado Trindade ressalta, na mesma toada do que se defendeu nestes parágrafos, que:

A não seletividade, mediante a aplicação do princípio da não discriminação, afigura-se como um imperativo para assegurar a universalidade dos direitos humanos *na prática*. Afastada a seletividade e descartada a discriminação, já não haveria razões para ressentimentos; mas para isto era necessário que prevalecesse o entendimento de que os mesmos preceitos e normas valem do mesmo modo, segundo os mesmos critérios, e com igual peso, para todos.⁴⁷⁰ (grifos no original)

Isto é, de nada adianta afirmar a não seletividade do órgão internacional se determinado grupo de países comportar-se de maneira seletiva em relação aos direitos humanos, evitando a todo custo ser cobrados por desrespeitos e violações aos mesmos.

Estas as críticas que se fazem ao igualitarismo nos direitos humanos. Algumas proposições mais concretas atinentes ao modo de o Conselho evitar tais problemas sem discriminar entre os Estados serão sugeridas no capítulo conclusivo desta dissertação.

⁴⁶⁹ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico do Irã, pag.18.

⁴⁷⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pag. 337.

2.2.3 Abstracionismo e subjetivismo

Além das características do estatismo e materialismo, por um lado, e do universalismo, interdependência e igualitarismo, por outro, encontramos, na atividade do órgão aqui examinado, uma terceira grande marca: o abstracionismo e subjetivismo, pelos quais os direitos humanos são vistos como mera expressão de reivindicações individuais, recusando-se o cotejo de tais exigências com a realidade fática.

Em primeiro lugar, o abstracionismo. Nota-se que os integrantes do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas conferem, na interpretação que fazem do que constitui afinal o conteúdo dos direitos humanos, um peso exagerado a algumas reivindicações individuais que não possuem consistência suficiente para ser enquadradas na categoria restrita e distinta dos direitos humanos. Como de hábito, tal fator será demonstrado através de exemplos extraídos da prática do Conselho.

2.2.3.1 Um exemplo: direito à verdade

Assim, podem ser mencionadas, de início, resoluções acerca dos chamados “direitos culturais” e do “direito à verdade”. Acerca deste último, nota-se que o sistema universal de proteção dos direitos humanos auspiciado pelas Nações Unidas não comporta uma definição completa do termo. O documento reiteradamente citado pelas resoluções do Conselho de Direitos Humanos como provendo uma delimitação adequada do direito à verdade é a Resolução 2005/66 da antiga Comissão de Direitos Humanos – a qual se debruça sobre vários pontos concretos, como a obrigação das partes num conflito em localizar todos os desaparecidos e o dever dos Estados de prover informações aos familiares de vítimas de desaparecimentos e demais maus tratos realizados em nome do governo. Mas não define o chamado “direito à verdade”, preferindo remeter os Estados ao Protocolo Adicional I (1977 – relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais) das Convenções de Viena de 1949 sobre direito internacional humanitário. Lembre-se que tais Convenções possuem um âmbito de aplicação restrito, limitando-se a conflitos internacionais.

E a citada Resolução 2005/66 introduz sua parte dispositiva já afirmando, no primeiro parágrafo, que a Comissão: “Recognizes *the importance of respecting and ensuring the right to the truth so as to contribute to ending impunity and to promote and protect human rights.*” (grifos no original)

O teor desta cláusula gera uma certa perplexidade, vez que não há definição sobre o que constitua o direito à verdade e, além disso, enquanto que o instrumental das Convenções de Viena fala em deveres bastante específicos relativos a vítimas de guerra e seus familiares, a resolução aponta para uma definição de direito à verdade que “contribua para o fim da impunidade” – ou seja, vai mais além. A diferença entre os dois textos é relevante, por mais que o segundo remeta ao primeiro.

Consequências desta confusão conceitual serão, do ponto de vista teórico, a afirmação de um direito sem que se especifique seu titular nem o sujeito obrigado, nem tampouco o teor da obrigação. Com efeito, quem é o titular do direito à verdade? A pessoa que sofreu alguma violação do Estado? Seus parentes? Toda a sociedade? É possível ter um direito titularizado por “toda a sociedade”, com base em que a realização de tal direito promove a reconciliação nacional?

Quem estará obrigado por este direito? O Estado responsável por violações de direitos humanos? Mas quando será responsabilizado? Quando recusar-se a compartilhar informações sobre algum destino trágico de indivíduo maltratado? Ou quando recusar-se a punir os perpetradores de tais atrocidades? Será que estas duas obrigações se confundem?

E, por fim, a questão mais complexa: qual será o conteúdo da obrigação estabelecida por este direito? Trata-se de punir os agentes estatais responsáveis por violações graves de direitos humanos? Ou de prover informações às antigas vítimas? Ou seria estabelecer “o que ocorreu”, de modo que toda a sociedade “fique sabendo”? E quem estabelece “o que ocorreu” de fato? Uma eventual “versão final” sobre “o que ocorreu” deverá contar com a chancela oficial? Outras interpretações serão excluídas?⁴⁷¹

Ora, não se duvida que exista um direito de vítimas de lesões graves aos direitos humanos (ou seus parentes) obterem informações precisas do Estado sobre os fatos relevantes. Este dever do Estado, entretanto, já é reconhecido por uma gama de disposições constantes de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Para não repetir a citação sobre

⁴⁷¹ Matthias Herdegen faz notar que as mesmas perguntas podem ser dirigidas, por exemplo, aos proponentes e defensores do direito ao desenvolvimento. HERDEGEN, Matthias, *Völkerrecht*. 9ª edição. Munique: C.H.Beck, 2010, pag. 371.

as Convenções de Viena, que protegem tal direito, pode-se falar na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado⁴⁷², na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁴⁷³ e na Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁷⁴, sem falar – para o sistema interamericano – em alguns artigos

⁴⁷² “Artigo 18. 1. Sem prejuízo dos Artigos 19 e 20, cada Estado Parte garantirá a quaisquer pessoas com interesse legítimo nessa informação, tais como familiares da pessoa privada de liberdade, seus representantes ou seu advogado, o acesso a pelo menos as seguintes informações:

- a) A autoridade que ordenou a privação de liberdade;
- b) A data, hora e local em que a pessoa foi privada de liberdade e admitida no local de privação de liberdade;
- c) A autoridade que controla a privação de liberdade;
- d) O local onde se encontra a pessoa privada de liberdade e, no caso de transferência para outro local de privação de liberdade, o destino e a autoridade responsável pela transferência;
- e) A data, hora e local da soltura;
- f) Dados sobre o estado de saúde da pessoa privada de liberdade;
- g) Em caso de falecimento durante a privação de liberdade, as circunstâncias e causa do falecimento e o destino dado aos restos mortais.

2. Medidas apropriadas serão tomadas, quando necessário, para proteger as pessoas a que se refere o parágrafo 1º deste artigo, bem como as pessoas que participarem da investigação, contra qualquer mau-trato, intimidação ou punição em decorrência da busca por informações sobre uma pessoa privada de liberdade.

Artigo 19

1. Os dados pessoais, inclusive dados médicos e genéticos, que forem coletados e/ou transmitidos no âmbito da busca por uma pessoa desaparecida, não poderão ser utilizados ou disponibilizados para outros propósitos que não a referida busca. Esta disposição não prejudica a utilização de tais informações em procedimentos criminais relativos ao crime de desaparecimento forçado ou ao exercício do direito de obter reparação.

2. A coleta, processamento, utilização e armazenamento de dados pessoais, inclusive médicos e genéticos, não deverão infringir ou ter o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo.

Artigo 20

1. O direito à informação a que se refere o Artigo 18 somente poderá ser restringido em caso de estrita necessidade previsto por lei, e de maneira excepcional, quando a pessoa estiver sob proteção da lei e a privação de liberdade estiver sujeita a controle judicial; quando a transmissão da informação puder afetar de maneira adversa a privacidade ou a segurança da pessoa; obstruir uma investigação criminal; ou por outros motivos equivalentes, de acordo com a lei, em conformidade com o direito internacional aplicável e com os objetivos desta Convenção. Em nenhum caso poderá haver restrições ao direito às informações a que se refere o Artigo 18 que possam configurar condutas definidas no Artigo 2 ou violação do parágrafo 1º do Artigo 17.

2. Sem prejuízo do exame da legalidade da privação de liberdade de uma pessoa, os Estados Partes garantirão às pessoas a que se refere o parágrafo 1º do Artigo 18 o direito a um rápido e efetivo recurso judicial como meio de obter sem demora as informações previstas nessa disposição. O direito a um recurso não poderá sob qualquer circunstância ser suspenso ou restringido.”

“Art.24. 2. A vítima tem o direito de saber a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado, o andamento e os resultados da investigação e o destino da pessoa desaparecida. O Estado Parte tomará medidas apropriadas a esse respeito.”

Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/convencoes/convencao-internacional-desaparecimento-forcado>, acesso em 09.05.2011.

⁴⁷³ “Artigo 12. Cada Estado Parte assegurará que as suas autoridades competentes procederão a uma investigação rápida e imparcial sempre que houver motivos suficientes para se crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território a sob sua jurisdição.”

“Artigo 14. 1. Cada Estado Parte assegurará, em seu ordenamento jurídico, à vítima de um ato de tortura, direito a reparação e a uma indenização justa e adequada, incluindo os meios necessários a sua mais completa reabilitação possível. No caso de morte da vítima em consequência de tortura, seus dependentes farão jus a uma indenização.

2. Este artigo em nada afetará quaisquer direitos que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais.” Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>, acesso em 09.05.2011.

⁴⁷⁴ “Artigo 9º. 4. Quando a separação [entre a criança e seus pais] resultar de medidas tomadas por um Estado Parte, tais como a detenção, prisão, exílio, expulsão ou morte (incluindo a morte ocorrida no decurso de detenção, independentemente da sua causa) de ambos os pais ou de um deles, ou da criança, o Estado Parte, se tal lhe for solicitado, dará aos pais, à criança ou, sendo esse o caso, a um outro membro da família informações essenciais sobre o local onde se encontram o membro ou membros da família, a menos que a divulgação de tais informações se mostre prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes comprometem-se, além disso, a que a apresentação de um pedido de tal natureza não determine em si mesmo consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.” Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf, acesso em 09.05.2011.

da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁷⁵ interpretados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁷⁶ como englobando o direito de receber tais informações.

Estes tratados internacionais, ao contrário das resoluções da Comissão e do Conselho, protegem direitos concretos, bastante delimitados. Não se limitam a proclamar um “direito à verdade” que pode significar qualquer coisa, e se lançam a exigir comportamentos cujo sentido não deixa muitas margens a dúvidas. Fala-se em garantir o acesso do particular a informações que lhe digam respeito, ou em garantir o acesso da criança a informações sobre seus pais, ou em responder às questões individuais sobre seus parentes vítimas de repressão. Não se estabelece, em contrapartida, em nenhum destes instrumentos acima citados, um direito “da sociedade” “à verdade” – direito que padeceria, como já vimos, não só de indefinição sobre seu conteúdo, como de uma total incompreensão do legitimado a requerê-lo.

Anote-se, por fim, que não se desconhece a existência de direitos difusos, os quais não podem ser atribuídos a um titular concreto, como os direitos relativos ao meio ambiente. No entanto, estes direitos não se confundem com o “direito da sociedade à verdade”. O direito à garantia do meio ambiente pode ser presumido como devido a todos, eis que um meio ambiente poluído danifica a vida de todo indivíduo. Já o “direito à verdade” não pode admitir tal presunção, pois esta repousa na crença de que “toda a sociedade” se interessa em conhecer as violações de direitos humanos praticadas pelo Estado, ou que tais esclarecimentos redundarão em benefícios para toda a coletividade. E esta não é uma presunção que possa ser aceita independentemente da consideração de cada caso concreto. A revelação dos crimes eventualmente cometidos em nome do governo pode contribuir ou não para a pacificação

⁴⁷⁵ Artigos 1º(1), 8º e 25.

“Artigo 1º. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

“Artigo 8º. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

“Artigo 25. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf, acesso em 09.05.2011.

⁴⁷⁶ Por exemplo, no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, julgado em 24.11.2010, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

social ou para a maior segurança democrática da sociedade. Isto dependerá de como se constitui a sociedade em questão e como se deu a violação em foco. Não é possível afirmar que tais informações acarretem sempre resultados positivos (compare-se, de novo, esta situação com a do dano ambiental, no qual o prejuízo aos indivíduos é física, biológica e clinicamente mensurável, e não algo subjetivo). Os legitimados para saber como lidar com tais situações serão os próprios atores envolvidos naquela sociedade – por vezes acharão por bem revelar todos os dados da prévia atuação estatal, e por vezes, não. Mas considera-se a afirmação pura e simples de um direito abstrato a informações sobre violações cometidas pelo Estado como um certo abuso e uma tomada de posição perigosa, que evita o contato com a realidade⁴⁷⁷. Repita-se que a crítica não é dirigida ao direito das vítimas de conhecer os fatos por trás de seu sofrimento – direito garantido em vários tratados internacionais, como visto, e que goza corretamente de *status* superior e fundamental. Ataca-se, na verdade, a afirmação de um direito “geral”, de titularidade atribuída de modo indiscriminado a “toda a sociedade”, e de conteúdo indeterminado⁴⁷⁸.

Portanto, quando o Conselho de Direitos Humanos agasalha resoluções proclamando o “direito à verdade”⁴⁷⁹, está elevando uma expressão indefinida, que pode abranger uma infinidade de reivindicações distintas (desde abertura de arquivos por petição individual até a persecução penal de agentes estatais, passando por revogação de leis anistiantes e a criação de novos tipos penais, além de incentivos governamentais a versões particulares da história), ao mesmo nível de direitos de conteúdo inquestionável como a garantia da vida e da integridade física. Isto é feito a partir de suposições que podem ou não ter correspondência na realidade, a

⁴⁷⁷ Acredita-se não fazer mal ao pensamento do autor ao citar aqui o seguinte trecho de Vicente de Paulo Barretto: “Na verdade, o fetiche dos direitos humanos apresenta na modernidade duas faces: uma face simbólica, libertadora e redentora dos seres humanos; e outra face dogmática, formalista e na sua arrogância de tudo saber limitadora do aperfeiçoamento da sociedade.” BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pag.8.

⁴⁷⁸ É a advertência que faz Javier Hervada ao realçar, no conceito clássico de justiça, a expressão “a cada um”:
 “Evidentemente que a justiça visa à sociedade inteira. [...] Mas a justiça – que tende a edificar a sociedade – dá seu direito a cada um, pessoa por pessoa, indivíduo por indivíduo, coletividade por coletividade. É como esses grandes pintores capazes de fazer quadros gigantescos, mas não a grandes pinceladas, e sim detalhe por detalhe, ponto por ponto. [...] Eis porque a justiça, que é também virtude dos políticos, não está abandonada às realizações desses. Os políticos costumam gostar mais dos grandes traços e da celeridade na obtenção dos frutos do que da paciência da justiça. Em toda sociedade minimamente organizada, o controle da justiça e a função de garanti-la está nas mãos do Poder Judiciário. Esse poder não age por meio de grandes diretrizes ou planos mais ou menos ambiciosos. Ouve os cidadãos um por um, controvérsia por controvérsia, processo por processo. Atende cada um, pronuncia sentença para cada caso, protege cada cidadão. Isso é a justiça, dar seu direito a cada um. Por isso é disparatada essa ‘justiça do grupo’ que não hesita em atacar direitos dos indivíduos.”
 HERVADA, Javier, *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pags. 32-35.

⁴⁷⁹ Resolução 14/7 “sobre proclamação do dia 24 de março como o Dia Internacional para o Direito à Verdade acerca de Violações Grosseiras de Direitos Humanos e para a Dignidade das Vítimas”. Resolução 12/12 “sobre o direito à verdade”.

depende do caso concreto. Leiam-se, neste sentido, as seguintes cláusulas da Resolução 12/12:

Recognizing the universality, indivisibility, interdependence and interrelatedness of civil, political, economic, social and cultural rights,

Recalling article 32 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 12 August 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, which recognizes the right of families to know the fate of their relatives,

Recalling also that article 33 of Additional Protocol I provides that the parties to an armed conflict shall search for the persons who have been reported missing, as soon as circumstances permit,

Recalling further the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, adopted by the General Assembly in its resolution 61/177 of 20 December 2006, in which article 24 (2) sets out the right of victims to know the truth regarding the circumstances of the enforced disappearance, the progress and results of the investigation and the fate of the disappeared person, and sets forth State party obligations to take appropriate measures in this regard, and the preamble that reaffirms the right to freedom to seek, receive and impart information to that end

[...]

Stressing that adequate steps to identify victims should also be taken in situations not amounting to armed conflict, especially in cases of massive or systematic violations of human rights,

Recalling the set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annex II) and taking note with appreciation of the updated version of those principles (E/CN.4/2005/102/Add.1),

[...]

Stressing the importance for the international community to endeavour to recognize the right of victims of gross violations of human rights and serious violations of international humanitarian law, and their families and society as a whole, to know the truth regarding such violations, to the fullest extent practicable, in particular the identity of the perpetrators, the causes and facts of such violations, and the circumstances under which they occurred,

Stressing also that it is important for States to provide appropriate and effective mechanisms for society as a whole and, in particular, for relatives of the victims, to know the truth regarding gross violations of human rights and serious violations of international humanitarian law,

[...]

Recognizing the importance of preserving historic memory related to gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law through the conservation of archives and other documents related to those violations,

Convinced that States should preserve archives and other evidence concerning gross violations of human rights and serious violations of international humanitarian law to facilitate knowledge of such violations, to investigate allegations and to provide victims with access to an effective remedy in accordance with international law,

1. Recognizes the importance of respecting and ensuring the right to the truth so as to contribute to ending impunity and to promote and protect human rights;

[...]

4. Encourages other States to consider establishing specific judicial mechanisms and, where appropriate, truth and reconciliation commissions to complement the justice system, in order to investigate and address gross violations of human rights and serious violations of international humanitarian law.” (grifos no original)

É interessante observar como a resolução parte de textos específicos, que se aplicam a situações determinadas (como casos de guerra) e exigem comportamentos claros (como as obrigações dispostas na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra

o Desaparecimento Forçado) para alargar desmesuradamente o escopo do direito à verdade, afirmando que este deve combater a impunidade e preservar a memória histórica da sociedade – que são dois objetivos políticos, e não dizem respeito a necessidades básicas do indivíduo.

Este “direito à verdade” foi aqui examinado por ser um exemplo bastante atual e claro do abstracionismo nos direitos humanos. Os parágrafos acima podem ter sua pertinência ao tema da dissertação questionada, eis que, dentre todos os países muçulmanos analisados, somente a Argélia apresentava problemas com justiça de transição e processos de reconciliação nacional. Entretanto, tal estudo fez-se ainda assim necessário, eis que os direitos “abstratos” e sem base na realidade cujo respeito foi exigido aos Estados islâmicos podem ser melhor identificados e compreendidos a partir do exemplo ilustrativo do “direito à verdade”.

2.2.3.2 Exigências irrazoáveis aos Estados muçulmanos

O primeiro exemplo de exigência irrazoável que se faz aos países islâmicos já foi dado, quando se escrevia mais acima sobre estatismo: a exigência de que se proíba o castigo físico no seio da família⁴⁸⁰. Considera-se tal exigência, repetida para quase todos os Estados islâmicos, uma fuga completa da realidade, eis que nem nos países ocidentais há consenso acerca da pertinência de tal restrição no rol dos direitos humanos. Pode-se observar que a Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁸¹ não traz tal proibição, que ingressou nos Exames Universais Periódicos devido aos esforços da ONG *Global Initiative to End All Corporal Punishment against Children* (GIEACPC), já apresentada acima.

Ora, se é verdade que há muitas famílias, também entre os países muçulmanos, nos quais a criança é maltratada e utilizada como serva doméstica, também é verdade que entre tais abusos e a correção física há um grande salto. A diferença está tanto nos meios quanto na intenção: o castigo físico é proporcional às condições da criança, enquanto os maus tratos não o são. E a intenção por trás de uma correção corporal é a educação, enquanto o que se esconde

⁴⁸⁰ *Supra*, pag.103.

⁴⁸¹ O art.19 (1) da Convenção protege a criança contra “todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais”. Entender a partir daí uma proibição geral a castigos físicos equivaleria a interpretar a proibição de “violência mental” como impedindo que as crianças fossem repreendidas pelos pais. Evidentemente, não é este o escopo da Convenção, tampouco a proibição do castigo físico, desde que dentro dos limites razoáveis.

por trás da violência contra os menores são propósitos de lucro, simples vingança ou desinteresse, mas nunca um interesse no bem estar do tutelado. Não é boa a técnica legislativa – seja interna ou internacional – que proíbe comportamentos legítimos em vista de abusos que por vezes ocorrem.

Por isso, as demandas para que os países islâmicos proíbam tais comportamentos na família não guardam correspondência alguma com a realidade, provindo antes de teorias e suposições acerca do universo psicológico da criança que não constituem unanimidade sequer entre os países que aboliram os castigos físicos. E não deve esquecer-se da janela que uma tal restrição abriria ao totalitarismo estatal (que, na grande maioria dos Estados que integram o Islã, já é bastante robusto, dispensando mais incentivos): caso o Estado decida o que os pais podem ou não fazer no exercício de seu poder familiar, estará invadindo a esfera de atuação legítima dos genitores, substituindo-se a estes e considerando-se mais preparado para a tarefa educacional do que os próprios pais, o que é completamente irreal. Se é verdade que os pais por vezes são despreparados para o exercício de seu papel formador, nada garante que o Estado também não possa enganar-se em relação à formação das crianças, se pretende substituir os pais.

Tudo isto para mostrar como – na opinião aqui defendida – erram os membros do Conselho de Direitos Humanos ao fazer constar de suas recomendações, ao lado de exigências para que menores não sejam submetidos à pena de morte ou a punições corporais pelo Estado, a demanda para que o castigo físico seja proibido em casa. Trata-se de um claro exagero, que possivelmente fará com que os destinatários percebam todo o sistema dos direitos humanos como invasivo. (Não se pode olvidar que a ênfase na indivisibilidade dos direitos humanos pode funcionar para seu igual desrespeito: se todos os direitos humanos são uma só realidade, caso um destes seja exagerado, todos o serão.)

Outros exemplos de exigências sem suporte na realidade feitas aos países islâmicos incluem a demanda pelo oferecimento de uma disciplina sobre religiões e crenças nas escolas públicas⁴⁸² – que parece ser um mecanismo interessante para combater preconceitos religiosos, mas depende essencialmente da política interna do Estado, não podendo ser exigido como um dever decorrente da ordem jurídica internacional –, a adoção de sistemas

⁴⁸² Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Turquia, pag.4.

econômicos “que não reproduzam... exigências dogmáticas sobre privatização”⁴⁸³, e a recomendação para a descriminalização do aborto⁴⁸⁴ – tema que está longe de ser consensual e acerca do qual paira o perigo de violar outros direitos humanos, como a vida da criança não nascida.

Concluindo, notamos que a terceira grande marca encontrada no trabalho do Conselho de Direitos Humanos refere-se, na verdade, a três características complementares: o abstracionismo, entendido como a afirmação de direitos sem base na realidade; o subjetivismo, pelo qual os direitos humanos são vistos como apêndices de vontades individuais, cujos únicos limites serão os direitos alheios (desde que seus titulares possam manifestar-se); e a invasão da competência dos Estados, através da qual a instância internacional define direitos e deveres que normalmente seriam deixados a critério da população local⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Resolução 14/4 “sobre os efeitos da dívida externa e de outras obrigações internacionais dos Estados no gozo dos direitos humanos, em especial em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais”. Tal Resolução parece inspirada na mesma teoria apresentada por A.A. Cançado Trindade, em seu “Tratado de direito internacional dos direitos humanos”, no qual denuncia a “ameaça da idolatria do mercado”, argumentando que “o aumento da competitividade econômica tem-se feito acompanhar pelo crescimento do endividamento e da pobreza; a abertura das fronteiras aos capitais (inclusive os especulativos, à busca dos lucros fáceis e imediatos), tem-se feito acompanhar pelo fechamento das fronteiras a milhões de seres humanos, que tentam fugir da fome, das enfermidades, e da miséria, assim como pelos numerosos e desagregadores conflitos internos irrompidos em diversas partes do mundo. [...] Só a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base na solidariedade humana poderá levar à superação deste trágico paradoxo. [...] A exacerbação do mercado e a busca frenética do lucro e das vantagens individuais, parecem minimizar ou desconhecer – e ameaçam destruir – grande parte do legado cultural das gerações passadas, além de despersonalizarem o ser humano, levando-o a trocar os fins pelos meios, e lançando-o no mais completo vazio. A idolatria do mercado, ensaiada em nossos dias, vem sepultar algumas utopias há muito perseguidas, como a busca de uma sociedade mais igualitária. O mercado não tem, porém, um valor absoluto; nem sequer é, como nunca foi, uma utopia. E o ser humano, ao menos aquele que deseja dar sentido a sua existência, necessita utopias. A realidade é por demais estéril, senão bruta; face ao cultivo do egoísmo e à idolatria do mercado, impõe-se resgatar a responsabilidade do Estado pela vigência dos direitos humanos, inclusive os econômicos, sociais e culturais.” Com o devido respeito pelo autor e elogios a seu estilo inspirador, nota-se, nos trechos aqui colacionados, que a contraposição “direitos humanos vs. mercado” é construída com base em dados que não são, de forma alguma, objeto de consenso, e que, a depender da visão política do observador, corresponderão ou não à realidade. São estes: (1) o aumento da competitividade econômica como causa do aumento da pobreza; (2) a internacionalização do capital como causa das restrições à circulação de pessoas; (3) a necessidade, a ser garantida pelo direito, da “reconstrução” da sociedade internacional com base na solidariedade; (4) a possível exigibilidade jurídica de comportamentos com base neste valor da solidariedade; (5) a busca incessante do lucro como conducente ao vazio existencial; (6) a necessidade humana por utopias para dar sentido a sua existência; (7) a realidade apresentada como “estéril, senão bruta”. São pontos interessantes e que podem ser legitimamente defendidos em debates políticos, filosóficos, antropológicos, etc. Mas não se pode tomá-los como base para uma argumentação sobre direitos humanos, eis que estes últimos são absolutos e universais, enquanto que todos os pontos apontados são apenas modos de se enxergar a realidade, que fazem parte do domínio político, essencialmente aberto à discussão e às mudanças de opinião de políticos e eleitores. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pags. 330-335.

⁴⁸⁴ Compilação preparada pelo ACNUDH sobre a Nigéria, pag.9; compilação preparada pelo ACNUDH sobre o Paquistão, pags. 9 e 10.

⁴⁸⁵ Desta forma, é possível inverter a seguinte crítica que Juan Cianciardo faz ao assimilacionismo: “*las posturas asimilacionistas, que puertas adentro de los Estados pretenden imponer a los grupos sociales los derechos de primera generación en general en nombre del universalismo de esos derechos, suelen ser resistentes a la hora de reconocer los derechos de segunda generación, en particular el derecho al trabajo. Dicho de otro modo, el asimilacionismo impone los derechos de primera generación pero niega los de la segunda. Su universalismo, por eso, es a medias. Se trata de universalizar una visión sesgada del ser humano: la visión antropológica del liberalismo occidental.*” Mantendo a última frase, repete-se que o abstracionismo no trabalho do Conselho de Direitos Humanos também é um universalismo “a medias”:

2.3 Necessidade de uma base teórica robusta para o trabalho do Conselho de Direitos Humanos

Apresentamos, assim, três marcas da atuação do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas: o estatismo e materialismo; o universalismo, interdependência e igualitarismo; e o abstracionismo, subjetivismo e invasão da competência dos Estados.

Afirma-se que – com exceção do universalismo radicado na exigência de respeito universal aos direitos humanos – estes fatores fazem com que os direitos humanos pareçam, como um todo, negativos aos olhos de integrantes de outras culturas. Quando se pede a Estados muçulmanos que, além de respeitar a vida e os bens e liberdades básicos de seus cidadãos, criem leis sobre ensino religioso, ou interfira no pátrio poder de suas famílias, são os direitos humanos como um todo a ser enfraquecidos e a sofrer com o subsequente desprezo dos membros do Islã. Isto é, o Conselho perde-se em recomendações secundárias e tarefas demasiado ambiciosas, dando pouca atenção ao que deveria constituir o foco de seus trabalhos: a proteção do indivíduo contra os desmandos estatais.

Isto parece ser consequência de uma base teórica fraca a fundamentar o que sejam os direitos humanos. Com efeito, uma decisão consciente do sistema de direitos humanos das Nações Unidas foi ilidir as discussões teóricas, preferindo focar em obrigações práticas dos Estados⁴⁸⁶. Se à primeira vista tal decisão parece fazer bem ao universalismo, ela pode acabar acarretando – como parece ser o caso – na multiplicação dos deveres estatais sem fundamentação coerente. A recusa em estudar uma teoria que explique satisfatoriamente os direitos humanos causa a separação entre estes e a realidade – serão direitos humanos o que os órgãos, ONGs, governos e demais atores da esfera internacional quiserem.

trata-se de impor determinadas visões políticas e filosóficas como universais, mas sem reconhecer o universal direito de toda sociedade nacional deliberar e escolher para si as políticas e ideologias que mais lhe convierem. CIANCIARDO, Juan: Universalismo de los derechos humanos y asimilacionismo. In: do mesmo autor (org.): *Multiculturalismo y univesalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, pag. 26.

⁴⁸⁶ FERNÁNDEZ, Encarnación: *Conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural. El reto de la globalización “posible”*. In: CIANCIARDO, Juan (org.): *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, pag.36.

A única concessão que – na lógica do Conselho denunciada até aqui – se faz à teoria é a invocação do conceito abstrato e impreciso de dignidade humana. Os direitos humanos são, portanto, apresentados como decorrências do fato de o homem ser digno. Como já visto na introdução a esta dissertação⁴⁸⁷, a nebulosidade do conceito acaba desvalorizando tal fundamento.

De forma a estabelecer algumas linhas de referência para conhecer o conteúdo dos direitos humanos, o próximo capítulo será dedicado à fundamentação deste conceito. Também será apresentada, como requisito prévio, uma síntese da corrente jurídico-filosófica que elegi como marco teórico deste trabalho: o realismo jurídico clássico, também conhecido como jusnaturalismo clássico.

⁴⁸⁷ Capítulo 1, pag.5 e seguintes.

3 UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Após a descrição do problema que este projeto visa responder, o presente capítulo e os três últimos se empenharão em traçar as linhas gerais de uma possível solução que afirme a compatibilidade da atividade e propósitos do Conselho de Direitos Humanos da ONU com os países muçulmanos. Objetiva-se aqui fornecer o instrumental teórico necessário para esclarecer alguns conceitos básicos. Serão páginas de caráter mais filosófico, eis que, para tratar do tema dos direitos humanos, é preciso antes enfrentar a discussão sobre sua existência, consistência e fundamento. Em seguida, os capítulos 5 e 6 voltar-se-ão ao exame da *Sharia*, a lei islâmica, analisando-a em comparação com as exigências dos direitos e liberdades básicos. Por fim, o capítulo 7 concluirá o estudo reunindo as conclusões dos diversos capítulos e propondo algumas novas ideias para balizar o trabalho dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

3.1 A teoria jurídica do jusnaturalismo clássico

Como marco teórico, seguir-se-á a corrente do chamado realismo jurídico clássico⁴⁸⁸. Advirta-se que este não deve ser confundido com o realismo jurídico escandinavo de Alf Ross e seus colegas, tampouco com o realismo “clássico” das relações internacionais. Antes, trata-se da concepção de direito de matriz aristotélico-tomista que enxerga na realidade externa – e, portanto, objetiva – a chave para a compreensão e o uso dos conceitos de direito e justiça⁴⁸⁹. Esta filosofia pode ser brevemente descrita com apoio em cinco distinções, estudadas, entre muitos outros, por Aristóteles e São Tomás de Aquino: (1) direito e moral (justiça geral e justiça particular); (2) justiça distributiva e justiça comutativa; (3) justo natural e justo positivo; (4) direito, justiça e lei; e (5) justiça e equidade.

⁴⁸⁸ Também é possível designar tal corrente por “jusnaturalismo”, eis que o realismo clássico no direito conduz à noção de direito natural. Entretanto, esta expressão não pode ser tomada no sentido moderno-contemporâneo da “Escola do Direito Natural”.

⁴⁸⁹ MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Filosofía del derecho*, tomo I: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. 2ª edição. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, pags.10-14.

3.1.1 Justiça geral e justiça particular

A primeira diferenciação estabelece o binômio entre justiça geral e particular. Segundo Aristóteles e São Tomás de Aquino, a justiça geral compõe-se da soma de todas as virtudes⁴⁹⁰ que orientam o indivíduo aos demais. Nestas, contam-se, entre outros, bons hábitos como a paciência, a alegria e a coragem. Mas esta justiça geral aponta para o interior da pessoa, buscando ajustá-la aos outros – ou, nas palavras de S. Tomás, ordenar as partes da sua alma.

Quando se dirige primeiramente à vida boa e honesta, é chamada de justiça no sentido metafórico⁴⁹¹, por não dizer respeito ao outro. Um dos usos da palavra “justiça” percebido por Aristóteles denotava o homem bom, virtuoso, mas que buscava simplesmente aperfeiçoar-se, e não necessariamente a melhoria dos demais. Este homem seria, então, justo somente num sentido metafórico, porque a justiça, seja geral ou particular, diz respeito ao bem do outro. O homem que é justo somente consigo mesmo pode-se apelidar de “justo” em sentido analógico porque, lutando por conseguir as virtudes, acabará, indiretamente, por beneficiar aos outros e a toda a sociedade. Mas o sentido exato de justiça, geral ou particular, liga-se à busca por aquilo que é devido ao outro.

Já a soma das virtudes que se referem aos demais é chamada por Aristóteles de justiça geral ou “excelência moral”, e está presente em todas as condutas humanas (ou deveria estar, caso se deseje alcançar uma vida realizada). Também atos significativos para o direito podem ser julgados moralmente. Porém, o direito e seus meios de aplicação não terão serventia neste julgamento, eis que a virtude, objeto da avaliação moral, se define mais em relação ao estado interior do indivíduo (intenção, emoções, propósitos, etc.) do que através das expressões externas de seus atos⁴⁹².

⁴⁹⁰ “As virtudes são hábitos que se adquirem com a constante aplicação da reta razão sobre a vontade livre na orientação das paixões para adequá-las à intenção e ao fim da ação humana, pois uma paixão desorientada desvirtua não apenas a ação, mas o próprio fim do homem.” FAITANIN, Paulo, *A dignidade do homem: a antropologia filosófica de Santo Tomás de Aquino*. Niterói: Instituto Aquinate, 2010, pag. 33.

⁴⁹¹ *Summa*, II-II q.58 a.2 (AQUINO, S. Tomás de: *Suma de Teología*. Madri: *Biblioteca de Autores Cristianos*, 2001)

⁴⁹² Rodolfo Luis Vigo vê a justiça geral como mais próxima do direito que da moral. A característica marcante desta justiça seria a ordenação do indivíduo a toda a sociedade, numa espécie de relação de troca orientada ao bem comum. Justiça geral

A justiça particular, pelo contrário, trata das atividades que se dirigem prioritariamente e de modo direto aos outros. Ela ordena as ações humanas aos outros, no que diz respeito aos objetos. Sobre isso, São Tomás de Aquino observa⁴⁹³ que “justiça” procede do verbo “ajustar-se [a outrem]”⁴⁹⁴. No campo da justiça particular, não importa tanto o estado interno, mas os resultados fáticos. Por isso, ela se diferencia da justiça geral na medida em que esta última examina detidamente as ações, enquanto que, na primeira, o foco está nas proporções das coisas e relações das pessoas que estejam motivadas por algum objeto concreto.

Um ato da justiça geral pode ter algum bem por objeto, como uma esmola que se dá a alguém: caso em que a ação é exercida sobre esta quantia de dinheiro. Entretanto, nesta hipótese, a virtude da generosidade não está na conduta em si, enquanto causa de um resultado, pois esta não passa de manifestação externa da intenção. Para saber se determinado gesto foi virtuoso ou não, a justiça geral investigará a motivação interior que levou o indivíduo a agir daquela maneira. O mero gesto de dar esmola não terá sido um gesto generoso caso o indivíduo o tenha realizado movido por orgulho, ou por medo, ou por outro motivo qualquer que não o bem do indigente. Os bens externos terão importância secundária, então, nos atos julgados pela justiça geral. Percebe-se então outra especificidade da justiça particular: diferentemente das demais virtudes, ela não se preocupa com a intenção nem com os motivos que levaram o agente àquela conduta, mas somente com o resultado obtido. É por isso que, na justiça particular, os bens e a sua distribuição serão o mais importante, e a intenção não qualificará, em regra, o julgamento.

Em comum, ambas exibem fundamentação na igualdade. Seja qual dos dois sentidos da justiça se considere, o comportamento em relação aos outros repousa sobre o igual valor de todas as pessoas, que é imediatamente conhecido quando se entra em contato com outrem⁴⁹⁵. Javier Hervada recorda⁴⁹⁶ o termo “justiça legal”, utilizado por Aristóteles como sinônimo de “justiça geral”, eis que esta seria o hábito de cumprir as leis. Com efeito, as leis visam influir

seria a *ordo partium ad totum*. (VIGO, Rodolfo Luis: *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pags.25-27.)

⁴⁹³ *Summa*, II-II, q. 57 a.1

⁴⁹⁴ “*Lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta. Vulgarmente se dice que las cosas que se igualan se ajustan.*” *Summa*, II-II, q.57 a.1 (grifo mantido).

⁴⁹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima, *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: editora 34, 2004, pags. 205-208. Sobre a igualdade como fundamento da justiça, ver, *infra*, pags. 143 e 144, neste capítulo.

⁴⁹⁶ HERVADA, Javier: *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pag.71.

na conduta humana, promovendo comportamentos considerados virtuosos e desencorajando atos prejudiciais à sociedade. Portanto, justiça geral, como uma espécie de moralidade pública, está presente na lei, enquanto que a justiça particular toca mais de perto a realidade do direito, que se ocupa em definir o que deve ser dado a cada um⁴⁹⁷.

A justiça particular busca então ordenar a relação entre duas ou mais pessoas, naquilo que disser respeito às coisas, de tal modo que a igualdade essencial seja mantida. Ressalte-se que, com “coisas”, não se está falando somente de bens materiais, mas de qualquer objeto a que uma ação pode visar (como a vida, a honra, propriedades, etc.) Para que se chegue a uma proporção justa, a cada um deve ser disponibilizado o que lhe for devido. Daqui extrai-se a conhecida fórmula da justiça sintetizada por Ulpiano: Justiça como a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu⁴⁹⁸. Percebemos então que se fala de atos, de uma série de atos feitos em atenção ao outro. Uma vontade constante e perpétua de fazer alguma coisa boa é uma virtude. Logo, a justiça particular também é uma virtude.

Esta “segunda” justiça é utilizada pelos juristas clássicos de modo preferencial como “justiça”, enquanto que a primeira, a noção de justiça mais ampla, costuma ser chamada “perfeição” ou “excelência”.

No entanto, esta divisão no significado do conceito é fácil de ser explicada, caso se tenha em mente que a justiça particular, como o nome indica, é uma parte da geral. Esta última é a soma de todas as virtudes pessoais. Como a justiça no sentido mais restrito é um bom hábito específico, ela também pertence ao campo mais amplo da moral.

Isto nos conduz a algumas conclusões, quando consideramos que o direito se refere à justiça particular e a moral tem que ver com a justiça geral:

O direito e a moral são campos distintos, sendo que o direito se dirige às relações “externas” e a seus resultados, enquanto que a moral se ocupa do estado interior das pessoas, ajustando-as aos demais em todas aquelas condutas nas quais os bens não sejam o objeto principal.

Apesar de não se confundir com a moral, o direito se vê abarcado pela mesma. Ou melhor: os comportamentos que são examinados pelo direito também o são pela moral. São duas instâncias diferentes de julgamento dos atos, sendo que uma leva em conta as

⁴⁹⁷ BASTIT, Michel, *Nascimento da lei moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pags. 457-458.

⁴⁹⁸ Digesto, 1.1.10: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*”

consequências para a pessoa em si e para os outros enquanto pessoas e enquanto coletividade, ao passo que a outra só examina os resultados das ações que alteraram a proporção de coisas existente entre os indivíduos. Por isso, algumas condutas imorais podem ser indiferentes no plano jurídico. Isto ocorrerá sempre que a conduta dirigir-se contra a realidade da pessoa (seja do próprio agente ou do outro que sofrerá a ação), porém não envolver uma alteração na proporção dos bens entre os partícipes na relação, de modo que “o seu” não seja alterado. No entanto, a conduta imoral poderá, no máximo, ser permitida, porém nunca exigida pelo direito. O contrário seria ilógico, pois tanto a justiça geral quanto a particular se referem a virtudes, e uma conduta não pode ser ao mesmo tempo virtuosa e viciada. Logo, ainda que existam ações não suscetíveis de serem medidas pela justiça particular, esta não poderá impor condutas imorais.

Da mesma forma, uma atividade injusta na concepção particular necessariamente o será também do ponto de vista geral, eis que as duas justiças examinam atos humanos, e a particular está englobada na geral.

3.1.2 Justiça distributiva e justiça comutativa

A segunda diferenciação ocorre entre justiça distributiva e comutativa. Estas são maneiras de concretizar a justiça na realidade fática. São os caminhos pelos quais se promove a justiça. Tal divisão é necessária porque as condutas humanas que se referem aos bens podem ser reconduzidas a dois modos básicos de execução. Com efeito, é possível que se trate de uma troca ou de uma distribuição, a depender da intenção, que pode apontar para a manutenção da proporção patrimonial entre os indivíduos antes e depois da relação, ou então para o recebimento de partes adequadas de um novo bem.

A justiça distributiva regula as relações entre as pessoas que dizem respeito às coisas e se caracterizam pela distribuição. Nas palavras de Aristóteles, ela trata de “bens novos” que, ou surgem em um dado momento (por exemplo, os lucros de uma sociedade por ações), ou tornam-se disponíveis (por exemplo, os bens que compõem uma herança), ou ainda devem ser distribuídos a todo o tempo pelos membros de um grupo (por exemplo, as penas jurídicas). A execução desta distribuição exige sempre um distribuidor, que está na posse do bem e o transmite ou divide regularmente. Na maioria dos casos, este papel será assumido pelo

Estado, porém isto não é uma necessidade (como no exemplo de uma sociedade por ações que divide seus lucros de acordo com a participação acionária).

O núcleo da justiça distributiva é a busca por uma “igualdade geométrica”, isto é, por uma regularidade na proporção entre os destinatários da distribuição, de modo que todos sejam tratados de modo igual. Portanto, a distribuição deve seguir o mesmo critério em relação a todos os envolvidos. Deve ser observado que, conseqüentemente, nem todos auferirão a mesma quantia, porém todos receberão de acordo com o mesmo critério.

O exposto levanta uma pergunta importante sobre esta forma de execução da justiça: qual critério valerá? Até mesmo Aristóteles⁴⁹⁹ se mostra surpreendido diante da multiplicidade de possibilidades que percebia na sociedade de seu tempo: o critério poderia ser constituído pelo mérito, liberdade, riqueza, nobreza, excelência... Poderíamos acrescentar também a necessidade, honra, família, grupo social, igualdade, sorte, força, etc.

Porém não é necessário escolher somente um denominador e utilizá-lo em qualquer ocasião. Antes, são as circunstâncias particulares de cada divisão que orientarão a escolha. O objeto da divisão deve ser considerado. Além disso, pesarão tanto o motivo pelo qual se procede à divisão como a finalidade da operação⁵⁰⁰.

Importa, na justiça distributiva, não tanto a ordem dos critérios utilizados, ou os valores que serão promovidos com a distribuição. A característica diferencial é a igual consideração de todas as pessoas. Em outras palavras, a proporção entre as pessoas deve ser mantida. Isto pode ser alcançado por diversos padrões de divisão, logo, em um caso concreto, mais de um pode ser passível de utilização. Nestes casos, o papel do direito positivo será de importância, de modo a indicar, por princípios e regras, os traços principais da divisão. Assim, vemos que o critério da distribuição pode ser determinado pelo direito positivo, desde que não o faça em contradição com a natureza das coisas (o motivo e finalidade da distribuição, bem como as características essenciais do objeto distribuído)⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Koury, 4ª edição. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 2001, 1131a

⁵⁰⁰ RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*. Cidade do México: Porrúa, 1959, pags. 590-591.

⁵⁰¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio: *Filosofía del derecho, tomo II – La justicia*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, pags.13-15: “El criterio para la determinación del título o mérito jurídico es, entonces, (...) el bien de los hombres agrupados en una comunidad de vida autónoma, a la que comúnmente se llama sociedad política. Dicho en otras palabras, el fin u objetivo de la asociación o mancomunación de las personas entre sí es el criterio para el reparto de los resultados, directos o indirectos, de la colaboración y el trabajo en común, y el título o mérito de cada uno se estructura de modo que el bien de todos se vea favorecido de la mejor manera posible.”

Por exemplo: na distribuição de medalhas de bravura a membros das forças armadas, a sorte ou a igualdade simples nunca poderão servir como critério. A esta conclusão chega-se pela mera observação dos fins da atribuição desta honraria e da natureza de todo o meio militar. Da mesma forma, a divisão de produtos de necessidades vitais após uma catástrofe não considerará, em regra, os critérios da honra ou do mérito, e sim o da necessidade e possivelmente o do pertencimento a um grupo social determinado. Já a distribuição de processos aos julgadores integrantes de um colegiado não poderá seguir outro critério senão a sorte, ainda que qualificada pela especialização das turmas e varas, e a igualdade relativa ao número aproximado de processos por julgador. No caso da distribuição de penas, pelo contrário, o fator decisivo será o (de)mérito, e critérios como pertencimento a um grupo social e família não poderão normalmente ser examinados pela justiça distributiva nesta hipótese.

Fica claro, então, que a justiça distributiva procura manter certa regularidade proporcional. Ela se volta a uma igualdade proporcional (geométrica). Não se trata de uma distribuição equalizadora, mas de uma distribuição entre pessoas de valor equiparável⁵⁰².

A outra forma de concretização da justiça é chamada justiça comutativa. Esta regula aquelas relações entre as pessoas visando coisas, que se caracterizem pela troca. Age-se aqui buscando uma igualdade entre a proporção dos diversos patrimônios antes e após a relação. Ou seja, a justiça nas trocas não consiste na equiparação entre as riquezas de valor diverso ostentadas por cada uma das partes, mas na manutenção do tamanho da diferença entre os lados. É por isso que se pode dizer que, normalmente, visa-se a igualdade aritmética. Os partícipes devem deixar a relação com o mesmo patrimônio com o qual ingressaram nela.

Esta justiça se baseia na igualdade geral entre as pessoas⁵⁰³. O valor do que foi entregue deve ser recebido de volta. Pois todos devem ser tratados de modo igual, uma vez que todos são iguais. Esta igualdade básica possui tamanha importância e força, que sua exigência permanece inclusive em havendo patrimônios muito distintos. Isto significa que, tal como a justiça distributiva, também a comutativa não iguala, mas valora igualmente.

⁵⁰² Por isso, Javier Hervada pode escrever sobre o “erro” do igualitarismo, eis que este pretende dar a todos o mesmo. “Há aqui um erro sutil. Certamente a justiça tem uma dimensão inerente de igualdade: trata todos por igual, sem discriminação ou aceção de pessoa. Porém, essa igualdade não está no que dá, mas em como dá. A justiça trata todos por igual porque trata todos do mesmo modo: dá o mesmo e idêntico tratamento a todos os titulares do direito, e toda titularidade tem a mesma força. Em outras palavras: reconhece que todos os homens são iguais como sujeitos de direito.” (HERVADA, Javier: *Lições...*, pag.108)

⁵⁰³ É por isso que a justiça praticamente não atua nas relações intrafamiliares, pois ali os membros, no que diz respeito a seus papéis e relações recíprocas, não são iguais, em virtude da natureza da família e da proximidade entre as pessoas em seu seio. (VILLEY, Michel: *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pag.44)

Um resultado interessante desta divisão entre justiça distributiva e comutativa é a maior clareza que confere à distinção anteriormente feita, entre justiça no sentido próprio e excelência moral. Caso, na relação concreta a ser examinada, não haja uma troca ou distribuição irregular ou forçada, então não há injustiça a ser reparada. O que não impede, como visto, que tenha ocorrido uma imoralidade, pois a moral abarca um campo muito mais amplo que a justiça particular. Esta segunda distinção, portanto, é um mecanismo de aplicação fácil que permite traçar com mais certeza a distinção, sempre um tanto complexa na prática, entre direito e moral.

3.1.3 Direito, justiça e lei

A terceira separação delimita os conceitos de direito, justiça e lei. São expressões recorrentes, cujo significado exato, no entanto, é constante objeto de disputas. Com o auxílio de S. Tomás de Aquino, tentar-se-á desenvolvê-las de modo explicativo.

Segundo o Aquinate, a justiça é uma virtude, a qual exige que a cada um lhe seja dado o que é seu. O direito é o objeto desta justiça. Isto é, justiça e direito se situam entre si na mesma proporção em que uma ação está para o objeto sobre o qual se exerce esta ação⁵⁰⁴. A justiça conduz a ações justas, e estas consistem em dar a cada um o seu direito. Daí temos que o direito é a parte justa, que pertence ao outro⁵⁰⁵. Diferentemente das outras virtudes (atinentes ao campo da moral), o objeto da justiça não é o interior do ser humano, mas um objeto exterior ao mesmo – trata-se daquilo que deve ser entregue (que é devido) à outra pessoa, seja uma coisa, uma ação ou até uma omissão.

É preciso aqui observar que, conforme também indicado por S. Tomás⁵⁰⁶, o conceito de direito já adquiriu diversos sentidos secundários. Assim, “direito” pode ser visto de várias

⁵⁰⁴ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio: *Filosofia del derecho, tomo II...*, pags.74-75.

⁵⁰⁵ *Summa*, II-II q.57, a.1: “Pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la retribución del salario debido por un servicio prestado. Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente. Pero en las otras virtudes no se define algo como recto a no ser considerado cómo se hace por el agente. Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia.”

⁵⁰⁶ *Summa*, II-II q.57, a.1, ad 1.

maneiras compatíveis entre si: como o conjunto das normas estatais que regulam condutas e são sancionadas através da força; ou como uma divisão destas normas para fins didático-científicos (direito penal, constitucional, etc.); ou como um poder individual publicamente reconhecido sobre algo (direito subjetivo); ou como uma instância valorativa de normas; ou como o procedimento que determina o que corresponde a cada um.

Esta multiplicação dos significados do conceito não deve, no entanto, ser vista como uma anomalia. Na verdade, trata-se de um fenômeno observado nas palavras utilizadas com muita frequência. Por isso, esta diversidade não pode levar-nos a acreditar que seria impossível chegar-se a uma definição simples do conceito de direito. Inclusive porque se nota que todas as definições acima arroladas exibem ligação com o sentido principal, que denota ser o direito o objeto da justiça⁵⁰⁷.

Já a lei, por seu lado, é uma regra do direito. Não deve ser confundida com este último. A lei é a “*ratio*” do direito, que lhe confere materialidade e limites claros. É, originalmente, uma ideia sobre o conteúdo que o direito assumirá em uma determinada área da conduta humana. O legislador chega a esta ideia partindo de pressuposições sobre como diversas relações sociais se desenvolverão em virtude da publicação da lei, e sobre os meios mais adequados para melhorar tais relações com vistas ao bem comum. É uma tarefa na qual a experiência é particularmente importante. Além disso, o legislador deve possuir boas capacidades de generalização, de modo a que o maior número de casos futuros seja abarcado pelas novas regras⁵⁰⁸.

Uma vez que a lei é uma ideia, esta pode ser distinguida do direito, pois este último, em seu sentido central, surge exclusivamente em situações concretas, nas quais uma coisa é pretendida por várias pessoas⁵⁰⁹. Nesta hipótese, o direito será aquilo que for devido ao outro.

⁵⁰⁷ O que não significa que só existam estas definições de direito; há inclusive muitas delas que contrariam o sentido que apresentamos como sendo o cardeal.

⁵⁰⁸ É por isso que Michel Villey defende que a lei estaria, na realidade, mais próxima da moral, pois tenciona sempre influenciar ou modificar as ações das pessoas. Já o direito, por seu lado, pertence ao âmbito do ser – segundo a concepção filosófica que aqui se apresenta – isto é, ele se relaciona diretamente com os objetos dados e uma distribuição já presente na realidade. Isto, no entanto, não impede que a lei esteja também em estreita relação com o direito, pois a tarefa do legislador consiste em determinar os limites concretos do que deve ser dado a cada um, respeitando uma distribuição inicial já presente na natureza e as circunstâncias sociais presentes. VILLEY, Michel: *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pags. 411-419.

⁵⁰⁹ “Por isso o direito consiste numa determinação mais precisa e concreta, é o que é justo aqui e agora, enquanto a lei dita uma regra abstrata e geral. Isso não quer dizer que a lei não tem pertinência para as situações concretas que cairão em seu campo de aplicação: ela contém, como o universal na aplicação tomista, um conhecimento verídico do que é justo, do que as coisas são e, portanto, do que devem ser; mas esse conhecimento não é adequado à totalidade do que a coisa é. O conhecimento da coisa em sua particularidade lhe escapa, e escapa a bem dizer ao conhecimento intelectual enquanto tal, para apelar à memória, à imaginação e ao senso comum. [...] Portanto, a lei esclarece a situação no que ela possui de

E a lei servirá de guia, isto é, ela disponibiliza meios de apoio para determinar o que será de cada um. Através da lei, alguns pontos fáticos são previamente determinados, de modo que posteriormente, numa disputa jurídica, alguns parâmetros fixos estejam presentes, os quais assistirão na solução à pergunta “o que pertence a cada um?”.

No entanto – pedindo desculpas pela repetição – o direito não pode ser reduzido à lei. Esta é um meio, através do qual o direito pode ser reconhecido nas controvérsias⁵¹⁰. Uma vez que a lei é uma ideia, esta pode conflitar com a própria realidade – o que, no entanto, deveria evitar ao máximo – caso regule alguma situação de um modo que não corresponda minimamente às coisas e pessoas envolvidas. Neste caso, o direito poderia ver-se ferido, ou seja, algo poderia ser tomado de alguém e entregue a outro, numa operação marcada não pela igualdade, mas por um tratamento desigual. Nestes casos, pode-se falar em leis injustas. Lembrando que, com “leis injustas”, se estaria usando o conceito da lei num sentido que não lhe é próprio, embora seja admissível por necessidade da linguagem e por aproximação. A lei injusta merece o nome de lei tanto quanto uma faca que não corta ainda deve ser chamada de faca. Embora nenhuma das duas corresponda mais à sua finalidade e se tratem de objetos deturpados e defeituosos. Evita-se aqui o dualismo fácil: da mesma forma que uma faca pouco afiada ainda corta algumas coisas, também a lei com poucos vínculos com a realidade ainda possui capacidade de regular as relações sociais, prevenindo a desordem e promovendo minimamente o bem comum.

Em geral, a lei é necessária para saber o que pertence a cada parte⁵¹¹. Sem a lei, os limites entre as possessões e as condutas humanas só estariam indicados de um modo geral, porém não nos casos concretos. Por exemplo, a justiça nos diz que, no Estado atual, o pagamento do imposto é um dever do cidadão com base na retribuição. No entanto, quanto deve efetivamente ser pago? Quem deve pagar mais? O que ocorre com aqueles que não têm como pagar? E com aqueles que, podendo fazê-lo, preferem omitir-se? Todas estas questões exigem uma determinação, dados concretos, segurança fática, que só podem ser alcançados com a lei.

necessário e de universal, por isso ela é mesmo uma expressão da forma exemplar, mas não atinge a situação em sua existência particular.” BASTIT, Michel, *op.cit.*, pags. 185-186.

⁵¹⁰ “A norma aparece perante a ciência e a filosofia jurídicas como critério do justo, entendendo com isso [...] a coisa atribuída a um sujeito, devida a ele, com dívida em sentido estrito.” (HERVADA, Javier: *Lições...*, pag. 219)

⁵¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima, *op.cit.*, pags. 87-92.

Por isso, é percebida, na prática, a seguinte ordem lógica: a lei estabelece o direito de cada um. E a justiça atua na sequência, de forma a fazer o titular legítimo alcançar este direito, já previamente estabelecido. Caso esta sequência lógica pareça estranha, note-se que o mesmo esquema se repete em todas as virtudes: com efeito, as virtudes são tendências a cumprir a lei. É claro que se pode tratar de leis positivas ou da lei natural. As leis positivas baseiam-se também (não exclusivamente) na natureza humana – e este modo de ser dos homens possui uma extensa gama de aspectos. Destes, nem todos terão a ver com repartições ou trocas; logo, há leis naturais, que expressam o modo de ser do homem e da sociedade humana, que não se relacionam com o direito: há leis naturais morais, biológicas, psicológicas, etc.^{512 513}

Porém, afirmando que a lei seria o primeiro passo, como é possível controlá-la? Ela obedecerá a alguns critérios? É possível avaliá-la de acordo com algum padrão externo a ela mesma?

3.1.4 Direito natural e direito positivo

Para tais respostas, é preciso passar à quarta diferenciação: entre direito natural e direito positivo. Este último refere-se a um direito feito (“posto”) pelo homem, enquanto que aquele remete ao direito determinado pela natureza.

O conceito de direito positivo não traz em si dificuldades extraordinárias. Ele faz referência a todas as normas artificialmente produzidas, sejam leis escritas ou orais, costumes ou decisões. O mesmo não pode ser dito do conceito de direito natural:

Esta é uma concepção essencialmente disputada. Porém S. Tomás de Aquino esclarece que se funda na igualdade natural entre as pessoas⁵¹⁴. Sobre o direito natural, deve estar claro

⁵¹² HERVADA, Javier: *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis, 2006, pag.20.

⁵¹³ Como anteriormente observado, Michel Villey acredita, em contraste, que todas as leis pertencem ao campo da moral. VILLEY, Michel: *Filosofia...*, pags.60-62.

⁵¹⁴ *Summa*, II-II q. 57, a.2: “*El derecho o lo justo es una acción adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a un hombre en un doble sentido: primero, por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural.*”

antes de tudo que este não consiste em leis naturais⁵¹⁵. As leis naturais existem – no entanto, devem ser classificadas sob o rótulo de “lei”, e não de “direito”. O termo “natural” não pode conduzir-nos ao engano de acreditar que tudo o que seja consequência do modo de ser das coisas tenha uma forma igual: os conceitos de lei natural e direito natural são melhor entendidos se examinados em suas diferenças do que enfatizando-se o termo comum “natural” que, ademais, separado de outra qualificação, é um conceito extremamente amplo e indeterminado.

Ora, o direito natural é aquilo que pertence ao outro segundo um padrão observável na natureza. Em outras palavras: tudo o que se deve a outra pessoa pertence ao direito natural, quando este “deve” repousa sobre o estado normal das coisas. Para saber o que deve contar como “normal”, é preciso observar a exata disposição dos elementos que são importantes na relação. Segundo Tomás de Aquino⁵¹⁶, alguma coisa pode estar ordenada a uma pessoa de dois modos: pela consideração da coisa em si, ou pela consideração das consequências desta ordenação.

O primeiro caso é exemplificado pelo Aquinate através de relações atinentes ao âmbito familiar: a simples observação mostra que a criança está orientada aos pais, para sobreviver, ser educada e formada, e que o homem está naturalmente orientado à mulher, para casar-se e constituir família.

A segunda possibilidade diria respeito, de acordo com S. Tomás, à instituição e manutenção da propriedade⁵¹⁷. Este não seria um conceito natural no primeiro sentido, isto é, a mera observação de um campo não é suficiente para concluir que pertença a alguém, nem que deva ou possa ser apropriado por uma pessoa⁵¹⁸. Para identificar a raiz natural do direito de propriedade, S. Tomás recomenda observá-lo pelo critério de seu uso mais oportuno (maior produtividade e segurança), o que acabaria levando à conclusão de que o melhor para o campo, de acordo com a finalidade de cultivo que se lhe deu, estaria em ser dividido entre as pessoas.

⁵¹⁵ VILLEY, Michel: *A formação...*, pags. 148-149: “Não há nenhuma contradição, numa linguagem em que a palavra *direito* continua designando o *justo*, como entre os gregos e os romanos, em falar de um direito natural que seja mutável – em outros termos, segundo a lição da filosofia clássica, infornulável, insuscetível de amoldar-se a regras rígidas.”

⁵¹⁶ *Summa*, II-II q.57, a.3.

⁵¹⁷ KELLY, John M., *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pags. 197-199.

⁵¹⁸ RECASÉNS SICHES, Luis, *op.cit.*, pag. 583.

Um exemplo atual desta segunda hipótese está na emergência das formulações contemporâneas relativas a um direito humano ao meio ambiente. A preservação da natureza é uma exigência que as sociedades atuais encontraram no modo de ser do mundo industrializado e globalizado. O direito ambiental é uma decorrência do modo de vida dos últimos anos. Não havia “direito ambiental” na Idade Média (nem qualquer noção equiparável), porque a capacidade humana de danificar o ambiente causando mal aos demais ainda era extremamente restrita.

É possível argumentar, com algum grau de generalização, que nosso modo de vida decorre de vários níveis de escolhas humanas. Mas não se pode passar ao largo de que estas escolhas, uma vez feitas, trazem consequências consigo, que não foram necessariamente escolhidas em si, porém serão obrigatórias no sentido de tornar os comportamentos humanos o mais compatíveis possível com a realidade social.

Uma ilustração do primeiro caso, na qual se descobre o direito natural “considerando a coisa absolutamente e em si mesma”⁵¹⁹, pode ser encontrada na igualdade entre os seres humanos. Esta só pode ser satisfatoriamente explicada como uma decorrência da natureza humana. A igualdade não pode ser originalmente estabelecida por algum tipo de consenso, eis que qualquer tipo de acordo necessita fundamentalmente da presença de duas ou mais partes iguais entre si. Caso contrário, as obrigações presentes no acordo não serão respeitadas ao longo do tempo, uma vez que, não sendo os contraentes iguais entre si, seu nível de vinculação ao instrumento pactuado variará de acordo com suas distintas capacidades e os distintos valores que atribuirão aos demais parceiros. Não é possível, portanto, entender a igualdade entre os homens de outra forma que não como uma decorrência de características essenciais comuns presentes em todos os representantes do gênero humano, as quais, ao mesmo tempo em que os aproximam entre si, os distinguem radicalmente dos demais seres.

Com efeito, o único ser hábil a enxergar outro como seu igual é o ser humano. Os demais seres vivos movem-se por instinto e, portanto, não são livres. Assim, permanecem centrados em si mesmos, tomando outros seres em consideração somente enquanto seu instinto lhes ordenar. Mas a preocupação central de cada animal não humano é, fundamental e exclusivamente, o seu bem estar como indivíduo. É evidente que, para alcançá-lo, ele precisará por vezes associar-se a outros seres, da mesma espécie ou não. Realizá-lo-á, no entanto, somente tendo em vista as ordens informuláveis que emanam de sua natureza pelo

⁵¹⁹ *Summa*, II-II q.57, a.3.

instinto, e que se dirigem com exclusividade à sua sobrevivência, ou à da espécie – mas nunca ao interesse ou ao bem de outro indivíduo determinado.

Esta operação, de enxergar no outro não apenas um meio para suprir carências percebidas no próprio ser, mas um “igual” no sentido mais profundo da palavra – igual inclusive na importância que alguém pode assumir na vida de outro indivíduo – só pode ser realizada com auxílio da racionalidade e da liberdade que distinguem a espécie humana⁵²⁰.

Por isso podemos afirmar que a igualdade entre os seres humanos é uma exigência de sua própria natureza ou modo de ser – uma vez que o ser humano não é capaz de realizar-se solitariamente e necessita não só da companhia dos demais, mas de ser considerado pelos outros como um igual. Caso não o faça, não conseguirá desenvolver-se plenamente. É esta igualdade que as virtudes, quando se referem aos outros, buscam manter. No caso da justiça em sentido estrito, a igualdade almejada diz respeito às relações envolvendo bens – estas não podem ser motivo para tratar a outra parte como inferior à sua condição de ser humano.

Isto conduz às circunstâncias do direito natural. Aqui, trata-se de reconhecer as intenções expressas nas relações voluntárias recíprocas, e de agir em consonância com aquelas. Num negócio de permuta, por exemplo, o direito natural impõe que cada parte deva entregar e receber bens no mesmo valor. Mas isto não é devido a um “comando” proferido pela “Natureza” de um modo um tanto místico (a inicial maiúscula em “natureza” foi proposital). Antes, pode-se falar em uma “ação adequada a outra [ação] segundo certo modo de igualdade”, nas já utilizadas palavras do Aquinate.

Notam-se aqui duas características do direito natural: este deve corresponder a uma ação anterior, isto é, só pode ser percebido na prática⁵²¹, sendo, portanto, em contraposição à

⁵²⁰ Ironicamente, até mesmo aqueles que rotulariam tal tese de “especista” constituem uma prova de seu acerto: o homem pode, com efeito, considerar-se tão digno quanto um besouro. Mas nenhum besouro possui capacidade de considerar nem sequer outro besouro de sua espécie como tão importante quanto ele. Ver também pags. 33 e seguintes.

⁵²¹ Correndo o risco de simplificar em demasia o pensamento do autor, é por conta desta característica do direito natural, que também será percebida nos direitos humanos, que deve-se considerar com muita cautela as ideias avançadas por A.A. Cançado Trindade acerca da centralidade da vítima no direito internacional dos direitos humanos. Enquanto se concorda plenamente com o autor sobre este ramo do direito estar voltado preferencialmente ao sujeito lesado, e não aos Estados, recomenda-se prudência em relação à alegada função preventiva do direito internacional dos direitos humanos, defendida pelo autor. A prevenção a uma violação de direitos humanos parece situar-se mais próxima da política (logo, da parte do direito na qual se deixa margem de escolha ao legislador) do que do direito obrigatório. Uma violação a um direito humano sempre será uma violação, mas uma violação ao dever de prevenir violações é muito mais difícil de ser determinada, e possivelmente estará ao sabor das convicções políticas do julgador. Para repetir um exemplo já fornecido em capítulo anterior: privatizações ajudam a promover o respeito ou a violação aos direitos humanos? É evidente que não se pode declarar tal ato estatal como violador dos direitos humanos simplesmente porque se defende uma concepção política favorável à forte participação do Estado na economia. Do contrário, se estaria negando a legitimidade da discussão política sobre tal tema, vez que uma posição – em nosso exemplo, contrária às privatizações em geral – seria apresentada como exigência dos direitos humanos. Nada haveria, portanto, a ser discutido, pois não se pode ir contra tais direitos fundamentais.

lei, essencialmente indeterminado. Além disso, ele serve à igualdade. Disto decorre que o direito natural apresenta especial necessidade de alguma instituição que lhe fixe parâmetros. Pois as pessoas podem relacionar-se entre si de incontáveis modos e em diversos níveis de complexidade, e por vezes será praticamente impossível determinar de modo exato onde está a igualdade numa relação. Por isso, será preciso contar com regras estáveis, ainda que estas sejam um pouco arbitrarias⁵²².

As disposições de controle do trânsito fornecem um bom exemplo do que se acabou de defender: não há dúvidas de que o direito natural permite, em geral e enquanto as circunstâncias não se alterarem drasticamente, uma liberdade de circulação mais ampla possível⁵²³. No entanto, o mesmo direito natural também recomendará que esta liberdade sofra algumas restrições, de modo a não impedir a obtenção e manutenção de outros bens que o mesmo *jus naturale* entende serem devidos a todos igualmente. Por exemplo, a liberdade de circulação sem limites poderia violar a vida, a integridade física, a segurança ou a liberdade de circulação dos outros indivíduos (pense-se num cruzamento de ruas sem nenhum “limite”). Isto posto, trata-se de definir estes limites de modo que todos possam conviver da forma mais livre possível. Para tal, será necessário o marco da lei positiva. Quando o legislador elabora a lei que disciplinará uma dada situação (como, em nosso exemplo, o trânsito), ele deverá fazer algumas escolhas por conta própria, sem que o direito natural nada diga a respeito. Tais opções serão tratadas a partir das condições concretas da sociedade e, num certo âmbito, da discricionariedade do legislador. No exemplo apresentado, é evidente que o direito natural requer do ocupante do cargo político que regule o fluxo de veículos. Observando as características de uma sociedade urbanizada, composta de grandes metrópoles nas quais o ritmo de vida é extremamente acelerado, pode ocorrer ao legislador que a tarefa de organizar o trânsito será melhor executada por uma máquina do que por pessoas, que esta máquina pode ordenar algumas condutas através de cores, etc. Isto não faz parte do direito natural: aqui temos o legislador buscando concretizar uma disposição do direito natural (a igualdade entre

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pags. 434-436.

⁵²² Em relação à complementação que o direito positivo executa em relação ao natural, escreve Antonio Truyol y Serra: “*La doctrine classique du droit naturel est déjà en elle-même une théorie éclectique. En effet, mis à part le droit naturel rationaliste des lumières, la doctrine traditionnelle de droit naturel ne propose pas un ordre juridique fini et complet qui viendrait se substituer en bloc au droit positif. Au contraire, le droit naturel renvoie au positif, et il y renvoie d’ailleurs très largement.*” TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Doctrines sur le fondement du droit des gens*. (editado e atualizado por Robert Kolb) Paris: Éditions A.Pedone, 2007, pag.139.

⁵²³ RECASÉNS SICHES, Luis, *op.cit.*, pags. 576-578.

todos no trânsito) à luz das circunstâncias concretas nas quais se encontra. Dependendo da escolha que o legislador fizer sobre a maneira de regular o movimento nas ruas, ele deverá adequar-se às consequências – agora, de novo, *naturais* – que decorrerão de sua escolha. Assim, o político é livre para escolher regular o trânsito através de guardas, de semáforos ou de um sistema de radar. Porém, uma vez decidido por um modo, ele deverá agir de maneira a que a opção escolhida efetivamente alcance a finalidade posta pelo direito natural.

Por exemplo, caso a legislatura municipal queira distribuir semáforos pela cidade (opção de direito positivo), deverá seguir uma série de “normas” que surgirão quando for executar tal plano: as regras da razoabilidade no caso concreto (direito natural). Que regras? Ora, o sinal luminoso deverá ficar no alto, de modo a ser visto pelo máximo número de veículos. Outro exemplo: as luzes para “avançar” e “parar” devem ser de cores bastante distintas. Outro ainda: os sinais em um cruzamento devem estar sincronizados, de modo que ao “avançar” numa via corresponda o “parar” em sua transversal.

Todas estas “regras” surgiram unicamente diante do caso concreto (colocar semáforos nas ruas), e decorrem dos meios eleitos pelo legislador. Pode-se dizer, por isso, que o legislador, através do direito positivo, possui liberdade inicial para concretizar o direito natural. No entanto, não se trata de uma “delegação legislativa” por parte do direito natural ao positivo: o legislador continua vinculado ao dever de igualdade proporcional mesmo enquanto opera os meios que escolheu: O direito natural nada diz sobre regular o trânsito por sinais luminosos ou guardas de trânsito. No entanto, uma vez escolhido o “modelo” do semáforo, a natureza (isto é, o modo de ser, as características essenciais) do semáforo, do trânsito e dos cruzamentos – a natureza das coisas – imporá algumas consequências que o legislador terá de acatar. Para concluir, note-se que o “deve” nos três exemplos do parágrafo anterior refere-se a uma obrigação que decorre diretamente do direito natural.

Onde está, no exemplo apontado, a alegada arbitrariedade do legislador a que se fizera referência anteriormente? Nas diversas escolhas que ele pode fazer, e que são, em si, indiferentes ao direito natural. (Ainda que o fato de ele dever fazer uma escolha, qualquer que seja, possa ser uma exigência do direito natural de forma a prover a sociedade de maior segurança e regras mais claras.) O exemplo claro refere-se às cores do sinal. Entre a cor vermelha ou a azul para designar o comando “parar”, isto será determinado pelo legislador sem necessidade de referir-se ao direito natural⁵²⁴. Portanto, nota-se que o direito natural

⁵²⁴ É evidente que este exemplo ainda pode ser muito desenvolvido para corresponder exatamente ao que se vê na realidade. Na prática, pode-se argumentar, com razão, que um legislador que, hoje, alterasse as cores do semáforo, violaria o direito

necessita do direito positivo para que seja aplicável na prática. E, ao mesmo tempo, reconhece um amplo espaço de atuação deste direito positivo, contentando-se com a tarefa subsidiária de zelar pela manutenção da igualdade entre as pessoas⁵²⁵.

Esclareça-se ainda que, uma vez determinado o direito positivo pelo legislador, seu teor se torna obrigatório também pelo direito natural. É um dever do cidadão obedecer à lei, e este dever é uma exigência da igualdade natural entre os indivíduos e das circunstâncias da vida em sociedade.

Por fim, podemos, na esteira do que até agora tratado, enfrentar uma breve discussão sobre a mutabilidade do direito natural. Como já visto, este não é um conjunto de normas “promulgadas” pela natureza, mas é a exigência de manutenção da igualdade proporcional no caso concreto envolvendo uma relação humana vinculada às coisas. Esta exigência terá conteúdo variável, a depender dos fatores envolvidos na relação específica. É muito ilustrativo aqui o exemplo clássico fornecido por S. Tomás de Aquino:

*Mas la naturaleza del hombre es mutable. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede fallar a veces. Por ejemplo, tiene igualdad natural el hecho de que se devuelva lo depositado al depositante; y, por consiguiente, si la naturaleza humana fuera siempre recta, ésta debería siempre observarse. Pero, debido a que la voluntad del hombre se pervierte a veces, hay algunos casos en los que lo depositado no debe ser devuelto, a fin de que un hombre con voluntad perversa no lo utilice mal; como, por ejemplo, si un loco o un enemigo del Estado exige las armas depositadas.*⁵²⁶

Isto é, o direito natural é imutável enquanto exigência de igualdade nas relações. Já o resultado da exigência do direito natural variará de acordo com a mudança de circunstâncias. Deve ser ressaltado que S. Tomás, ao falar em natureza mutável do homem, refere-se somente aos aspectos contingenciais do modo de ser humano, não aos essenciais. Tanto que, na frase seguinte, menciona que aquilo que é natural ao homem pode falhar – sentença na qual fica claro o reconhecimento de que há algumas características que são constitutivas da natureza humana, mas cujos aspectos secundários podem estar ou não presentes, dependendo da vontade humana ou do contexto da situação. É o exemplo do louco ou da pessoa que se

natural, pois vermelho, amarelo e verde já gozam de aceitação universal, e uma eventual mudança deveria ser muito bem justificada para não ser vista como mera geradora de confusão e, portanto, de tratamento desigual.

⁵²⁵ Ainda que se dedique a campo específico, não parece muito distante desta posição Jorge Bacelar Gouveia ao exprimir-se sobre o fundamento do direito internacional: “A fundamentação do Direito Natural deve ser substancialmente orientada em razão da protecção da pessoa humana, numa óptica situada e concreta, não segundo abstrações que o individualismo liberal demonstrou serem inadequadas. O que se deve assimilar, a este respeito, é o personalismo que deve instilar as normas jurídico-internacionais, que jamais fará esquecer à actuação dos sujeitos internacionais que o ponto de referência são as preocupações concretas das pessoas, não tanto os transpersonalismos em que muitas vezes desembocam os grandes sistemas de governo universal.” GOUVEIA, Jorge Bacelar: *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pag. 86.

⁵²⁶ *Summa*, II-II q.57, a.2.

converte em inimigo público: a exigência do direito natural por igualdade permanece. Mas o conteúdo desta exigência passou por uma modificação: agora, devolver a arma seria tratar o proprietário de modo desigual, prejudicando-o (caso tenha enlouquecido) ou favorecendo-o à custa dos demais (caso queira atacar o Estado). Neste sentido, que não diz respeito a seus aspectos principais, mas a suas aplicações na realidade, o direito natural efetivamente muda – por isso também não pode ser confundido com a lei natural.

É por isso que não se pode compreender o direito natural como um conjunto de preceitos fixos e aplicáveis da mesma forma a toda situação concreta. Antes, deve ser formulado a partir de cada caso, levando em conta os parâmetros em jogo na realidade, de modo a responder igualmente a todas as circunstâncias. Essa ideia é extremamente importante para os direitos humanos, que também não podem ser vistos como ideias abstratas, e sim como formas de definir aquilo que é do outro. Sua presença dependerá, portanto, não da vigência de uma convenção ou lei, mas da situação concreta em que se encontram duas ou mais pessoas.

Com efeito – para encerrar o tópico –, a lei natural não se identifica com o direito natural, pois a primeira é, logicamente, uma espécie de lei. A lei, em geral, é definida por S. Tomás como “regra e medida dos nossos atos, segundo a qual alguém é induzido a agir ou a deixar de agir”⁵²⁷. Portanto, a lei será um princípio operativo, uma maneira de enxergar o fim ao qual devem tender os atos humanos. Este princípio operativo é o primeiro fruto da razão prática, que orienta diretamente o agir. A lei, assim, é uma consequência do uso da razão prática na realidade, buscando discernir os fins para a ação. Os primeiros frutos do uso da razão prática, as primeiras regularidades e orientações que esta percebe na realidade, constituem as leis. Esta é a definição da lei em geral.

Já a lei natural, como uma das espécies da lei (há a lei divina, a lei natural, e a lei humana), vincula-se à participação das criaturas racionais na lei divina⁵²⁸. Dito de outro modo, consiste na percepção, pela razão humana, de que as coisas na natureza, incluindo mas não se limitando ao próprio homem, estão medidas e ordenadas. Esta medida ou ordenação pode ser conhecida em alguma parte, e tal conhecimento, enquanto princípio que moverá a ação, chama-se lei natural.

⁵²⁷ *Summa* I-II q.90, a.1.

⁵²⁸ *Summa* I-II q.91, a.2.

Logo, a lei natural não se confunde com o direito natural, pois aquela está na razão, sendo uma descoberta que o homem faz na medida em que conhece a realidade, enquanto que o direito natural está fora do homem – é um resultado justo, uma coisa justa, aquilo que deve ser dado ao outro segundo uma exigência de igualdade e segundo a igualdade presente nas coisas. Ora, tanto a igualdade presente nas coisas quanto a exigência de que a respeitemos é dada pela lei natural, enquanto princípio que move a ação. Portanto, pela lei natural – que, em seus primeiros princípios, é imutável – o homem pode chegar ao direito natural⁵²⁹. Em outras palavras, para saber qual a parte justa que compete a cada um (direito natural), é preciso que se tenha consciência dos princípios básicos que informam a ação do homem no mundo e em sociedade (lei natural)^{530 531}.

3.1.5 Justiça e equidade

A última separação que deve ser explicada situa-se entre justiça e equidade. Esta será aplicada nos casos em que o simples seguimento da lei conduziria a injustiças. Tal situação poderá efetivamente surgir, eis que os atos humanos e os ambientes nos quais estes se desenvolvem podem variar indefinidamente. E a lei, pelo contrário, possui uma pretensão de generalidade que impede a consideração exata de todos os casos. É por isso que facilmente poderão apresentar-se estados de coisas que o legislador não poderia prever, e para os quais há lei aplicável, porém cujo resultado, pode-se presumir, não será o que o legislador desejara. Nestes casos, tanto S. Tomás quanto Aristóteles recomendam que não se julgue estritamente de acordo com o texto legal, mas se aplique a equidade^{532 533}.

⁵²⁹ KELLY, *op.cit.*, pag. 188.

⁵³⁰ HERVADA, Javier: *Introducción...*, pags. 154-155.

⁵³¹ GOYTISOLO, Juan Vallet de: *Qué es el derecho natural*. Madri: Speiro, 1997, pags. 52-56.

⁵³² *Summa* II-II q.60, a.6, ad 2: “Las leyes que son rectamente establecidas son deficientes en algunos casos, en los que, si se observasen, se iría contra el derecho natural. Y por eso, en tales casos, no debe juzgarse según la literalidad de la ley, sino que debe recurrirse a la equidad, a la que tiende el legislador.” AQUINO, S. Tomás de: *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001

⁵³³ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b: “Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por essa regra, então é correto, onde o legislador é omissivo e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão.”

Portanto, a equidade não se iguala à justiça – na verdade, esta última é complementada por aquela. No entanto, ambas se dirigem ao mesmo objetivo, identificado como a repartição justa dos bens. No campo do direito internacional, tal conceito possui significado expressivo, que não se limita à sua possível utilização pela Corte Internacional de Justiça de acordo com seu Estatuto⁵³⁴.

Mas a equidade possui utilização geral no direito. Sua aplicação é concretizada pelo juiz, diante de um caso concreto, sempre que a solução apontada pela lei acabar por conduzir a uma desigualdade diante dos fatos examinados. Como se aplica a equidade? A partir dos ensinamentos de Aristóteles, são indicadas três posturas que devem nortear o julgador: em primeiro lugar, este examinará todas as circunstâncias relevantes do problema que aguarda solução. Pois são exatamente tais especificidades que o levaram a concluir que a aplicação simples da lei não caberia. Portanto, a equidade reside, inicialmente, na consideração das particularidades do caso através de um olhar voltado para a consecução da igualdade entre as partes na disputa. O juiz deverá saber diferenciar os aspectos do caso entre decisivos e secundários, examinando somente os primeiros para saber se é necessário aplicar alguma dose de equidade na interpretação do sentido da lei.

Em segundo lugar, além de considerar o contexto, é necessário buscar uma igualdade fundamental entre os partícipes da relação – não se trata de mera igualdade formal ou de equalizar patrimônios distintos. Na verdade, o juiz, ao identificar os elementos relevantes do caso, poderá ver que há uma desigualdade – seja por que aspecto for: renda, saúde, capacidade mental, nacionalidade, etc. – que viciará o resultado da lide, tornando-o injusto caso se trate de mera aplicação da lei. O responsável pelo julgamento deverá, então, igualar as partes em disputa no que diz respeito a seus comportamentos que incidam sobre seus patrimônios recíprocos. É o que se formula no axioma: “tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”. Desde que, obviamente, tal tratamento se dê em virtude de desigualdades secundárias, mas visando à igualdade essencial, de fundo, presente em todos⁵³⁵.

O terceiro passo na promoção da equidade no julgamento volta-se mais para o resultado final deste último: a equidade não pode ser aplicada de modo a piorar a situação de

⁵³⁴ Art.38: “6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio ex aequo et bono, se convier às partes.”

⁵³⁵ “Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.” ARISTÓTELES, *Ética...*, pags. 109-110.

algum indivíduo, especialmente caso a outra parte seja o Estado⁵³⁶. O afastamento ou mudança de interpretação de uma lei só podem ser justificados com o uso da equidade que traga efeitos benéficos para o indivíduo ao qual foi aplicada. O contrário seria uma violação do princípio básico da igualdade: caso a equidade pudesse intervir para piorar a situação de alguém, o juiz ficaria totalmente desprotegido e ao sabor da oratória dos defensores de uma e outra parte. As decisões seriam, por isto, extremamente subjetivas, eis que cada julgador poderia invocar a equidade para afastar o texto da norma legal e utilizar, em vez disso, suas interpretações subjetivas.

Para que isto não ocorra, é necessário ter presente os dois estágios anteriores: a equidade busca considerar todos os componentes da relação, e, além disso, busca tratar a todos com igualdade, ainda que para isso precise impor ou tolerar uma relativa desigualdade, eis que as pessoas, no que toca a seus comportamentos externos e propriedades, evidentemente diferem muito entre si.

Para Juan Vallet de Goytisoló, a equidade consiste em um complemento confirmativo razoável do que é o justo. É preciso, em suas palavras, passar do sentido de percepção de uma ordem natural nas coisas à determinação do justo em concreto, observável numa coisa.

*Para ello, es necesario tener términos de comparación hábiles entre la cosa, o sea el hecho-tipo, de la ley, y la cosa o hecho del caso que juzgamos, para examinar éste tanto en si mismo como en relación con los tipos ya concretados, atendiendo, en especial, a las consecuencias dimanantes.*⁵³⁷

3.1.6 Resumo desta teoria

Antes de voltarmos ao tema específico dos direitos humanos, pode ser interessante resumir o que se estudou até aqui:

⁵³⁶ “É igualmente óbvio [...] o que vem a ser uma pessoa equitativa; quem escolhe e pratica atos equitativos e não se atém intransigentemente aos seus direitos, mas se contenta com receber menos do que lhe caberia, embora a lei esteja do seu lado, é uma pessoa equitativa, e esta disposição é a equidade, que é uma espécie de justiça e não uma disposição da alma diferente.” ARISTÓTELES, *Ética...*, pag. 110.

⁵³⁷ GOYTISOLO, *op.cit.*, pags.74 e 75. O autor indica, a seguir, três etapas de juízos prudenciais exigidas pela aplicação da equidade: um juízo sobre a natureza das coisas, que nos leva a captar e perceber a ordem presente na natureza das coisas; um tratamento desta percepção pela razão natural, pelo qual se observa a natureza das coisas segundo algum aspecto determinado e buscando entender suas consequências à luz de experiências anteriores; e a equidade natural, que determina o que é justo no caso concreto, observando-o no próprio bem em disputa. “*Las tres operaciones son indispensables para tratar de concretar la justicia correspondiente a cada cosa o hecho, observándolo en relación con un tipo singular y determinado de relaciones.*”

A justiça se diferencia da moral enquanto esta última estuda e julga todas as condutas humanas, e a outra só se dedica aos comportamentos que se dirigem com prioridade aos objetos, e não às pessoas em seu estado interior. A justiça busca promover ou manter certa igualdade. Mas não se trata de uma igualdade meramente material (não se fala em igualação nem em redistribuição), porém de uma equivalência entre proporções, baseada na natural igualdade de valor entre as pessoas.

Isto se alcança através de dois modos de execução: através das justiças comutativa e distributiva. A primeira regula situações nas quais importa manter a igualdade entre a posição antes e depois da relação, e a outra se dedica aos quadros em que mais de uma pessoa manifestam pretensão sobre um bem até então não possuído. A justiça comutativa se orienta por uma equivalência aritmética, pois os patrimônios não podem aumentar ou diminuir em razão da troca. E a justiça distributiva promove uma igualdade geométrica, proporcional, eis que um bem pode ser dividido de acordo com diversos critérios, que não são encontrados em todos na mesma quantidade.

A justiça, por seu turno, diferencia-se dos conceitos de direito e de lei. Aquela é uma virtude, isto é, uma soma de boas ações, que proporciona a cada qual o que é seu. O segundo é o objeto da justiça, ou seja, este “o seu” que é distribuído por ela. E a lei é a ideia ou o sentido que orienta o direito. Em outras palavras, a lei jurídica é a concretização em palavras daquilo que em geral pertencerá a cada uma das partes numa relação hipotética, de acordo com a natureza das coisas e a ordem social criada pelas pessoas.

Direito natural e positivo complementam-se mutuamente. O direito natural diz respeito à concretização direta das leis naturais e dados presentes na natureza, que indicam sempre a exigência de manter-se uma igualdade entre as pessoas. Porém o direito natural é por demais indeterminado e seus limites não se encontram fixos com clareza, eis que ele só se materializa diante de um caso concreto. Além disso, as leis naturais, que existem, não fornecem soluções diretas aos problemas jurídicos, pois são princípios descobertos na realidade e aplicados à razão humana. É a partir da lei natural que começa a tarefa de determinar, em cada caso concreto, o que constituirá direito natural.

Por fim, dedicamo-nos à diferença entre justiça e equidade, sendo que a última foi entendida como uma espécie de “superjustiça”. A equidade atuará ali onde o legislador não conseguirá atingir satisfatoriamente alguns casos especiais com a norma genérica.

3.2 Os direitos humanos no realismo jurídico clássico

A partir dos pressupostos acima apresentados, passar-se-á agora à análise e fundamentação do termo “direitos humanos” na ótica do realismo jurídico clássico. Será tomado como guia o pensamento do professor da *Universidad de Mendoza* Carlos Massini Correas⁵³⁸, recorrendo-se quando necessário a contribuições de outros autores.

3.2.1 A análise do termo “direitos humanos”

Em primeiro lugar, assinale-se que a expressão “direitos humanos” já faz referência a uma realidade bastante específica. Com efeito, falando-se em direitos humanos, se alude a uma característica exigida para ser titular dos mesmos. Como a expressão o indica, o título destes direitos é o caráter humano de seu sujeito, nada mais.

Prosseguindo na análise do termo, nota-se que a simplicidade da expressão “direitos humanos” mostra que eles são superiores aos demais direitos. Na verdade, todos os direitos são humanos, dado que os demais seres não se relacionam racionalmente. Entretanto, um breve olhar sobre a realidade fará ver que os direitos diferem uns dos outros e são classificados, por exemplo, em contratuais, constitucionais, legislativos, previdenciários, trabalhistas, societários... Nestas tipologias, indica-se alguma característica especial de cada grupo de direitos que os fazem merecedores de um lugar em separado no ordenamento jurídico. Assim, a título de ilustração, os direitos trabalhistas (assim chamados por originar-se em uma relação de trabalho) serão regidos por princípios que se diferenciam – afastando-se ou aproximando-se – dos direitos contratuais (que levam este nome por nascerem em uma manifestação bilateral de vontade fixada num contrato). Porém, no caso dos direitos humanos, seu rótulo não faz referência a nenhuma característica mais específica do que a mera humanidade.

⁵³⁸ MASSINI CORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho, tomo I – El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. 2ª edição. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

Vale dizer: o que distingue os chamados direitos humanos dos demais direitos que as pessoas podem ter na sociedade é fundamentalmente sua simplicidade e ausência de requisitos. Para ser titular de um direito humano, basta – como o nome diz, insiste-se – ser um “humano”. É por isso que não se consegue encontrar nenhum atributo mais específico para denominá-los de modo mais concreto. Diferentemente do que ocorre com os demais direitos, os direitos humanos aplicam-se a todos, independentemente da situação concreta enfrentada por cada um.

Ressalte-se que, até agora, procedeu-se somente a uma interpretação a partir dos termos da expressão “direitos humanos”. Ainda não se intentou nenhuma fundamentação para os mesmos. Mas já é possível afirmar, apenas a partir do significado literal da expressão, que os direitos humanos são devidos a todo ser humano. Ainda, que são superiores aos demais direitos, eis que são atributo do ser humano. Como são seres humanos a criar o contrato, a constituição, a lei, a previdência social, etc., ele é uma realidade superior a estas. Portanto, os direitos devidos pela condição de homem são superiores àqueles devidos por um contrato ou uma lei.

É o que se depreende inclusive continuando-se a analisar a linguagem do campo dos direitos humanos. Sabe-se que os instrumentos de defesa dos direitos humanos trazem declarações, não concessões nem outorgas de liberdades. Isto é, faz-se sempre referência a uma realidade anterior e superior, que os instrumentos escritos somente reconhecem, mas não criam^{539 540}.

⁵³⁹ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão”. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 10.03.2011. As três primeiras cláusulas do Preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos se assemelham às da Declaração. Já o preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos exhibe: “Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf, acesso em 09.05.2011.

⁵⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán J.: *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006 (reimpressão da 1ª edição de 1991), pags.102-104.

Na seqüência deste breve estudo sobre as realidades a que remete a expressão “direitos humanos”, é necessário conceituar os mesmos, para que, por fim, se procure determinar seus fundamentos.

3.2.2 O conceito dos direitos humanos

Assim conceitua Massini Correias os direitos humanos:

“Derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto, o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue.”⁵⁴¹

A partir desta definição, nota-se que tais direitos básicos são, em primeiro lugar, direitos subjetivos. Isto é, trata-se de faculdades que o indivíduo tem e a partir das quais pode exigir dos demais um comportamento ou (neste campo, com maior razão, acredita-se) uma abstenção. No entanto, estes direitos subjetivos em especial apresentam um traço que os distingue de seu conceito clássico de “faculdade juridicamente tutelada pelo Estado”. Com efeito, o título destes direitos fundamentais não está na lei, mas sim nos traços essenciais do modo de ser do homem.

Naturalmente, tal expressão faz referência à existência de algumas características compartilhadas por todos os homens – e somente por eles – que os distinguem dos demais seres. A existência destas características parece ser fulcral para admitir a própria existência do conceito de direitos humanos. Caso não houvesse uma natureza humana, e todos os homens fossem essencialmente diferentes uns dos outros, não se poderia falar com propriedade em direitos humanos, pois não haveria uma humanidade em sentido forte, que pudesse justificar tais faculdades como igualmente adequadas para todos.

O conceito de direitos humanos parece então necessitar o conceito mais amplo de direito natural para que possa ser bem compreendido, eis que este último lhe forneceria um

⁵⁴¹ Em tradução livre: “Direitos humanos são todos aqueles direitos subjetivos cujo título radica na personalidade de seu sujeito, ou em algumas das dimensões básicas do desenvolvimento desta personalidade, e dos quais se é titular, sejam reconhecidos ou não pelo ordenamento jurídico, e até mesmo quando este os negar.” MASSINI CORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho, tomo I*, p. 130.

fundamento suprapositivo e, ao mesmo tempo, derivado das características essenciais do homem e da sociedade.

O terceiro ponto da definição acima a ser destacado refere-se àquilo que o autor chamou de “dimensões básicas do desenvolvimento de sua personalidade”⁵⁴². Com isto, quer fazer referência a que a natureza não é estática, mas dinâmica, e o homem não será sempre o mesmo, mudando e aperfeiçoando-se sem abandonar suas características especiais. Os direitos humanos, portanto, longe de serem leis puras emanadas da natureza, constituem as proteções básicas do homem em cada estágio de sua vida. Isto é bem exemplificado pelos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Quando esta menciona o direito à educação dos filhos, é evidente que não são todos os que gozarão desta liberdade – somente os que tiverem filhos. Quando fala sobre a liberdade de contrair matrimônio, sabe-se que não são todos os que se aproveitarão desta – em toda legislação nacional deve haver uma idade núbil mínima, sem a qual estar-se-ia inclusive violando um direito básico da criança⁵⁴³. Portanto, os direitos humanos não contemplam o homem em abstrato, fora do tempo e do espaço. Antes, incidem em todas as fases e circunstâncias da vida humana, adaptando-se a elas⁵⁴⁴.

3.2.3 Direito natural e direitos humanos

É clara aqui a diferença, já apresentada acima quando se falou na teoria geral do direito no realismo clássico, entre lei natural e direito natural. Aquela é uma medida constante que as coisas obedecem, inclusive o homem. Já o direito natural corresponde ao justo que é devido a cada um nas diferentes situações. O paralelo com o parágrafo anterior é evidente: os direitos humanos não decorrem diretamente de leis naturais, pois seriam imutáveis, fixos e atemporais. Quando a verdade é que os direitos humanos são formulações historicamente

⁵⁴² Segundo sua própria explicação, o autor prefere este termo – personalidade – ao mais usual “personalidade” para evitar a confusão com um conceito mais específico da psicologia. Cf. MASSINI CORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho, tomo I*, pag. 127.

⁵⁴³ BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández e PEYRÓ, Ana Paz Garibo, *Derechos humanos*. Valencia: Universiaàt de València, 2007, pags. 121-122.

⁵⁴⁴ HERVADA, Javier: *Introducción...*, pags. 85-86.

determinadas e contextualizadas à época contemporânea, que traduzem aquilo que, em regra e sob atenção das circunstâncias de cada caso, será devido a todas as pessoas como mínimo⁵⁴⁵.

A ideia por trás dos direitos humanos, esta sim pode-se dizer atemporal e decorrente da lei natural que faz com que o homem possua determinadas características e não outras⁵⁴⁶. Esta ideia congrega por um lado os dados que o homem descobre sobre si mesmo, sobre a sociedade e sobre o mundo em geral, reunidos sob o termo “leis naturais”; e, por outro, a exigência de igualdade e reciprocidade que constitui o núcleo imutável do direito natural. Tal ideia é expressa de variadas maneiras nas distintas sociedades que o ser humano já integrou: pode ser uma exigência religiosa, uma consequência da moral do grupo, pode emanar de mitos originários, ou de leis razoáveis feitas por bons soberanos, pode consistir na prática de tribos que visavam a sobrevivência pela cooperação entre todos os seus membros, etc.

Hoje, um estudo da sociedade globalizada, plural, multicultural e massificada formada nos últimos duzentos anos parece indicar que o meio mais adequado para traduzir a ideia de respeito à dignidade humana está na promulgação de códigos e leis básicos⁵⁴⁷. O que não significa – seria uma presunção descabida – imaginar que, antes das marcantes datas de 1966, 1948, 1789, 1776 ou 1689, os homens viviam nas “trevas” da “era pré-direitos humanos”, na qual “tudo era permitido”⁵⁴⁸. É evidente que o mundo anterior às declarações de direitos humanos possuía outras formas de fazer valer a exigência básica por respeito mútuo. Neste sentido, os direitos humanos são, sim, “históricos e não manifestações abstratas da inteligência humana”⁵⁴⁹. Correta, portanto, a hesitação manifestada por Raimundo Panikkar

⁵⁴⁵ BIDART CAMPOS, *op.cit.*, pags.128-129.

⁵⁴⁶ “A humanidade existiu no passado sem o moderno paradigma dos direitos humanos e sobreviverá ao seu desaparecimento. Realmente, a luta por justiça social e a resistência à opressão continuará através de qualquer meio que esteja disponível às pessoas em qualquer lugar do mundo.” AN-NA’IM, Abdullahi A., *A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos*. In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 464.

⁵⁴⁷ Abdullahi Ahmed An-Na’Im aplica muito bem esta tese à realidade dos países africanos ao afirmar que “como o conceito moderno de direitos humanos surgiu no Ocidente em resposta a modelos particulares de organização política e desenvolvimento econômico, o mesmo conceito provavelmente forneceria uma resposta apropriada à adoção daqueles modelos em outras sociedades. Isto é, uma vez que os modelos ocidentais dos poderes extensivos e centralizados do Estado e do desenvolvimento econômico capitalista foram ‘universalizados’ através do colonialismo e de seu resultado, a ideia moderna dos direitos humanos que surgiu na experiência ocidental em resposta àqueles modelos provavelmente será necessária para alcançar justiça social e resistir à opressão onde quer que aqueles modelos tenham sido adotados.” AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag. 436.

⁵⁴⁸ “Sería ingenuo creer que el derecho se haya ocupado de la dignidad humana a partir de la edad de los derechos. Al contrario, una de las razones por las que el derecho existe es justamente la defensa del respeto por el ser humano y por sus legítimas expectativas.” (grifos no original) VIOLA, Francesco, *La universalidad de los derechos humanos: un análisis conceptual*. In: CIANCIARDO, Juan (org.): *Multiculturalismo y univesalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, pag. 198.

quando, num simpósio, ao ser convidado a abordar o tema “Seriam os direitos humanos um conceito ocidental?”, observou que “em termos metodológicos, seria errado começar pela pergunta ‘outra cultura também possui a noção de Direitos Humanos?’ supondo-se assim que tal noção seja absolutamente indispensável para garantir a dignidade humana”.⁵⁵⁰

Mas, se é verdade que a ideia traduzida pelos instrumentos de liberdades e garantias básicas corresponde ao homem em qualquer momento e em qualquer situação, também é verdade que ela é abstrata e indeterminada, que impõe tão somente o tratamento das pessoas de acordo com sua dignidade – sem estabelecer nenhum parâmetro concreto para tal.

*Esta historicidad se explica por su conexión con la dignidad humana y las necesidades básicas. Los derechos humanos representan la explicitación, la concreción, en cada momento histórico, de las exigencias básicas derivadas de la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas y de la solidaridad entre ellas, las más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas. En contra de lo que pueda pensarse, las exigencias de la dignidad humana, así como también las necesidades humanas, evolucionan dependiendo de los contextos históricos y sociales. De ahí que también los derechos humanos evolucionen.*⁵⁵¹
(grifos no original)

É aqui que entrará o direito – inicialmente o direito natural – estabelecendo em cada caso, através da consideração dos elementos relevantes, aquilo que concretamente deverá ser dado ao outro. Como o direito natural também será insuficiente para indicar com precisão e em todos os casos o que exatamente será devido ao outro, surge a necessidade do direito positivo, que defina claramente alguns bens atribuídos a todo e qualquer indivíduo. Por sua pretensão de universalidade, este direito positivo deverá manifestar-se de forma bastante genérica – são os instrumentos internacionais, tratados e convenções relativos a direitos humanos.

Os direitos humanos, portanto, podem ser entendidos como uma primeira concretização do direito natural no campo das relações envolvendo os bens mais básicos das pessoas⁵⁵². Correspondem, nesta acepção, a uma generalização sobre o que será devido a cada

⁵⁴⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pag. 235.

⁵⁵⁰ PANIKKAR, Raimundo: *Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?* In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pags. 208-209.

⁵⁵¹ BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández e PEYRÓ, Ana Paz Garibo, *op.cit.*, pag. 10.

⁵⁵² Para Recaséns Siches, a norma de direitos humanos “*expresa que el Derecho positivo, todo orden jurídico positivo, por exigencia ideal, por imperativo ético, debe establecer y garantizar en sus normas la libertad de conciencia. No se habla de un derecho subjetivo dentro de un orden jurídico constituido, sino de un derecho ideal en el campo del Derecho que se debe establecer, esto es, in re de iure condendo. En realidad, cuando la doctrina habla de “derechos del hombre”, lo que hace es dirigir requerimientos al legislador, fundados en normas o en principios ideales, en criterios estimativos, en juicios de valor, para que en el orden jurídico positivo emita preceptos que vengan a satisfacer estas exigencias.*” RECASÉNS SICHES, *op.cit.*, pags. 552-553.

um como mínimo. Mas são uma generalização: devem ser respeitados, mas, para que seu conteúdo e alcance num caso concreto seja corretamente avaliado, dependem de seu acolhimento pelo ordenamento positivo⁵⁵³. Não é que a falta de previsão legislativa os invalide; como se verá nos próximos parágrafos, estes direitos humanos seguirão válidos e exigíveis ainda que não reconhecidos pelo Estado. O que se defende é que, para que sua aplicação seja o mais clara e igualitária possível, eles devem ser complementados pela lei positiva. De não fazê-lo, os direitos humanos continuariam perfeitamente válidos, mas sua aplicação e defesa poderiam gerar grandes dúvidas em relação ao que exatamente eles demandam. São, desta maneira, uma primeira concretização, que necessita de outros níveis subsequentes de materialização para dar conta da realidade de um modo satisfatório.

Na definição fornecida por Massini Correias, deve-se ressaltar, portanto, a negação de que o título dos direitos humanos esteja na lei. Com efeito, como visto, o professor de Mendoza escreve que os direitos fundamentais podem ser possuídos independentemente do favor legal. Isto é, tais liberdades não só encontram um fundamento que não se confunde com a lei, como ainda estão acima da mesma, e devem por ela ser respeitados, enquanto que não podem ser anulados.

A lei positiva aqui permanece com o mesmo significado que possuía na teoria jusnaturalista anteriormente apresentada: trata-se da razão do direito, de um auxílio na busca racional pelos objetos e quantidade devidos a cada um. Mas a lei não pode determinar o que é o direito de modo contrário a como as coisas são. É por isso que uma lei que viole os direitos humanos perderá sua qualidade de lei, eis que impõe uma conduta contrária à natureza das coisas e não promoverá o bem comum. Ainda que perca sua essência de lei, como vimos, ela frequentemente continuará a ser designada por tal nome, por comodidade de linguagem, e também porque obrigará, em certa medida e se não causar um grande mal, à obediência⁵⁵⁴.

⁵⁵³ BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández e PEYRÓ, Ana Paz Garibo, *op.cit.*, pags. 99-101.

⁵⁵⁴ HERVADA, Javier: *Lições...*, pag. 268. “Em princípio, a desobediência à lei é sempre ilegítima, salvo quando são postos em jogo valores da pessoa humana que prevalecem sobre seus deveres de sociabilidade. Já dissemos que a comunidade humana e o bem comum não são, respectivamente, nem a realidade humana suprema, nem o bem superior ou último; são dimensões e bens mediais que se orientam para o bem da pessoa. Portanto, se fosse produzido um choque entre o dever de cumprir a lei e um direito fundamental da pessoa que prevalece sobre a sociabilidade humana, não haveria dever de cumprir a lei; isso ocorre com a liberdade de consciência: ninguém pode ser obrigado a agir contra a consciência.”

3.2.4 A fundamentação dos direitos humanos na pessoa humana

Portanto, encaminhando-se para a parte mais importante da exposição desta concepção de direitos humanos, nota-se a necessidade de um princípio suprapositivo no qual estes direitos superiores se justifiquem, para que eles tenham algum sentido real⁵⁵⁵.

De modo que, para entender a noção de direitos humanos como apresentada pelo realismo aqui estudado, é necessário ainda o conceito de pessoa, como um termo que englobe e explique a racionalidade e liberdade de determinação do sujeito titular.

Com efeito, exercer um direito significa decidir-se deliberadamente por uma linha de ação, tendo em vista um resultado específico, em detrimento de outra conduta, que conduziria a outro resultado. Ou seja, é necessária uma capacidade de avaliação dos fins a atingir, e outra capacidade de avaliação dos melhores meios para alcançar os fins eleitos. Portanto, só se pode falar em direito – especialmente no sentido subjetivo do termo, que é o mais importante neste campo dos direitos humanos – se houver algum componente racional no titular destes direitos⁵⁵⁶.

Assim, “pessoa” é o conceito que reúne as características mais íntimas do homem, aquilo que faz dele – como se sabe, de resto, empírica e intuitivamente – tão diferente dos demais animais. Sem compreender este conceito, não se pode falar em direitos humanos, a não ser como meras construções positivas sem valor intrínseco algum.

Portanto, pessoa é um núcleo. Aglutina os atributos da liberdade e racionalidade, unidade, universalidade e responsabilidade. Em breve repasso, a liberdade e a racionalidade se complementam, pois o ser irracional segue uma ordem externa a ele enquanto que o racional, conhecendo e escolhendo fins, pode desenvolver sua liberdade discorrendo sobre eles. (Assim

⁵⁵⁵ Bidart Campos (*op.cit.*, pags. 112-113 e 124-125) defende que a validade “normológica” das disposições constitucionais de direitos humanos está em consonância com sua validade “sociológica”, a qual repousa no “direito natural ou valor justiça”. Caso aquela se esgote, esta ainda permanece – logo, a validade dos direitos humanos não depende de sua positividade, embora esta seja desejável. Quando estuda o fundamento destes direitos humanos, no entanto, o autor se limita a indicar um substrato comum que impregna todos os valores do Estado democrático. Tal concepção é interessante ao tratar da historicidade dos direitos humanos sem fazê-los depender de um consenso ou de uma vaga noção de “cultura social” – mas parece que a questão da fundamentação não fica completamente respondida caso não se ultrapasse os valores do “humanismo personalista”: é preciso responder em que consistem e onde radicam estes valores. Em nossa opinião, não se pode, ao fim e ao cabo, escapar da investigação sobre a natureza humana, única explicação cabal para qualquer noção de direitos humanos.

⁵⁵⁶ “O sea que sin esta capacidad radical de elegir y obtener los conocimientos necesarios para realizar esa elección, no existe sujeto apto para el ejercicio de los derechos humanos, ni tampoco – como consecuencia – ningún titular de derecho humano alguno.” MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Filosofía del Derecho*, tomo I, pag.124.

os animais são completamente guiados pelos seus instintos, enquanto que o homem, refletindo e julgando, é livre para contrariar muitos de seus instintos básicos⁵⁵⁷.) Com “unidade”, faz-se referência à capacidade de intimidade e de autonomia das pessoas, muito mais elevadas que dos demais animais. Trata-se de algo próximo ao que se denomina, no quotidiano, de “mundo interior”. Só os seres humanos podem ter uma vida íntima, tão cara a eles que inclusive a protegem dos demais. O conceito de “universalidade” diz respeito à abertura da pessoa ao bem⁵⁵⁸ e ao conhecimento⁵⁵⁹, enquanto que os demais seres aparecem como radicalmente fechados em si mesmos⁵⁶⁰. Por fim, com “responsabilidade”, fala-se na vinculação entre o indivíduo e seus atos, pela qual aquele assume estes como seus, arcando com suas conseqüências⁵⁶¹. A responsabilidade é também condição para a liberdade e racionalidade uma vez que sem a ligação temporal do homem com seus atos, a escolha característica do agir racional será sempre provisória e incompleta, cessando ao defrontar-se com suas conseqüências.

Este excursus antropológico foi necessário de forma a chamar a atenção para a riquíssima realidade que se esconde por detrás do conceito de pessoa, tão em voga e tão pouco compreendido. É importante ressaltar que só se pode falar propriamente em direitos humanos a partir do conceito de pessoa humana⁵⁶². Para isto, é necessário tê-lo bem solidificado, de modo a impedir deformações no uso dos direitos humanos⁵⁶³.

⁵⁵⁷ Por exemplo: quando faz uma dieta o homem contraria deliberadamente o instinto básico que o direciona à comida; quando sacrifica seu tempo ou recursos por alguém, contraria seu egoísmo inato e instintivo.

⁵⁵⁸ MARITAIN, Jacques: *Los derechos del hombre y la ley natural*. In: do mesmo autor, *Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia*. Madri: Palabra, 2001, pag.16: “La persona es un todo, pero no es un todo cerrado, es un todo abierto; no es un pequeño dios sin puertas ni ventanas (...) La persona tiene por naturaleza a la vida social y a la comunión. De este modo, cada uno tiene necesidad de los demás para su vida material, intelectual y moral, no solamente a causa de las necesidades e indigencias de la naturaleza humana, sino también por la generosidad radical inscrita en el ser mismo de la persona; la apertura a las comunicaciones de la inteligencia y del amor; que son las propias del espíritu, es lo que exige la entrada en relación con otras personas. Hablando absolutamente, la persona no puede ser sola. Lo que sabe, quiere decirlo y quiere decirse ella misma: ¿a quién, sino a otras personas?”

⁵⁵⁹ FINNIS, John: *Fundamentals of Ethics*. Washington: Georgetown University Press, 1983, capítulos 1 e 2.

⁵⁶⁰ A própria postura relativamente frequente de conferir aos seres não humanos o mesmo *status* ontológico dos homens revela em si mesma a superioridade da pessoa sobre os demais seres: nenhum outro animal tem a capacidade de enxergar alguém – seja um indivíduo ou uma espécie – como seu igual. Falta-lhes esta característica da universalidade, a abertura interior à realidade externa.

⁵⁶¹ MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Filosofía del Derecho, tomo I*, pag.128.

⁵⁶² “Tratar-se-á dos ‘direitos do homem’, termo sintético que é produto da combinação de dois elementos: o ‘direito’ e o ‘homem’. Só veremos claro neles separando-os.” VILLEY, Michel, *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵⁶³ Do contrário, seria verdadeira a crítica dirigida por Chandra Muzaffar ao “pueril e patético” conceito ocidental de indivíduo, que seria um mero detentor de direitos sem qualquer transcendência nem finalidade definida. “Sendo verdade que a doutrina contemporânea dos direitos humanos não está interessada em questões metafísicas, apenas se confirma sua

Resta acrescentar que a pessoa, sendo um substrato intelectual, não pode ser reduzida a características empíricas, que são meras manifestações suas, como a consciência, a fala ou a capacidade de relacionamento. Pois as mesmas, apesar de estarem contidas no conceito de pessoa, não logram esgotá-lo. Antes, a realidade da pessoa inclui estas faculdades e vai muito além, sem delas depender. De modo que a falta – provisória ou permanente – de alguma destas capacidades não diminui a característica pessoal do sujeito.

A tentativa que se observa hoje de identificar a qualidade de pessoa com algumas características mensuráveis cai exatamente neste erro, perdendo de vista que tal conceito se refere a uma realidade una, completa e irreduzível⁵⁶⁴. As características acima apontadas – liberdade, racionalidade, responsabilidade, unidade e universalidade – não se prestam à mensuração, tampouco são passíveis de serem auferidas a cada instante nas diversas fases da vida do homem. Sabe-se que o ser humano as possui, porém não é a partir da constatação empírica e sensorial delas que se pode falar em pessoa. Pois este conceito – pessoa – é exatamente o núcleo de onde germinarão tais atributos. Pelo fato de ser uma pessoa, o sujeito desenvolve sua liberdade, racionalidade, responsabilidade, unidade e universalidade no ritmo adequado a sua natureza. Esta, como já ressaltado acima, é perfectiva, ou seja, se aperfeiçoa com o passar do tempo. É evidente, portanto, que em algumas fases da vida humana, será mais difícil ao observador externo identificar os atributos acima apontados em algum sujeito. Isso não quer dizer, de forma alguma, que eles não estão lá.

Exemplificando: pode-se dizer que uma pessoa em coma é racional? Ainda que não o pareça, não há como certificar-se de que ela não pensa (ainda que em sonhos) e de que não possui consciência alguma do que se passa em seu entorno. As aparências podem dizer que esta pessoa está totalmente apartada dos demais, entretanto, quem pode ter certeza disto? Negar os cuidados básicos a um paciente nestas condições, portanto, baseia-se numa suposição que não é de nenhuma maneira comprovada.

falência moral e intelectual. Como podemos falar de direitos do ser humano sem nos questionarmos sobre o que esse ser humano é? Como podemos divulgar os direitos humanos sem uma compreensão a seu respeito?” MUZAFFAR, Chandra, *Islã e direitos humanos*. In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pags. 319-320.

⁵⁶⁴ Com Francesco Viola (VIOLA, Francesco, *La universalidad de los derechos humanos: un análisis conceptual*. In: CIANCIARDO, Juan (org.): *Multiculturalismo y univesalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, pag. 209), podemos afirmar que “pessoa” não é uma qualidade, mas ser alguém, logo, um portador de qualidades.

De qualquer forma, o conceito de “racional” (ou melhor, o entendimento atual sobre o que significa “racionalidade”) não pode ser tomado como uma medida do nível de dignidade ao qual se faz jus. Pois o que se respeita na pessoa não é seu caráter racional – este é uma manifestação de algo mais profundo que há nela.

Outro exemplo: um ébrio habitual é livre? É consciente? É responsável? Estas interrogações poderão ser respondidas de forma diversificada dependendo das condições concretas do alcoólatra. Entretanto, caso as respostas sejam três “nãos”, pode-se dizer que se está diante de um ser de dignidade inferior ao homem “normal”?

Deste modo, vê-se que fazer a qualidade de pessoa depender de alguma característica humana que seja empiricamente verificável pode conduzir a resultados problemáticos. Uma vez que conceitos como “racionalidade”, “universalidade”, “liberdade” e “responsabilidade” podem ser percebidos com maior ou menor precisão, sim, mas não podem ser quantificados. Além do quê, são facilmente perceptíveis no próprio observador, mas sua presença nos outros ficará evidente no grau em que estes manifestarem tais qualidades. Corre-se sempre o risco de cair num subjetivismo egoísta, que só reconhece como válido o próprio modo de manifestar os atributos da personalidade, negando-os em relação aos demais. É o que ocorre quando se tenta “medir a racionalidade” de certas etnias, ou afirmar que certos povos “não possuem” o conceito de liberdade, ou ainda quando se busca comprovar como determinadas pessoas “não possuem senso de responsabilidade” ou “não têm existência social”. Todos estes rótulos são odiosos, porque intentam restringir o caráter de pessoa a partir de critérios reducionistas, de meras manifestações externas do que é uma pessoa. Mas nenhuma destas discriminações se dirige ao núcleo do conceito.

Pessoa, conforme explica S. Tomás de Aquino retomando um conceito do filósofo romano Boécio, é uma “substância individual de natureza racional”⁵⁶⁵.

É uma substância, porque subsiste por si só, sem precisar manifestar-se em outra substância. (S. Tomás faz uma comparação com a cor branca, que não é substância, mas acidente, eis que só se pode falar em cor branca quando estiver associada a alguma substância, como uma parede branca.)

É individual porque é irreduzível – o conceito de ser humano, por contraste, é atribuído de modo genérico à humanidade tomada como espécie, logo, pode ser reduzido a um

⁵⁶⁵ *Summa*, I q.29 a.1.

indivíduo. Caso se utilize a expressão “algum homem”, o resultado será o mesmo: se está fazendo referência a diversos indivíduos, mas entendidos de forma vaga, e a expressão ainda pode ser reduzida a um indivíduo específico. No entanto, quando se fala “Pedro”, então chegou-se a uma substância intransferível, que não pode ser reduzida. Não se pode reduzir “Pedro” a seus ossos ou membros do corpo. É por isso que “Pedro”, enquanto indivíduo, chama-se “substância primeira”, e conceitos como “um homem” ou “o ser humano” são denominados “substâncias segundas”, pois, para serem compreendidas, deverão ser reconduzidas à substância primeira. A substância primeira de natureza racional merece um nome que a distinga das demais, que é o termo “pessoa”⁵⁶⁶.

Como o homem possui matéria e espírito, “possui o princípio de individuação em relação ao corpo, e a incomunicabilidade em relação ao espírito”⁵⁶⁷. Por isso, em relação ao ser humano, o princípio da incomunicabilidade é mais importante que o da individuação – este último designa somente um indivíduo que não constitui um gênero, mas um ser singular, enquanto a incomunicabilidade identifica na criatura racional um “único” propriamente dito: cada homem é único de um modo que cada pedra ou cada cão não o são. Pois “a pessoa é dona de seu próprio ser enquanto o rege e domina, e enquanto é seu, pertence a ela inteira e inalienavelmente. E em virtude dessa potência dominadora, é capaz de dominar seu entorno”⁵⁶⁸.

“Natureza” designa, na definição clássica, o princípio do movimento que corresponde à essência de cada ser. É um princípio intrínseco a cada ser, que o diferencia dos demais e faz com que ele seja tomado como um ser distinto⁵⁶⁹. Sendo um princípio de movimento, não é um conjunto estático de características – é por isso que a natureza do homem não se confunde com a presença completa de requisitos como razão, liberdade, etc. A natureza humana é perfectiva – ela se aperfeiçoa através do tempo e das atividades que o homem executa e sofre – e possui aspectos essenciais e acidentais. Os acidentais podem faltar, que o ser permanecerá como espécime humano.

⁵⁶⁶ MARITAIN, Jacques, *op.cit.*, pag. 17: “La sociedad es un todo compuesto de todos, ya que la persona en cuanto tal es un todo; y es un todo de libertades, ya que la persona en cuanto tal significa dueña de sí o independiente.”

⁵⁶⁷ HERVADA, Javier, *Lições...*, pag. 303.

⁵⁶⁸ *Idem*, pag. 305.

⁵⁶⁹ *Summa*, I q.29 a.1, ad 5.

E, por fim, com “racional”, o Aquinate designa aquilo que faz com que a individualidade seja vivida de modo pleno. O indivíduo é tanto mais “indivíduo” quanto, através do uso da sua razão, ele se domina e, por consequência, domina o mundo à sua volta, dando-lhe sentido e organizando-o por seu pensamento. Pode-se dizer que o indivíduo racional “se contém” a si mesmo, sendo portanto plenamente individual e incomunicável, e possuindo uma dignidade que o coloca acima dos demais – portanto, deve ser designado por um nome especial⁵⁷⁰.

Os seres não racionais podem ser substâncias primeiras, caso não sejam gêneros nem espécies, mas deve ser marcada uma diferença entre estes e os racionais, que decorre da individualização mais perfeita destes últimos, que são plenamente autônomos e donos de seus atos⁵⁷¹. A criatura racional é mais perfeita por ter maior grau de autonomia e estar em condições de subsistir de modo mais individual, mais determinado por si mesma, do que os demais seres. Por isso, possui uma excelência especial⁵⁷².

Como se vê, fazer depender o caráter de pessoa humana das observações feitas por outros sujeitos externos é uma postura bastante agressiva, pois coloca a dignidade do ser humano em total dependência das opiniões alheias. Rebaixando, assim, o homem a um *status* de subordinação completa aos demais – sejam estes cientistas, moralistas, governantes ou a opinião pública. Em nenhum caso pode-se admitir que a posição do homem enquanto pessoa seja questionada, pois isto conduziria diretamente à desconsideração de sua dignidade e ao esquecimento de qualquer tipo de direito daí decorrente⁵⁷³.

Para concluir este ponto, observa-se que os conceitos de “pessoa humana” e “ser humano” se referem ao mesmo objeto. Entretanto, são utilizados em ocasiões diferentes, para denotar e sublinhar aspectos diferentes desta mesma realidade complexa que é o homem. Com o risco de simplificar indevidamente a questão, pode-se sugerir dois exemplos: quando se deseja referir-se a um amigo, fala-se que tal pessoa é um amigo. Utilizar “ser humano” aí

⁵⁷⁰ *Summa*, I q.29 a.3, *ad* 2.

⁵⁷¹ *Summa*, I q.29 a.1, nota dos editores C.

⁵⁷² FAITANIN, Paulo, *op.cit.*, pags. 26-27.

⁵⁷³ Assim, na esteira das noções apresentadas nos parágrafos acima, manifesta-se Javier Hervada (*Lições...*, pag.300): “No ser pessoal não se pode distinguir entre indivíduo e pessoa. [...] Essa dualidade é artificial e insustentável, porque pessoa não é outra coisa senão o indivíduo de uma natureza especial; portanto, o ser humano é a pessoa, e a pessoa humana não é outra coisa senão o indivíduo humano: indivíduo e pessoa, aplicados ao homem, são rigorosamente sinônimos. Por isso, todas as características e marcas do ser humano individual são declaradas unitariamente da pessoa humana e do indivíduo humano (são a mesma coisa), sem possibilidade de distinguir marcas ou dimensões individuais não-pessoais e marcas ou dimensões pessoais. Todo o indivíduo humano é pessoa e apenas pessoa.”

seria estranho. Já para referir-se ao trabalho de um técnico de laboratório forense, é comum dizer que ele identifica o DNA de seres humanos. “Pessoa”, no primeiro exemplo, indica uma importância maior dada à unicidade do indivíduo. Enquanto que, no segundo exemplo, o que importa no contexto da frase são os aspectos da natureza geral do homem que este divide com os demais, daí utilizar-se “ser humano”. Mas ambas as frases, não se esqueça, podem versar sobre a mesma pessoa.

Esse caráter pessoal do qual todo ser humano é revestido é o fundamento, para a teoria aqui analisada, dos direitos humanos.

3.2.5 Dignidade da pessoa humana e respeito devido

Pois reconhecer no homem características tão especiais e um grau de perfeição tão grande conduz necessariamente⁵⁷⁴ a uma atitude de respeito. Como pontifica Massini Correias:

*Del mismo modo en que se debe respeto al gobernante por la ‘dignidad’ o elevación del cargo que ejerce o al sabio por la perfección de su saber, es necesario – deonticamente necesario – tratar con respeto a todo hombre, en razón de la dignidad de su carácter de persona. En los casos del gobernante y del sabio, se trata de una dignidad adquirida y adventicia; en el del hombre en cuanto tal, estamos en presencia de una eminencia constitutiva o esencial, pero la razón del respeto es similar en uno y otro caso: lo perfecto exige respeto.*⁵⁷⁵

O fundamento dos direitos humanos, então, é a dignidade essencial de cada um que se evidencia pelo caráter pessoal dos seres humanos. Tal dignidade, de acordo com as ideias expostas por Javier Hervada⁵⁷⁶, possui uma dimensão relativa e uma absoluta: em sua dimensão relativa, a dignidade refere-se a um estatuto eminente ou superior em relação aos demais. Ora, considerando-se a espécie humana, sua dignidade intrínseca só pode ser comparada com a dos demais animais e outros seres. Logo, dizer que a pessoa humana é digna corresponde a dizer que é mais perfeita que os demais seres. “Não é um animal da

⁵⁷⁴ “A dignidade da pessoa humana leva consigo direitos e deveres que devem ser não só observados, mas entendidos e cumpridos na mais estrita observância. Os direitos humanos expressam parcialmente a dignidade humana, pois a dignidade humana transcende o altar da vida social [...] Por isso, convém que o nome pessoa nomeie toda substância individual de natureza racional desde a sua concepção, passando pela senectude até a sua morte, pois desde a sua concepção até a sua separação do corpo, a alma racional é única e insubstituível diante de Deus.” FAITANIN, Paulo, *op.cit.*, pag. 27.

⁵⁷⁵ MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Filosofía del Derecho, tomo I*, pag. 135.

⁵⁷⁶ HERVADA, Javier, *Lições...*, pag. 309.

espécie superior, mas pertence a outra ordem do ser, diferente e mais alta por ser mais eminente ou excelente.”

A dimensão absoluta da dignidade humana, por outro lado, refere-se a um grau de “bondade intrínseca” presente no homem. Com efeito, a dignidade não é somente comparativa: quando se afirma que o cargo de presidente da república confere uma dignidade funcional a seu ocupante, esta não deve ser entendida unicamente em relação aos demais cidadãos, que não são presidentes. Mas repousa também nas próprias características do cargo, que, em si, envolvem tarefas de condução e exigem um grau de respeito⁵⁷⁷. O mesmo ocorre com a dignidade humana: não só a pessoa é mais eminente que os demais seres, mas ela também possui uma dimensão absoluta: “*la dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia.*”⁵⁷⁸ Faz referência à ontologia especial do ser humano⁵⁷⁹, que corresponde a uma especial participação deste no ser: o homem pode dominar seu ser de uma forma muito intensa.

Esta dignidade essencial é percebida intuitivamente pelos indivíduos quando se relacionam entre si – da mesma forma que o homem possui uma aptidão inata e intuitiva para a beleza, o bem, a perfeição, etc. Desta percepção necessária decorre a exigibilidade de respeito a esta realidade tão especial que é o homem. É por isso, enfim, que a linguagem dos direitos humanos não pode ser justificada por nenhum título inferior à mera condição de homem.

É assim que se justifica a insistência na igualdade natural entre os homens, fundamento não só dos direitos humanos, mas da própria noção de direito. Vale a pena neste passo citar um trecho da obra em que John Finnis analisa o pensamento de S. Tomás:

The very form and lifelong act(uality) by which the matter of my bodily make-up is constituted the unified and active subject (me myself) is a factor, a reality which Aristotle calls psyche and Aquinas calls soul (anima). In the human animal, from the very outset of its existence as human, it is this one essentially unchanging factor, unique to each individual, which explains

⁵⁷⁷ “A dignidade pode [comportar] três tipos de acepção: social, honorífica e moral. As duas primeiras acepções referem-se a como a dignidade humana é atribuída pela sociedade a um indivíduo.” BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pag.63.

⁵⁷⁸ *Summa* I q.42, a.4, ad 2

⁵⁷⁹ Portanto, não parece correto falar em “direito à dignidade”, pois a dignidade humana é o fundamento dos direitos, estando sempre presente. Em outras palavras: “direito” refere-se a determinado bem jurídico, que é devido a alguém. Para constituir um direito, este bem jurídico deve ser passível de apropriação ou dano por outrem. Assim, são bens jurídicos, e portanto direitos, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, etc. Mas “dignidade” não pode ser diminuída nem retirada: todo homem é digno, não importando o que se faça com ele. Ainda que passe por um tratamento contrário a sua dignidade, isso em nada afetará esta última. O contrário seria ilógico: se houvesse um “direito à dignidade”, este poderia ser violado. Caso o fosse, a pessoa perderia sua dignidade. Logo, não poderia mais reivindicar ser tratada como um ser humano, e também não seria mais detentora de direito algum.

(1) the dynamic unity in complexity – in one dimension, we can say, the programme – of the individual's growth as embryo, foetus, neonate, infant... and adult, (2) the unity and complexity of the individual's activities, (3) the relatively mature individual's understanding of universal (e.g. generic), immaterial objects of thought (e.g. classes, or truth and falsity, or soundness and unsoundness in reasoning), and interest in voluntarily bringing about universal (generic) benefits (e.g. health and justice), and (4) this unique individual's generic unity with every other member of the species. In animals of other species, the corresponding factor is both vegetative and animal; in plants it is only vegetative (which already includes the remarkable features of generation); in members of our species the one factor unifying and activating the living reality of each individual is at once vegetative, animal (sentiment and self-locomotive), and intellectual (understanding, self-understanding, and, even in thinking, self-determining by judging and choosing). The manifold activations of these bodily and rational powers are variously dependent upon the physical maturity and health of the individual. But the essence and powers of the soul are given to each individual complete (as wholly undeveloped, radical capacities) at the outset of his or her existence as such. This is the root of the dignity we all have as human beings.⁵⁸⁰

As pessoas devem tratar-se mutuamente como iguais por possuírem uma dignidade que as situa acima dos demais seres, e pode ser reconhecida sempre que se está diante de outra pessoa. Caso o tratamento entre os seres humanos seja marcado por diferenças (sempre lembrando que diferenças serão aceitas enquanto estiverem em proporção com as diferentes situações possíveis na vida social), então o indivíduo negará o caráter de pessoa a seu semelhante. Como os seres humanos possuem uma natureza comum, segue-se que tratar a outrem como inferior a um ser humano corresponde ao próprio agressor afirmar que ele mesmo é menos digno que um ser humano.

Frise-se, por fim, que o fundamento dos direitos humanos está na dignidade, sim, mas quando considerada em relação a outra pessoa⁵⁸¹. Dignidade é uma exigência de respeito. Ora, para que alguém possa ser respeitado, é preciso que haja outro a fazê-lo. Em sentido inverso, para que o respeito que outra pessoa tem pelo sujeito faça sentido para este, é preciso que ele também respeite o outro. Portanto, a dignidade humana é uma noção essencialmente voltada aos demais, e não ao interno do homem. Decorre da capacidade de respeitar os demais, enxergando neles um igual – e não de características possuídas pelo homem que o tornam, por si só e independentemente do que faça, superior aos outros seres. Antes, as características

⁵⁸⁰ FINNIS, John, *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Nova York: Oxford University Press, 1998 (reimpressão de 2004), pag.179.

⁵⁸¹ Observe-se, com efeito, a síntese que Vicente Barretto (*op.cit.*, pag. 64) faz do pensamento tomista acerca da matéria: “Em Tomás de Aquino, a ideia de dignidade humana constrói-se em função da natureza divina. Argumenta que ‘a dignidade significa o valor que cada um possui em razão de si mesmo’. Essa dignidade própria dos seres humanos reflete uma dignidade mais alta, aquela que Tomás de Aquino retrata como sendo de Deus: ‘O Pai e o Filho têm a mesma e única essência ou dignidade’ e, adiante, especifica ‘a dignidade da natureza divina supera toda dignidade’.” Na linha do que acima defendido, sustenta-se que está aqui subjacente a noção de alteridade como componente vital da ideia de dignidade: se o homem é digno “em razão de si mesmo”, o é porque foi assim criado por Deus. E a dignidade de Deus, de acordo com o trecho transcrito, reflete-se na alteridade e unidade simultânea que há entre as três pessoas da Santíssima Trindade. Portanto, também em S. Tomás a dignidade humana aparece como voltada aos demais (primeiramente, a Deus e, por Deus, aos outros). Note-se que Vicente Barretto traça uma antinomia entre o pensamento tomista (mais tendente a uma noção ontológica de dignidade) e o romano (que via a dignidade humana nos aspectos sociais ou jurídicos da vida humana). Pelo que aqui se expôs, parece que esta contraposição é menos marcante do que comumente se supõe.

especiais que o homem possui o tornam digno porque há outros com as mesmas características. E ele pode reconhecer nestes outros uma igualdade profunda – maior do que dois animais da mesma espécie reconhecem entre si, como já dito⁵⁸² – o que conduz à compreensão da exigência mútua de respeito. É neste sentido que deve ser entendida a lição de São Tomás de Aquino, segundo a qual o que distingue os homens é essencialmente sua liberdade e igualdade entre si⁵⁸³. Não é uma igualdade simplesmente entre seres parecidos, nota-se, mas uma igualdade no modo de tratamento. Seres humanos, ao contrário dos outros animais, podem “colocar-se no lugar do outro”, e desta forma tratar verdadeiramente o “próximo como a si mesmo” Vale concluir tal ideia citando um pensamento de E. Levinas, citado por Vicente Barretto: “a natureza das relações humanas resume-se no outro em face do outro, mais do que isto, consiste em mim existindo para o outro”⁵⁸⁴.

*La justificación no especista de la dignidad humana radica en el hecho de que sólo el ser humano, debido a su carácter abierto, a su exigencia de salir de sí, está en condiciones de defender la realidad desde una dimensión no autorreferencial, por lo valioso que es en sí la realidad, y no por la utilidad que le reporta al sujeto. De modo tal que defender al ser humano es defender al conjunto de lo real.*⁵⁸⁵

3.2.6 Direitos humanos como atributos individuais?

Neste ponto, a concepção se distingue das correntes que apresentam os direitos humanos como expressões do caráter absoluto da pessoa *tout court*. Segundo Vicente de Paulo Barretto⁵⁸⁶, há uma robusta tradição, com algumas ramificações, que os conceitua como manifestações “do caráter único do ser humano, que se projeta para além da múltipla individualidade constitutiva do gênero humano”, nascendo “da razão humana em busca de condições identificadoras da igualdade dos seres humanos e representam um patrimônio que vem sendo sucessivamente desvelado através da história da humanidade.”

⁵⁸² Páginas 143 e 144, neste capítulo, *supra*.

⁵⁸³ FINNIS, John, *Aquinas*, pags. 170-180.

⁵⁸⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pag. 15.

⁵⁸⁵ BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández e PEYRÓ, Ana Paz Garibo, *op.cit.*, pag. 111.

⁵⁸⁶ BARRETTO, *op.cit.*, pags. 11-12.

Esse patrimônio resulta da busca da pessoa por seus valores universais e que se encontram submersos por camadas milenares de opressão religiosa, social, política, econômica e social. Assim, os direitos humanos são produto das características únicas e imposteráveis da pessoa humana e não fruto da justiça ou da graça divina.

Cotejando as ideias assim rudemente resumidas com o que se apresentou neste capítulo, concorda-se com a noção de que os direitos humanos decorrem da natureza humana, e aplaude-se a afirmação de que são descobertos ao longo da história da humanidade. Mas esta doutrina se afasta do jusnaturalismo clássico ao caracterizar tais direitos como decorrentes exclusivamente da natureza humana, sem necessidade de orientação a outro indivíduo. Tanto é assim, que a última parte do trecho copiado exclui expressamente a justiça como causa dos direitos humanos. Ora, como já explicado, a justiça só nasce numa relação entre duas ou mais pessoas. Portanto, ao negar que os direitos humanos sejam consequência da exigência de justiça, o autor os mostra como atributos do homem tomado isoladamente. Seriam, assim, decorrências de demandas e exigências que o indivíduo encontra em seu interior.

Tal concepção difere daquela até agora apresentada por acabar promovendo uma visão fixa e imutável dos direitos humanos básicos. O homem sempre teria o direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei, à segurança, à liberdade de expressão, ao acesso à educação, à participação política⁵⁸⁷, etc. Mas já vimos que, para a doutrina clássica, não se pode fazer afirmações tão taxativas. Pois os direitos que o homem terá ou deixará de ter somente se mostrarão no âmbito de uma relação concreta com outro indivíduo⁵⁸⁸. A utilidade dos direitos humanos estará – para a corrente do realismo jurídico clássico – em promover uma primeira concretização do direito natural, traduzindo a exigência genérica de igualdade nas distribuições e trocas para âmbitos mais próximos da realidade cotidiana dos indivíduos.

⁵⁸⁷ Direitos enumerados por Vicente Barretto (*op.cit.*, pag.11). Mais adiante (pag. 27), o mesmo autor volta a afirmar o grau absoluto de alguns direitos, nomeadamente a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes, a proibição da escravidão ou da servidão, a proibição de obrigar alguém sem seu consentimento a submeter-se a experiências médicas e científicas e a obrigação de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica de cada indivíduo. Observa-se, entretanto, que os itens por ele mencionados não constituem propriamente “direitos” (ao menos na ótica do realismo jurídico clássico, aqui defendida) eis que não são “algo” devido a outrem. Constituem, antes, relações. Ora, enquanto nenhum direito pode ser afirmado como absoluto (o autor reconhece com propriedade que até o direito à vida pode estar condicionado pela legítima defesa), uma relação marcada pela justiça, como a escravidão, pode ser condenada em termos absolutos, pois, não importa o que o escravo tenha feito ao patrão, a relação sempre será desigual. Em uma relação de escravidão, o bem jurídico em jogo não é a relação patrão-escravo, mas sim a liberdade. Ora, a liberdade só pode ser afirmada num caso concreto, e não de modo apriorístico. Havendo uma relação de escravidão, este é o caso concreto: há duas pessoas e um bem em jogo (a liberdade do escravo). Logo, pode-se dizer que, embora “liberdade” não seja um direito absoluto, devendo adequar-se ao caso concreto, a “escravidão” pode ser condenada de modo absoluto, porque se trata de uma relação.

⁵⁸⁸ Por exemplo: “*El derecho de todo ser humano a que los demás individuos, o grupos, no atenten injustamente contra su vida, ni contra su integridad corporal o contra su salud. Se dice ‘injustamente’ por dos razones: en primer lugar, porque es obvia la justicia de la legítima defensa, de la autodefensa [...] y en segundo lugar, porque hay también el problema del llamado ‘caso de necesidad’.*” RECASÉNS SICHES, *op.cit.*, pag. 559, grifos no original.

Mas os direitos humanos também são insuficientes – não basta a afirmação abstrata e apriorística de alguns direitos especialmente protegidos. É preciso que o legislador atue, de modo a concretizar cada um destes direitos. Ou então, é preciso que o julgador, diante de um caso concreto, considere os fatores envolvidos e busque manter ou restituir a igualdade. É só diante de uma situação material que o conteúdo dos direitos humanos poderá ser visto. Tais “situações materiais” deverão ser resolvidas obedecendo-se a uma exigência de justiça (“dar a cada um o seu”). Portanto, os direitos humanos decorrem, sim, da justiça. Lamentando a “ocultação”, pelo “discurso dos direitos humanos”, destes conceitos, Michel Villey exclama: “O direito é relação entre homens, multilateral. Tenha ou não consciência disso, quando você usa a palavra ‘direito’, trata-se de uma relação. Como é que se poderia inferir uma relação, que abrange vários termos, de um termo único: o Homem?”⁵⁸⁹

3.2.7 Religião e direitos humanos: uma reconciliação com o Islã?

Outra posição um tanto rígida em relação aos direitos humanos consubstancia-se na interpretação kantiana proposta por Heiner Bielefeldt como possível solução à antinomia entre o Islã e os direitos humanos. Como o autor realça, todo homem é capaz de reconhecer em si mesmo leis e inclinações naturais, sobre as quais ele não tem poder, devendo limitar-se a obedecê-las. Tal exigência, ao mesmo tempo em que humilha o homem, lhe confere a independência moral que Kant chama de autonomia – o homem não necessita mais de um ente superior para reconhecer suas obrigações: ele as descobre dentro de si. Portanto, a dignidade humana é aqui vista como a capacidade de autodeterminação moral do homem⁵⁹⁰ – que não significa soberania em relação aos assuntos morais. Significa, antes, que o homem age independentemente de recompensas ou ameaças externas, independentemente até mesmo das prescrições religiosas. A moral e a religião teriam, para Kant na ótica de Bielefeldt, uma relação de aproximação, mas não de fundamentação⁵⁹¹, porque o homem é capaz, por si só, de

⁵⁸⁹ VILLEY, *O direito...*, pag. 163.

⁵⁹⁰ BIELEFELDT, Heiner, *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag. 246.

⁵⁹¹ *Idem*, pag. 222.

descobrir seus comandos morais e determinar-se pelos mesmos⁵⁹². Dessa capacidade humana decorreria a incondicionalidade do direito humano: o homem realizaria sua condição de ser humano digno através da assunção da tarefa da legislação: esta não pode ser remetida a Deus, visto que “justamente nessa independência da fundamentação teológica é que o Direito adquire sua parte na incondicionalidade da dignidade humana, em cuja constituição o ser humano se supera”. Os direitos do ser humano, descobertos e instituídos pelo homem seriam, segundo Kant, “o mais divino do que Deus tem sobre a terra”. Bielefeldt completa que, em relação ao direito, “aproximar-se dele por demais constituir-se-ia em sacrilégio”.

A partir desta base quase religiosa do direito fundamental e desta veneração extasiada das capacidades humanas (veneração a qual não falta, no melhor estilo religioso, a parcela do sofrimento do herói, consubstanciada no reconhecimento humano de suas próprias limitações e da necessidade de obedecer a lei moral, que ele não pode configurar a seu bel-prazer), Bielefeldt traça um interessante paralelo com a fundamentação teológica do direito apresentada pelo Islã. Se, por um lado, admitir a soberania dos direitos divinos seria rebaixar o homem e impedi-lo de desenvolver sua dignidade na autocontenção e autoregulação legislativa, por outro lado,

“o moderno ethos libertário dos direitos humanos remete a uma irrestrita validade dessa responsabilidade humana que, como Kant destaca, pode (mas não precisa) ser explicada com uma linguagem religiosa – isto é, com símbolos teocêntricos do direito divino – que ultrapassa a perspectiva antropocêntrica”.⁵⁹³

Ultrapassa-a porque

o *antropocentrismo* dos direitos humanos está em um ente que, ao levar a sério sua determinação moral, não se basta a si mesmo. Como Kant escreve: se a moral conduz ‘irremediavelmente à religião’ [...], assim também o Direito, no qual a dignidade humana deve ser respeitada e protegida como sujeito autônomo, relaciona-se com a transcendência em um relacionamento de referência. Esse relacionamento é *aberto*, no sentido de que nem o Direito – como Direito obrigatório – possa querer transformar a fé em objeto, nem a fé religiosa possa funcionar como fundamento de legitimização da ordem jurídica. [...] Orientando-se pela dignidade humana, os direitos humanos podem ser honrados em uma perspectiva que sobrepasse o antropocentrismo, quando, finalmente, o conceito de *direito divino* passa a ter sentido.⁵⁹⁴

Portanto, também uma visão de mundo mais centrada na relação com Deus, como a muçulmana, poderia compreender tentativas de construção de direitos humanos, sempre que estes fossem compreendidos na perspectiva kantiana de consequência necessária da dignidade

⁵⁹² Vicente Barretto sobre máximas morais de Kant.

⁵⁹³ BIELEFELDT, Heiner, *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag. 248.

⁵⁹⁴ *Idem*, pags. 224-225.

humana. Em apoio a esta tese, o autor cita alguns versículos do Corão⁵⁹⁵ que destacam a especial posição na qual Deus quis situar o homem. Logo, o ser humano, visto como representante (“califa”) de Deus na terra, não teria como renunciar à atividade legislativa, no fundamento da qual, como resguardo de sua própria humanidade, estariam as noções expressas nas formulações que conhecemos como direitos humanos.

Esta visão parece atraente por buscar um fundamento para os direitos humanos que seja mais profundo que o habitual binômio necessidade/consenso. No entanto, a visão kantiana, tal como apresentada por Heiner Bielefeldt, apresenta alguns problemas que – pensamos – a tornarão mais difícil de ser aceita no ambiente muçulmano. Sem pretender tratar da filosofia jurídica kantiana em tão poucos parágrafos, tentaremos resumir as fraquezas que se enxergou na tese levantada, de modo que se compreenda melhor as vantagens da concepção jusnaturalista apresentada no decurso deste capítulo.

Em primeiro lugar, chama a atenção a visão quase religiosa que o autor tem dos direitos humanos. É exatamente esta “sacralização” do conceito que o torna, para Bielefeldt, mais compreensível para o sistema islâmico, que também se move por um referencial transcendental. No entanto, parece que se deu pouca atenção às características típicas da relação religiosa. Manter os direitos humanos como conceitos que sobrepassam o antropocentrismo só faz sentido caso se defenda uma concepção do homem firmemente ancorada na realidade. Caso contrário, estar-se-á diante de uma fundamentação fideísta dos direitos humanos. Isto é, o autor acaba requerendo que se acredite nos direitos humanos, tal como se estes fossem componente de alguma religião.

Tal visão é favorecida pela imagem um tanto mística e etérea que Bielefeldt promove do homem – este ser que descobre em si mesmo comandos universais para a ação moralmente boa. Tais comandos, descritos de modo misterioso e abrangente, possuem forte conotação teórica, necessitando a adesão pela fé do “crente” nos direitos humanos. Caso alguém (os muçulmanos, por exemplo) não “acredite” nesta concepção do ser humano, e conteste o “dogma” da moral interior, o edifício dos direitos humanos parece difícil de sustentar-se de pé.

Mas por que alguém contestaria tal ponto? Ora, vê-se que o desejo de transcendência que, realmente, se encontra presente em todo homem, possui uma explicação muito melhor e mais completa em Deus do que nos direitos humanos, que não conseguem esconder sua

⁵⁹⁵ *Idem*, pag. 173.

origem claramente humana (ainda que remetam a uma realidade superior). O muçulmano provavelmente rotularia como simplista e pobre a fundamentação dos direitos humanos que os erige como núcleo da atividade de autolegislação e autocontenção humanas⁵⁹⁶. Para o fiel maometano, este esquema seria provavelmente rejeitado como afronta à soberania de Deus, e a posição do homem como ser imbuído da dignidade da autonomia moral seria vista como uma afirmação sem provas na realidade, que disputa a adesão pela fé que é devida somente ao Deus único.

Além disso, o homem como apresentado por Bielefeldt é considerado solitariamente, em si mesmo, sem relação com os demais. Do ponto de vista islâmico, porém, o dogma rígido da unidade não permite a consideração de ser algum – muito menos do homem, representante de Deus na terra – sem levar em conta, na sua essência, sua ordenação para Deus. Portanto, não fará sentido defender a autoridade legislativa do homem como decorrência necessária de sua dignidade e capacidade de autodeterminação moral. Pois a dignidade é um dom de Deus no sentido mais exato da palavra, a legislação humana deve obediência à legislação divina superior, e a capacidade de autodeterminação moral não passa de nosso livre arbítrio, pelo qual aderimos livremente à vontade de Deus ou nos tornamos pecadores. Não há sentido, para o muçulmano, num Deus que renunciaria à legislação, deixando que o homem se autodeterminasse. Pois a alegação de que a dignidade humana significa autodeterminação moral só pode ser entendida, no Islã, como liberdade para aderir ou não a Deus⁵⁹⁷. E não para propor direitos fundamentais do homem sem referência a Deus.

Além disso – é a crítica que nós lhe fazemos – a visão exposta pelo professor alemão não se enquadra bem no esquema do direito, eis que este é relação, e não aplicação de características humanas consideradas em abstrato. Considerar que os direitos humanos derivam da natureza humana sempre, da mesma forma e em todas as circunstâncias corresponde a enrijecê-los e a retirá-los da realidade. Passa a ser “direito humano” tudo o que o legislador enxergar em seu próprio interior como exigência forte o bastante para tal. Não é mais preciso esperar cada caso concreto para, considerando os sujeitos envolvidos, o bem em

⁵⁹⁶ Provavelmente faria coro a Michel Villey: “*De l’homme il ne pourrait jamais sortir qu’un droit ou vide ou arbitraire: vide, si l’on va s’imaginer le déduire de la raison humaine [...]; arbitraire, s’il était le produit des volontés individuelles. Comment un bon partage des biens entre membres d’une société sortirait-il de la volonté particulière de ces membres? Même assorti par hypothèse de l’appui de la gendarmerie, il n’aurait aucune valeur, il ne serait pas accepté. Il n’aurait pas ces caractères que présente en fait le droit auquel nous avons affaire...*” VILLEY, Michel, *Seize essais de philosophie du droit*. Paris, Dalloz, 1969, pag.66.

⁵⁹⁷ KHADDURI, Majid, *Le droit islamique dans la culture. La structure du style de vie islamique*. In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*. Bruxelas: Bruylant, 1998, pags.194-195.

disputa e as ações prévias, agir em busca da manutenção da igualdade. Na visão de Bielefeldt, os direitos humanos surgem “com o indivíduo”, independente da relação. São direitos, poderes, vantagens, armas que ele carregará consigo não importa onde esteja.

Tal concepção abre-se claramente ao conflitivismo nos direitos humanos, bem como ao subjetivismo. Tudo pode receber o *status* de “direito humano”, desde que encontre alguma correspondência na “moral interior” do legislador, ou das pessoas que o influenciam. “Direito humano” torna-se, assim, uma etiqueta prestigiosa, uma marca de qualidade, a ser afixada em demandas importantes de modo a acelerar sua tramitação e facilitar a obtenção de resultados.

Embora simplificando muito, devido ao tamanho – já exagerado – deste capítulo, pode-se afirmar que tal concepção de direitos humanos faz sucesso no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, como observado no capítulo anterior. Quando se mencionou o abstracionismo nos direitos humanos, fazia-se referência à plêiade de direitos novos, sucessivamente “descobertos” e “reconhecidos” pelos órgãos internacionais, mas de fraquíssima correspondência na realidade. Demos os exemplos do “direito à memória e à verdade”, “direito a um sistema econômico justo”, “direito a uma visão saudável do homossexualismo”, “direito ao aborto”, etc. Todos eles consubstanciando meras reivindicações subjetivas de grupos sociais determinados, sem qualquer exame pelos bons filtros aristotélicos da justiça distributiva ou comutativa.

Com efeito, tais “direitos” referem-se à distribuição de algum bem, ou a alguma troca irregular? Quem são as partes nesta distribuição ou troca? Houve alguma ação prévia que tenha desequilibrado a igualdade entre as partes, que se busca recompor com esses “direitos”? Estes visam a igualdade de fundo entre as pessoas em relações determinadas, ou visam produzir uma “sociedade melhor, mais justa, mais fraterna”? Caso este último seja seu objetivo – de acordo com quais critérios se estabeleceu que a materialização de tais direitos melhore a sociedade? Isto não seria tema para um debate político? Qual visão da sociedade embasa tais reivindicações? Tal visão é a única legítima? Deve ser aceita como verdadeira por todos? Os cidadãos estão obrigados – pois a todo direito, mormente direito humano, corresponde uma obrigação – a contribuir para a noção de “sociedade melhor, mais justa, mais fraterna” materializada nestes “direitos humanos” que se apresentou no parágrafo anterior?

Como se vê, o ser humano tomado individualmente em sua “dignidade de autodeterminação moral” constitui uma base demasiado estreita para fundar qualquer tipo de concepção forte dos direitos humanos. Não se pode fugir da percepção mística que envolve tal

visão do homem – como saber quais direitos “emanarão” de sua pessoa, sem observá-lo na prática, nas relações envolvendo bens?⁵⁹⁸ E, caso o façamos, veremos que não existem “direitos” absolutos e imutáveis que “brotem” de seu interior, mas apenas uma exigência abstrata de igualdade, que, por sua vez, só é explicada pelo conceito de dignidade humana voltado, essencialmente, ao outro.

E – repita-se uma vez mais – tal exigência abstrata e informulável por igualdade entre as pessoas só poderá materializar-se diante de um caso concreto, no qual haja uma necessidade de repartição ou atribuição de um bem. Fora do caso concreto, os direitos humanos serão expressões vazias.

Serão úteis, sem dúvida, para indicar o que é mais frequente: os bens que, em geral e sob atenção ao princípio primeiro da igualdade, serão devidos ao homem. Possuem, assim, uma função de facilitar a tarefa de repartição, e de conferir primeiros parâmetros ao juiz. Entretanto, não se deve perder de vista que tais direitos são uma formulação ainda muito vaga e rude do que é devido a cada um. Mostram o que é devido ao homem em geral, mas não conseguem alcançá-lo em suas situações particulares. É por isso que devem ser manejados com prudência, e invocados com moderação. Por sua indefinição natural, violações a seu vago conteúdo só serão percebidas em casos extremos.

Afastam-se, portanto, da concepção que faz os direitos humanos repousarem no direito natural e na justiça, as visões que ligam os direitos humanos à satisfação das necessidades humanas. Eles correspondem, sim, a algumas necessidades básicas do ser humano, mas sua definição não é “satisfazer os desejos do homem”. Trata-se de proteger os bens mais imediatos e básicos do ser humano. Bens que – note-se – não estão na posse do titular legítimo por um erro na distribuição ou na troca. Caso não se trate de distribuição ou troca viciada pela desigualdade, não haverá então que se falar em direitos humanos, sob pena de desvalorizá-los: se servem para tudo, não servirão para nada⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ “L’ordre est dans les choses et non pas, comme voudrait Kant, dans nos lunettes. Pour faire une bonne constitution dans un pays neuf, la première tâche est de regarder comment fonctionne la chose publique dans les pays plus avancés, comme Montesquieu observait l’état de l’Angleterre. Pour savoir ce qu’est un contrat de vente, ou de commodat, de regarder comment se pratiquent ici et là les échanges entre commerçants, ou les relations entre voisins. Regarder en dehors de nous là où est la vraie source de notre droit.” VILLEY, Michel, *Seize essais...* Paris, Dalloz, 1969, pag.65.

⁵⁹⁹ Acredita-se que desta forma, se evita a crítica de Michel Villey, o qual se insurge exatamente contra esta facilidade retórica dos direitos humanos, “ferramenta de mil usos”, “linguagem indistinta, perigosamente imprecisa, geradora de ilusões e de falsas reivindicações impossíveis de satisfazer”. Tratando-se os direitos humanos como a primeira concretização do direito natural, estes assumem papel vital na tarefa de “dar a cada um o seu” no contexto dos séculos XIX a XXI. No entanto, consoante reiteradamente advertido neste capítulo e no anterior, caso se os considere meios para alcançar uma vida feliz, a consequência será a confusão entre direito, política e moral – a qual beneficiará, em geral, aquele que grita mais alto. VILLEY, Michel, *O direito...*, pags. 162-163.

Por outro lado, a grande vantagem da posição realista clássica apresentada neste esboço é talvez sua considerável concretude e facilidade de demonstração empírica. Ainda que, à primeira vista, esta percepção intuitiva de que todo homem merece respeito por abrigar em si uma certa perfeição pareça abstrata e incompreensível, o que ocorre na prática é que as pessoas tendem a se respeitar mutuamente e a repudiar intuitivamente toda agressão à dignidade da pessoa humana. Sempre recordando que o homem é livre e esta tendência ao respeito pode, portanto, ser vencida pela cobiça, egoísmo ou brutalidade. Mas, originalmente, observa-se que a grande maioria das pessoas se respeita e se indigna com injustiças graves sem se perguntar o porquê deste apreço natural pelo outro.

4 PANORAMA DO DIREITO ISLÂMICO

Neste capítulo, aprofundar-nos-emos na principal razão alegada pelos diversos Estados muçulmanos para o descumprimento dos padrões internacionais de direitos humanos: a necessidade de respeito ao conteúdo do direito islâmico. Assim sendo, procuraremos descrever os traços principais deste sistema jurídico, de modo a avaliar a consistência desta defesa e possíveis modos de superá-la.

O capítulo se dividirá desta maneira: dedicar-se-á a princípio a uma visão panorâmico-descritiva do que se convencionou chamar direito islâmico. Assim, estudaremos, sempre em grandes pinceladas generalizantes, sucessivamente suas fontes, seu conteúdo e a evolução histórica da ciência jurídica da *Sharia*. Seguiremos na sequência por páginas voltadas aos quatro principais pontos de incompatibilidade observados hoje entre o direito do Islã e o dos direitos humanos na perspectiva internacional.

O objetivo do esforço empreendido neste capítulo é contribuir para a solução do problema a que esta dissertação se propôs responder. Como superar o impasse entre as exigências modernas de respeito aos direitos humanos e as demandas morais e religiosas do Islã? Lembremos que, nos capítulos precedentes, intentamos delimitar o campo de estudo (capítulo 2), descrever o problema de forma esquemática (capítulo 3) e remontar às origens do conceito de direitos humanos buscando compreender melhor o objeto da discussão (capítulo 4). O desafio nas páginas que aqui se iniciam será apresentar e entender o “outro lado”: de onde provêm, a que se referem, qual a consistência interna dos argumentos islâmicos para o desrespeito aos direitos humanos. Caso alcancemos sucesso neste estudo, poderemos, no capítulo conclusivo, contar com as contribuições práticas destas páginas para aplicar nelas o marco teórico estabelecido na discussão antecedente (capítulo 4), esperando assim apresentar uma resposta à questão que nos ocupa.

Sharia é o nome que se dá ao direito islâmico. O termo parece vir da expressão do árabe arcaico que denota “o caminho que leva à fonte de água”⁶⁰⁰. Considerando as características físicas e climáticas da Arábia, berço do Islã coberto de desertos e castigado pelo sol, entende-se que a expressão pode facilmente ser utilizada em sentido metafórico para

⁶⁰⁰ KAMALI, Mohammad Hashim, *Shari'ah law: an introduction*. Oxford (UK): One world, 2008, pag. 2.

“trilha rumo à felicidade”. Provavelmente, a palavra foi adotada em seu significado jurídico com este sentido. Atualmente, *Sharia* denota o caminho para a religião. O termo se encontra em uma única passagem do Corão, que exorta: “18. Agora, estás numa estrada clara. Segue-a e não te deixes seduzir pelos caprichos dos que nada sabem.” (45:18)⁶⁰¹

A *Sharia*, portanto, contrapõe-se a *hawa* (capricho, paixões). Cabe ao crente seguir a trilha verdadeira, dada pelas normas de obediência a Deus, para não se deixar arrastar por seus caprichos e vontades imediatas, que o levariam à infelicidade (“nada sabem”). Como explicaremos mais adiante, a *Sharia* não pode ser vista unicamente como regras religiosas, no sentido de “rituais” ou de “organização interna” da religião. Ao contrário, a *Sharia* consiste nos comandos de Deus aos homens, comandos bastante concretos e compreensíveis, que, a partir de uma fonte externa, levam o crente a superar as dificuldades e perigos da vida na Terra. Pode-se dizer que a *Sharia* é uma tentativa de superação da condição humana, pois o homem não se satisfaz com esta e não consegue guiar-se sozinho rumo a uma vida feliz⁶⁰². A *Sharia*, como normas divinas livremente promulgadas por Deus e reveladas ao profeta Maomé, requer adesão e obediência incondicional, pois ela traduz as principais exigências da religião islâmica. Portanto, esta primeira abordagem sobre o conceito deve levar-nos a entender que este se refere a uma totalidade, ao conjunto de exigências que Deus, por meio do Islã, faz ao homem. Não se trata somente de um campo, como o jurídico, ou o ritual, ou o militar, mas é a vida inteira do muçulmano, do início ao fim e em todos os seus aspectos, que deve ser guiada pela legislação divina⁶⁰³.

Apesar de ser um conjunto de preceitos, a *Sharia* não está codificada⁶⁰⁴. Não há um repositório das normas divinas do Islã. Historicamente, apresentam-se vários motivos para a dispersão das regras da *Sharia* entre os vários caminhos de manifestação do Islamismo. Em primeiro lugar, a *Sharia* não pode ser compreendida longe da noção islâmica de unidade

⁶⁰¹ Conforme adiantado na introdução a esta dissertação, as citações do Corão serão normalmente tomadas do texto em língua portuguesa de Mansour Challita. Sobre as traduções utilizadas, ver pag. 41, no primeiro capítulo.

⁶⁰² Corão, 45:23: “E viste aquele que tomou por deus sua paixão, e Allah o descaminhou, com ciência, e lhe selou o ouvido e o coração e lhe fez névoa sobre a vista? E quem o guiará, depois de Allah?”

⁶⁰³ BOUTIVEAU, Bernard, *Le droit islamique comme ensemble de normes et de valeurs, comme savoir et techniques, comme modes de réalisation d'une exigence sociale de justice*. In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*. Bruxelas: Bruylant, 1998, Pag. 202

⁶⁰⁴ Houve uma tentativa neste sentido em 1877, quando o Império Turco-Otomano promulgou a *Mejelle* (ou “*Mecelle*”), um código legal composto por 1851 artigos que cobriam basicamente o direito civil, intentando um diálogo entre as tradições europeias em voga e as prescrições da escola hanafita da *Sharia*. O direito de família não foi tratado no código, entendendo-se que seria regulado de modo mais apropriado pelo direito estritamente religioso. Seja como for, a *mejelle* objetivou ser a expressão escrita da *Sharia*. KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag. 153 e AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, *Islam and the secular State: negotiating the future of Shari'a*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008, pag. 17.

(“*tawhid*”). Esta palavra, utilizada comumente para designar o monoteísmo muçulmano, possui um poder de penetração incomparável, e permeia todo e qualquer aspecto do Islamismo. A *Sharia*, portanto, se insere dentro desta realidade monolítica e voltada para Deus que é o Islã. Assim sendo, é natural que em todas as manifestações da religião, haja algum aspecto da *Sharia*, pois todas as partes da religião conduzem o homem a Deus, através de leis e regras⁶⁰⁵.

Outro motivo para a dispersão das normas da *Sharia* refere-se a seu campo de aplicação: esta, como já dito, destina-se a regular a vida completa do homem. Ora, para isto, são necessárias uma grande abrangência e flexibilidade, pois nossa vida, nossas possibilidades de comportamento e de relações são quase que infinitamente variáveis. Desta forma, compreende-se que uma eventual codificação total da *Sharia* acarretaria sua inaplicabilidade posterior, e no surgimento de imensas lacunas com a evolução e mudança das condições de vida. Isto é evitado com a variação das fontes desta legislação divina.

Por fim, a falta de unidade entre as regras da *Sharia* pode ser explicada também pelas próprias condições nas quais o Corão foi ditado pelo profeta Maomé. Foi estabelecido ao longo de 23 anos (610-633), sendo transmitido oralmente aos seus discípulos (os “Companheiros”, ou “*Sahaba*”), que em seguida deveriam memorizá-lo e perpetuar sua transmissão. Este método, evidentemente, não se coaduna com as condições para estabelecer um código legal no sentido moderno do termo – tampouco era esta a intenção destes primeiros muçulmanos. Assim, as regras jurídicas no Corão estão dispersas, e requerem a complementação de outras fontes importantes para o Islã.

4.1 As fontes da *Sharia*

Passaremos agora a enunciar brevemente as fontes da *Sharia*, para em seguida examinar seu conteúdo.

⁶⁰⁵ Assim, quando Ahmet Akgunduz se propõe a listar as principais normas islâmicas, arrola: o autossacrifício, a frugalidade, o contentamento com o que se possui, a responsabilidade pessoal, a paz e o perdão. Normas morais, com o *status* de comandos claros exigidos pela religião. AKGUNDUZ, Ahmet, *Norms and values in Islam*, disponível em: http://www.uga.edu/islam/norms_values.html, acesso em 14.05.2011.

As fontes da *Sharia*, em ordem de importância, são: o Corão, a *Sunna* e o raciocínio humano (“*ijtihad*”). Mohammad Hashim Kamali especifica que, dentro da rubrica *ijtihad*, se encontram o raciocínio por analogia, a preferência jurídica (no sentido de: “dos juristas”) e o consenso geral. Outra fonte que também é utilizada, embora de modo secundário, é o bem estar da comunidade islâmica como um todo (“*maslahah*”), noção que pode ser assemelhada à de interesse público.

4.1.1 O Corão

A primeira e mais importante fonte da *Sharia* é o Corão. Este é o livro sagrado dos muçulmanos, o qual creem ter sido ditado pelo anjo Gabriel ao profeta Maomé. No Corão estaria contida a revelação definitiva de Deus aos homens. Até a época de Maomé, o Islã ensina que vieram diversos profetas, desde Adão a Jesus Cristo. Alguns também receberam e divulgaram livros sagrados (a Torá judaica e o Evangelho cristão estariam nesta categoria – fato relevante para o tratamento jurídico que judeus e cristãos merecerão nos territórios islâmicos). No entanto, Maomé foi o encarregado da revelação final, e, após o Corão, os muçulmanos creem que não há mais necessidade de outro livro.

O Corão é composto por 114 suras (capítulos) de tamanhos muito diferentes. Está todo dividido em versículos, estes sim de tamanho relativamente homogêneo. Para fins organizacionais, costuma-se citar trechos do Corão indicando o número do capítulo, seguido pelo número do versículo, separados um do outro por um sinal de dois pontos. Muitos estudiosos muçulmanos fizeram outras divisões do livro, embora mantendo as suras e os versículos. Todas elas se destinavam a facilitar o trabalho de memorização e recitação do texto.

O Corão traz poucas regras que poderíamos reconhecer como propriamente jurídicas. Conforme os números indicados por Kamali⁶⁰⁶, o livro é composto por 6.235 versículos, dos quais aproximadamente 350 tratam de temas jurídicos – a maior parte dos quais, esclarece o autor, foram revelados em resposta a problemas bem concretos enfrentados pela primeira comunidade de seguidores do profeta. Estes são conhecidos como “conselhos práticos”, o que

⁶⁰⁶ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag. 19.

reforça quanto já dito sobre o papel central da *Sharia* em toda a vida do bom muçulmano, sem limitar-se aos problemas jurídicos. Dos 350 versículos “práticos”, 140 são dedicados a assuntos de devoção pessoal, como as orações prescritas, a esmola e as peregrinações. 70 relacionam-se com o direito de família, 70 com relações comerciais, 30 falam dos crimes e penas, 30 abordam temas jurídicos mais gerais como justiça, equidade, direitos e deveres, e 10 enfim tratam de assuntos econômicos, como a relação entre ricos e pobres, ou entre trabalhador e patrão⁶⁰⁷.

Os demais versículos, considerados não jurídicos, versam sobre temas os mais variados, desde exortações à fé e descrições da unicidade e dos atributos de Deus, até comentários às histórias da (então jovem) comunidade muçulmana, do povo judeu e algumas variações sobre temas evangélicos. Não há uma ordem específica entre as Suras, excetuando-se a primeira, que introduz o resumo mais básico da crença islâmica. Resta acrescentar, nesta análise brevíssima sobre o livro sagrado, que as Suras possuem nomes, os quais, entretanto, não são indicações sobre seu conteúdo, como ocorre normalmente, mas termos que aparecem de alguma forma no texto daquela Sura. O exemplo mais claro é a segunda e mais longa Sura, chamada “A Vaca” e composta por 286 versículos. Apesar do nome, apenas os versículos de 67 a 73 fazem efetivamente referência ao animal.

Em relação ao Corão como fonte da *Sharia*, pois, deve dizer-se que as regras corânicas variam muito em termos de concretude. A maioria é composta por princípios vagos, que devem ser posteriormente desenvolvidos e interpretados pelos sábios (“*ulama*”). Um bom exemplo de prescrição corânica genérica encontra-se em 5:1: “1. Ó vós que credes, honrai vossos compromissos.”

Evidente que este preceito necessita de maior elaboração para possuir algum efeito prático. Já no campo do direito de família, podemos observar que os versículos são mais específicos:

176. Consultar-te-ão a respeito da herança de um falecido sem ascendente nem descendente. Dize: ‘Se um homem morrer sem ter filhos, mas tendo uma irmã, ela herdará a metade da herança. E ele herdará todos os bens dela, se ela morrer primeiro sem deixar filhos. Se houver duas irmãs, herdarão os dois terços dos bens deixados. Se houver irmãos e irmãs, caberá a cada homem o dobro de cada mulher. Deus revela-vos Suas leis para que não erreis. Deus está a par de tudo. (4:176)

⁶⁰⁷ Esta listagem foi copiada – mantendo-se a advertência do autor no sentido de que muitos estudiosos islâmicos discutem a pertinência temática de vários versículos – de KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 19-20.

Apesar de alguns países o proclamarem⁶⁰⁸, o Corão não pode ser considerado uma Constituição. Não parece ser este o escopo do texto profético. Conforme já elucidado, trata-se de um guia para toda a comunidade dos fiéis. Aborda, portanto, com o mesmo grau de importância, temas como os dogmas de fé, os deveres para com os não crentes, e os temas jurídicos da família ou dos crimes. É sobretudo um código para a vida interior, tanto do indivíduo quanto da comunidade. Neste sentido, as partes nas quais o Corão especifica deveres jurídicos podem ser consideradas mais como exceções do que como a regra.

Não obstante, é possível concluir que o Corão “exala” alguns princípios jurídicos básicos, que podem servir de plataforma programática para uma legislação mais específica. Traços como a dignidade do homem⁶⁰⁹, a igualdade entre as pessoas⁶¹⁰, a responsabilidade individual pelos atos⁶¹¹, o dever geral de honestidade nas relações⁶¹² e a proibição de prejudicar os demais⁶¹³ estão presentes tanto nas prescrições especificamente jurídicas quanto nos versículos predominantemente morais ou históricos⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ A Lei Básica da Arábia Saudita, de 1992, estabelece em seu art.1º que o Corão e a *Sunna* são sua constituição. ABIAD, Nisrine: *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: a Comparative Study*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008, pag.42.

⁶⁰⁹ Segundo Chandra Muzaffar, é a interpretação do versículo 17:70: “70. E temos abençoado os descendentes de Adão e temo-los transportado por terra e por mar e temos-lhe concedido as boas coisas da vida e temo-los preferido a muitas de nossas criaturas.” MUZAFFAR, Chandra, *Islã e direitos humanos*. In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 322. A tradução de Helmi Nasr, em consonância com a inglesa de M.H.Shakir e a fornecida pelo próprio autor, diz “honramos os filhos de Adão”.

⁶¹⁰ Ainda que diluída pela marcante divisão entre crentes e não crentes, a visão islâmica propõe uma igualdade básica entre todo ser humano: “13. Ó filhos de Adão, criamo-vos machos e fêmeas e dividimo-vos em povos e tribos para que vos conhecêsseis uns aos outros. Ao olhar de Deus, o mais nobre dentre vós é o mais piedoso. Deus é informado e sabe.” (49:13).

⁶¹¹ “54. Naquele dia, qualquer prevaricador, se possuíse tudo quanto existe na terra, o daria para resgatar-se. Sentirão o arrependimento quando virem o castigo. E serão julgados equitativamente, e ninguém será lesado” (10:54) “49. Naquele dia, verás os pecadores acorrentados dois a dois – 50. de alcatrão, suas túnicas, o fogo cobrindo-lhes o rosto – 51. Para que Deus pague a cada alma o que ela tiver merecido. Deus não tarda no ajuste de contas.” (14:49) “42. Quanto aos que creem e praticam o bem, serão os herdeiros do Paraíso e nele morarão para todo o sempre. Jamais impomos a alma alguma carga superior às suas forças.” (7:42)

⁶¹² “15. Deus vela sobre aqueles de Seus servos [...] 17. Que são perseverantes, leais, devotos, generosos, e imploram o perdão na madrugada.” (3:15-17)

⁶¹³ “282. [...] Apela para testemunhas quando negociais. E não coajais nem o escriba nem as testemunhas. Se o fizerdes, cometeréis uma abominação.” (2:282) “280. Dai prazo ao devedor em dificuldade até que se recupere. E se puderdes perdoar, melhor será para vós. Se soubésseis!” (2:280)

⁶¹⁴ “103. E segurai-vos todos à cadeia de Deus e não vos dividais. E lembrai-vos de como vos favoreceu, pois éreis inimigos uns dos outros e Ele uniu vossos corações, e tornastes-vos irmãos por Sua graça; e estáveis à beira do abismo do Fogo, e Ele vos salvou. Assim Deus manifesta Seus sinais. Quiçá acerteis o caminho.” (3:103) “74. E lembrai-vos de que Ele vos designou sucessores após o povo de Aad e vos instalou na terra, deixando-vos erguer palácios nas planícies e cavar casas nas montanhas. Recordai os benefícios de Deus e não corrompais a terra.” (7:74) Além disso, toda a sura 8ª (“Os espólios”) parte das circunstâncias concretas que rodearam a batalha de Badr, vencida pelos muçulmanos contra os árabes idólatras, para ressaltar o temor a Deus, a confiança nos desígnios divinos e a obediência ao profeta.

Também podemos descobrir um princípio de responsabilidade individual: “Nenhuma alma carregará o fardo de outra alma.” (6:164), para alguns⁶¹⁵, o princípio fundamental do direito islâmico.

A maior importância do Corão para a *Sharia* é, sem dúvida, a fundamentação final. Como texto sagrado de uma religião que se define como “do livro”, toda e qualquer prescrição islâmica deve encontrar uma via que remeta ao Corão, para ter um mínimo de legitimidade. A função do Corão, portanto, é predominantemente fornecer um contexto a partir do qual a *Sharia* pode ser desenvolvida pelos estudiosos mais piedosos. Este papel do livro é importante: ao contrário do que insistem numerosos governos e até modernos juristas muçulmanos, o Corão não possui características constitucionais, e não basta sua leitura para resolver os problemas jurídicos com que as sociedades se defrontam. Antes, sua utilidade – se assim podemos chamá-la – está em apresentar o ponto inicial de qualquer esforço legislativo. O Corão garante a unidade da *Sharia*, informando-a com alguns princípios básicos e dando-lhe seu propósito e direção: conduzir a Deus.

Outro aspecto importante do Corão para a lei islâmica está no papel histórico que este possui. Este é um aspecto controverso, pois muitos muçulmanos promovem uma interpretação exagerada do caráter universal do livro, entendendo que suas prescrições não podem ser lidas à luz do contexto específico em que foram ditadas, mas se aplicariam de modo igual a qualquer situação específica. No entanto, como defendido por An-Na’Im, entre outros, há versículos do Corão que respondem claramente a problemas concretos e determinados enfrentados pelos seguidores da primitiva comunidade reunida em torno de Maomé⁶¹⁶. Há inclusive alguns poucos versos que se referem a problemas enfrentados pelo profeta em sua própria família⁶¹⁷ ⁶¹⁸. Uma leitura propriamente “jurídica” do Corão, portanto, buscaria no

⁶¹⁵ AKGUNDUZ, Ahmet, *op.cit.*

⁶¹⁶ Aqui, a tradução portuguesa de Helmi Nasr é de valioso auxílio, esclarecendo o significado dos seguintes versículos (o texto destes é da versão de Challita): “158. As-Safa e Al-Marua figuram entre os lugares de Deus. Quem fizer a peregrinação à Casa ou a visitar, não cometerá transgressão se circundar esses dois montes.” (2:158) “161. De nenhum profeta é digno enganar. Quem o fizer, carregará seus ardis no dia da Ressurreição, quando a cada alma será dado o que tiver merecido e ninguém será lesado.” (3:161) Segundo o tradutor oficial do Centro do Rei Fahd, o primeiro versículo refere-se ao medo que os muçulmanos da primeira geração tinham de caminhar entre as duas colinas ali denominadas, em virtude de serem antigos locais de veneração dos ídolos pré-islâmicos. Já o segundo trecho diz respeito à suspeita, levantada por um guerreiro muçulmano, de que o profeta Maomé tivesse defraudado seus companheiros na divisão dos despojos de uma batalha. A respeito, a tradução de Helmi Nasr é mais taxativa: “161. E não é admissível que um profeta defraude algo. E quem defrauda virá, no Dia da Ressurreição, com o que defraudou. Em seguida, cada alma será compensada com o que logrou: e eles não sofrerão injustiça.” (3:161)

⁶¹⁷ “11. Os caluniadores são legião entre vós. Não considereis o fato um mal. Talvez seja um bem. A cada um deles, o preço de seu pecado. E para quem cometer a culpa maior, um castigo terrível. 12. Por que, quando ouvistes as acusações, vós homens e mulheres crentes, não pensastes no bem e não dissestes: ‘É uma calúnia evidente?’ 13. Por que não apresentaram quatro testemunhas? Não o tendo feito, são, ante Deus, difamadores.” (24:11-13) Helmi Nasr e Mansour Challita são

texto não só regras diretas de conduta, mas também indicações de como problemas do século VII foram identificados e tratados por Maomé, e como o modo de resolvê-los (mas não necessariamente a solução em si) poderia ser transposto para realidades mais modernas.

4.1.1.1 O princípio ético da moderação

A última marca do Corão na *Sharia* que se deseja ressaltar aqui refere-se ao estabelecimento de princípios éticos, para além de jurídicos. Hashim Kamali confere grande importância ao conceito corânico de moderação (“*wasatiyyah*”). Este é claramente ordenado em alguns versículos, como: “143. Deste modo, fizemos de vós uma nação do justo meio a fim de que testemunheis contra os outros e que o Mensageiro testemunhe contra vós.”⁶¹⁹

Esta passagem, apesar de citada por Hashim Kamali e por Helmi Nasr (em nota explicativa à sua tradução do Corão) como preceito indicando a moderação em todos os aspectos da vida⁶²⁰, na verdade tratava de um assunto bastante delimitado: a controvérsia entre os primeiros muçulmanos convertidos do judaísmo e Maomé, quando este insistiu que as orações passassem a ser feitas na direção de Meca, e não mais com Jerusalém como referência. É o que se depreende da leitura dos versículos imediatamente anterior e posterior, bem como da continuação do próprio 143:

E não fizemos a direção, para a qual tu, Maomé, estavas virado, senão para saber distinguir quem segue o Mensageiro de quem torna atrás, virando os calcanhares. E, por certo, essa

concordes em afirmar que tais versos foram escritos de modo a proclamar a inocência de Aisha, esposa favorita de Maomé, de acusações de adultério que lhe eram lançadas.

⁶¹⁸ “1. Ó Profeta, por que proíbes o que Deus te permitiu, só para agradar a tuas mulheres? Deus é perdoador e misericordioso. 2. Deus absolveu-vos de tais juramentos, pois é vosso protetor. E Ele é conhecedor e sábio. [...] 4. Se vós ambas vos arrependerdes de haverem vossos corações pecado, sereis perdoadas. Mas se conspirardes contra ele, sabeis que Deus é seu protetor e também Gabriel e os justos dentre os crentes. E os anjos são seu apoio. 5. Se ele vos repudiar, talvez seu Senhor lhe envie esposas melhores do que vós, submissas a Deus, e crentes, obedientes, penitentes, devotas, inclinadas ao jejum, casadas ou virgens.” (66:1-5) Segundo Helmi Nasr, tal Sura, chamada a propósito “As Proibições”, foi revelada quando Maomé jurou a Hafsa, uma de suas esposas, não mais deitar-se com Maria, sua escrava copta (segundo alguns, Maria seria outra esposa, embora de origem cristã, e não escrava-concubina). O propósito deste trecho seria liberar o Profeta do juramento, censurando suas esposas que o pressionaram na renúncia a Maria.

⁶¹⁹ O versículo não deve ser lido de modo negativo, como se o profeta ordenasse que os homens se acusassem entre si. Com efeito, a tradução de Helmi Nasr para o mesmo trecho é: “143. E, assim, fizemos de vós uma comunidade mediana, para que sejais testemunhas dos homens e para que o Mensageiro seja testemunha de vós.” (2:143) Enquanto que, no texto em inglês, lemos: “*And thus We have made you a medium (just) nation that you may be the bearers of witness to the people and (that) the Apostle may be a bearer of witness to you.*”

⁶²⁰ Também: AKGUNDUZ, Ahmet, *op.cit.*

mudança é penosa, exceto para aqueles a quem Allah guia. E não é admissível que Allah vos faça perder as recompensas da Fé. Por certo, Allah, para com os homens, é Compassivo, Misericordioso.

Outro versículo no qual se encontra o apelo à moderação é: “185. [...] Deus deseja facilitar, e não dificultar.” (2:185)

No entanto, também este trecho se encontra dentro de um contexto específico: falava-se aqui sobre o respeito ao mês do Ramadan. O versículo inteiro, efetivamente, reza:

185. Foi do mês de Ramadã que o Corão foi revelado, um guia para os homens, com provas manifestas para a orientação e o discernimento. Quem, pois, estiver presente durante este mês, que jejue; e quem estiver doente ou viajando, que jejue durante outros dias em substituição. *Deus deseja facilitar, e não dificultar.* E Ele quer que jejueis durante todo o mês e proclameis Sua grandeza pela orientação que dEle recebestes. E possais ser agradecidos! (grifos acrescentados)

Nota-se, então, que o esforço de estudo e interpretação sobre o Corão, promovido ao longo dos séculos pelos estudiosos muçulmanos, partia da consciência de que existiam princípios éticos subjacentes aos conselhos e prescrições práticas, e à primeira vista temporal e espacialmente delimitadas, do livro sagrado. A seguir, as análises do Corão buscavam deduzir, dos casos concretos visados a princípio pelo profeta Maomé, ensinamentos mais gerais, ou seja, a *ratio* das normas corânicas, de forma a generalizar tudo o que se pudesse extrair de útil para aplicação posterior em casos não previstos no Corão.

É assim que, de uma discussão hoje já plenamente superada acerca da direção para a qual os orantes deviam voltar-se, foi extraído o princípio da moderação e repúdio ao extremismo. E, a partir de uma frase dentro das especificações da norma concreta sobre o mês de jejum, chegou-se ao preceito geral de priorização da facilidade naquilo que for lícito⁶²¹.

Outros exemplos da emergência do princípio da moderação a partir de ensinamentos sobre temas mais restritos podem ser encontrados nos seguintes versículos:

“28. Deus quer tornar vossos fardos leves. Pois o homem foi criado fraco.” (4:28)

“6. [...] Deus não vos quer constranger mas purificar, e quer completar Seu benefício sobre vós. Possais ser agradecidos!” (5:6) O tema deste versículo, na verdade, eram as abluções obrigatórias que deveriam preceder a oração, sendo que o texto permite que, em determinadas condições mais complicadas, como em casos de enfermidade, de viagem ou falta de água, a lavagem fosse apenas simbólica, por meio de gestos. Neste contexto, a frase aqui selecionada estava inserta ao fim do versículo, reforçando, ao que parece, as prescrições específicas deste trecho limitado. Isto não impediu que o trabalho de interpretação

⁶²¹ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 35-36.

prosseguisse, chegando este trecho a ser destacado do restante do versículo e a ser apontado⁶²² como princípio geral das obrigações religiosas.

78. E lutai por Allah, como se deve lutar por Ele. Ele vos elegeu. E não vos fez constrangimento algum na religião: a crença de vosso pai Abraão. Ele vos nomeou muçulmanos, antes, e agora, neste [Corão], para que o Mensageiro seja testemunha de vós, e vós sejais testemunhas da humanidade. (22:78)⁶²³

Aqui, a interpretação literal encontraria somente uma indicação a manter retamente a religião islâmica. No entanto, extraiu-se daqui a conclusão ampla segundo a qual Deus não quer que nenhuma das normas religiosas seja um peso para os crentes.

Todas estas citações corânicas vieram a propósito de mostrar como os juristas muçulmanos intuem que as imposições do livro sagrado repousam sobre outros preceitos, mais abstratos e difíceis de elucidar, que são cumpridos quando aquelas normas expressas são observadas, mas que podem ser extraídos destas situações concretas, generalizados e aplicados a outras situações. Este trabalho de indução é um dos métodos aceitos na interpretação do Corão, em especial no que diz respeito à sua parte jurídica. Assim o reconhece Hashim Kamali, referindo-se ao antigo Ímã Al-Shatibi:

Induction (istiqrāʾ) to Shatibi is one of the most important methods of identifying the maqasid⁶²⁴. There may be various textual references to a subject, none of which may be in the nature of a decisive injunction. Yet their collective weight is such that it leaves little doubt as to the meaning that is obtained from them.⁶²⁵

4.1.1.2 O princípio ético do bom senso

Outro princípio ético geral que pode facilmente ser inferido do Corão e aplicado em todo o campo da *Sharia*, ainda que não tenhamos encontrado referência direta a ele entre os estudiosos da matéria, é o “bom senso”⁶²⁶. Dentre as várias regras que traz, o livro se destaca por várias disposições que amenizam suas imposições, levando em consideração fatos

⁶²² *Idem*, pag. 35.

⁶²³ Este trecho foi transcrito da versão de Helmi Nasr, vez que, estranhamente, não se encontra no trabalho de Mansour Challita. No entanto, o versículo está presente tanto na versão inglesa de M.H.Shakir, quanto na francesa de M.Savary.

⁶²⁴ *Maqasid al-Shari'ah* são os objetivos gerais da *Sharia*.

⁶²⁵ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.132, grifos no original.

⁶²⁶ KAMALI (*op.cit.*, pag.60), o chama de “pragmatismo”.

corriqueiros da vida que poderiam dificultar sobremaneira ou impossibilitar a obediência ao teor literal da lei. Por exemplo:

3. São-vos vedados o animal morto, o sangue, a carne de porco e os animais imolados sob a invocação de outro nome que não o de Deus, os animais estrangulados, os animais mortos por espancamento ou de queda ou por chifradas e os devorados por feras [...] Contudo, quem for impelido pela fome a desobedecer a essas determinações sem intenção de pecar, Deus é perdoador e misericordioso. (5:3)

Ao final deste versículo, vê-se uma derrogação parcial da proibição de modo a não tornar insuportável a situação do faminto. Também podem ser examinados neste contexto alguns trechos da segunda Sura, acerca das prescrições do jejum (versículos 184-187) e da peregrinação a Meca (versículos 196-203). Nestes, sempre encontramos exceções e relaxamentos em prol dos doentes, dos comerciantes ou dos que se atrasam para a oração. São normas que demonstram um grande conhecimento da vida humana e das distintas circunstâncias que se pode atravessar ao querer cumprir as obrigações religiosas.

Outro exemplo:

238. Recitai as preces, inclusive as intermediárias, e ponde-vos respeitosamente em pé diante de Deus.

239. Quando em perigo, rezai em pé⁶²⁷ ou cavalgando. E quando voltar a segurança, lembrai-vos de Deus e de como vos ensinou o que não sabíeis. (2:238-239)

Também pode ser citado um versículo voltado à situação concreta das pessoas que procuravam Maomé para que este lhes fornecesse conselho sobre aspectos de sua vida: “Ó vós que credes, quando fordes conversar com o Mensageiro, fazei antes um donativo. É melhor para vós e mais puro. Se não o puderdes, Deus é perdoador e clemente.” (58:12)

Desta forma, não pode ser negada a existência, na própria constituição do Corão, de um fundamento de bom senso, de conhecimento prático da vida. Esta característica faz com que o livro, que ainda traz muitas marcas do tempo e local de sua elaboração, possa aplicar-se, em grande parte, de modo universal, a sociedades e modos de vida muito distintos da Arábia do século VII. Considero esta a última contribuição que o Corão, através dos comportamentos nele prescritos e dos princípios subjacentes a seu texto, faz à *Sharia*⁶²⁸.

⁶²⁷ Para Helmi Nasr, “andando ou montados”. Para M.H.Shakir, “*on foot or on horseback*”.

⁶²⁸ “*Les juristes musulmans affirment que les principes fondamentaux du droit sont la liberté (ibaha) et l’innocence (bara’a); mais ces principes sont précisés par d’autres, la nature humaine étant présumée essentiellement faible et pouvant facilement s’égarer, à moins d’être conduite par la Sagesse divine.*” (grifos no original) KHADDURI, Majid, *Le droit islamique dans la culture. La structure du style de vie islamique*. In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*. Bruxelas: Bruylant, 1998, pag.193.

4.1.2 A Sunna

A segunda fonte do direito islâmico é a *Sunna*. Esta compõe-se do histórico da tradição da primeira comunidade muçulmana, reunida em torno da figura do profeta Maomé. A *Sunna* é composta por normas costumeiras e preceitos validados por sua adoção no comportamento do profeta. Mas a principal parte da *Sunna* é composta por *hadiths*, pequenas narrações sobre o que o profeta Maomé fez, o que disse, decidiu, aprovou ou deixou de fazer. Para o bom muçulmano, é preciso conhecer a *Sunna* e os *hadiths* de modo a ter uma visão completa da pessoa de Maomé.

A *Sunna* é, na verdade, tão genérica e pouco sistemática quanto o Corão. Traz ainda a desvantagem de originar-se do costume em vigor entre os povos árabes do início da Idade Média. Muitos estudiosos consideram que a *Sunna* encontra-se, hoje, expressa principalmente nos *hadiths*. Isto parece diminuir a insegurança causada pelo desconhecimento da lei a ser aplicada em eventual julgamento. O problema é que existem numerosas listas de *hadiths*, cada qual com seu público específico de aceitação. Desta forma, nem tudo o que constitui um *hadith* num país de predominância sunita, como a Arábia Saudita, terá o mesmo efeito no Irã xiita.

Os *hadiths* abrangem toda a vida do profeta Maomé, incluindo descrições de sua pessoa, seus ditos e suas ações. Seu número varia enormemente, entre dois mil e cinco mil, compilados em diversas coleções cuja autenticidade sempre pode ser rediscutida. Assim, vemos que os *hadiths* possuem, por um lado, o benefício de abrangerem uma larga gama de assuntos não mencionados no texto do Corão. Por outro lado, seu grande número e a pouca confiabilidade dos métodos de transmissão durante catorze séculos faz com que haja diversos *hadiths* conflitantes entre si ou de sentido duvidoso.

Por exemplo, existem *hadiths* sobre a permissibilidade do raciocínio jurídico como legítima fonte de direito:

*Upon sending Mu'adh [bin Jabal] as judge to the Yemen, the Prophet asked him about the source on which he would rely in making decisions. In reply, Mu'adh referred first to the Book of God, and then to the Sunnah of the Messenger of God; in the event where he failed to find the necessary guidance in either, then he would formulate his own ijthad [raciocínio jurídico]. The Prophet approved of this and was well-pleased with Mu'adh's response.*⁶²⁹

⁶²⁹ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 25-26.

Este *hadith* teve sua interpretação muito discutida no princípio da história islâmica, com o conflito⁶³⁰ entre os mestres muçulmanos tradicionalistas de Meca e Medina por um lado, e os estudiosos do Iraque que, com menos acesso aos resquícios da vida de Maomé na Arábia, confiavam mais nas interpretações alegóricas e racionais das fontes islâmicas⁶³¹. O primeiro grupo, conhecido como “partidários do *hadith*”, se limitava ao significado explícito no texto, restringindo suas pesquisas à literalidade do que estava escrito. Já os “partidários da opinião”, dentre os quais se originou a mais antiga escola⁶³² de direito islâmico (hanafitas⁶³³), favoreciam um maior uso da racionalidade na interpretação do Corão e da *Sunna*.

Vê-se que o *hadith* citado não favorece qualquer dos lados: o juiz pode recorrer a construções mentais próprias quando o Corão e a *Sunna* não lhe fornecerem dados suficientes. Ora, o que seriam dados suficientes? Uma questão tratada de forma detalhada na *Sunna*, mas para a qual a solução apontada não se coaduna mais com o modo presente de vida em sociedade, foi tratada de forma suficiente ou não? Um problema sobre o qual o Corão silencia, indicando, porém, vários princípios mais amplos que resolveriam a questão, necessita do raciocínio individual do juiz? Em que medida, e dentro de que limites?

Há *hadiths* fortes e fracos, dependendo do número de pessoas que os transmitiram, do fato de terem sido transmitidos desde o início por um grupo de testemunhas ou por um único interlocutor do Profeta, ou de contrariarem ou confirmarem a prática comum do povo de Medina na época da estadia de Maomé ali. Isto também é uma causa de confusão até hoje⁶³⁴. Podemos ver agora outro exemplo de *hadith* – trata-se de outro preceito questionado: “*The parties to a sale are free to change their mind so long as they have not separated – nor left the meaning of the contract.*”⁶³⁵

Este *hadith* não foi aceito pelo Ímã Malik (morto em 795), um dos principais juristas históricos do Islã e fundador da escola jurídica que porta seu nome. Ele contestou o *hadith* afirmando que contrariava a prática comum dos medinenses, que consideravam irrelevante o

⁶³⁰ *Idem*, pag. 69.

⁶³¹ AN-NA’IM, Abdullahi A., *Islam and...*, pag. 63.

⁶³² “Escola” aqui como “corrente de pensamento”, não como o espaço físico.

⁶³³ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 70-73 e 167.

⁶³⁴ GLENN, H. Patrick, *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*. 3ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2007, pags. 174-175.

⁶³⁵ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.74.

fato de as partes permanecerem juntas ou separarem-se após a conclusão do contrato. Malik foi contestado por seu discípulo Al-Shafi'i, o qual considerou que qualquer costume (“*Sunnah*”) do profeta deveria prevalecer sobre os demais costumes. Logo, não haveria problema em simplesmente substituir o antigo costume pela disposição do *hadith*.

Portanto, até mesmo um *hadith* de significado claro pode ter sua aplicabilidade questionada, se conflitar com alguma prática tradicional, com alguma interpretação da *Sunna* ou do Corão, ou com algum outro *hadith*.

O resultado – que, do ponto de vista da ciência do direito, não se pode dizer de todo negativo – é a grande dependência em relação aos *ulama*, os mestres da lei, que buscarão coordenar os preceitos advindos das diversas fontes na solução dos casos concretos enfrentados por cada sociedade islâmica ao longo da história. Somente tendo em vista os “problemas metodológicos” e organizacionais dos aspectos jurídicos do Corão e da *Sunna*, pode-se compreender o papel essencial que os juristas islâmicos possuem em suas sociedades.

São os juristas que ligam o texto sagrado do Corão e a tradição sacra da *Sunna* à realidade concreta. Graças a estes professores e consultores, o muçulmano não perde de vista a unidade essencial de sua religião – o “*tawhid*”⁶³⁶, conforme já mencionado –, por mais fragmentadas que sejam as disposições jurídicas divinas e por mais distante da realidade que possam parecer. O jurista cumpre a missão de mergulhar nos textos básicos, extrair deles seus princípios fundamentais e aplicá-los às diversas passagens, buscando solucionar os problemas jurídicos que afligem seus concidadãos dentro do contexto e do espírito do que Maomé pregou. É importante ressaltar que todo jurista muçulmano opera esta atividade de interpretação, por mais literalista que um ou outro sejam⁶³⁷. Uma vez que, sem um trabalho específico de correspondência entre as fontes e a realidade, seriam meros historiadores ou literatos. Testemunha isto o fato de que a escola jurídica dos hanbalitas custou a ser reconhecida como uma corrente de juristas, sendo apontada como “meros cultores da tradição”, por sua recusa inicial de utilizar o raciocínio jurídico individual e a analogia. Mais tarde, os adeptos desta escola evoluíram, passando a ensinar que o *ijtihad*, ou pensamento jurídico, seria um dever de toda a comunidade muçulmana.

⁶³⁶ Conceito árabe que designa a unidade de Deus e, por extensão, da religião, da comunidade dos crentes e da vida do bom muçulmano.

⁶³⁷ “Any understanding of Sharia is always the product of *ijtihad*, in the general sense that reasoning and reflection by human beings are ways of understanding the meanings of the *Qur'an* and *Sunna* of the Prophet.” AN-NA’IM, *Islam and...*, pag. 13 (grifos no original).

O Corão e a *Sunna* são as duas fontes consideradas reveladas por Deus para o direito islâmico. Tal atributo lhes confere legitimidade incontestável, porém seu texto tem dificuldades, como adiante melhor demonstrado, em abarcar todas as possibilidades de relacionamentos humanos, e em fornecer critérios atemporais para soluções específicas.

4.1.3 O raciocínio jurídico

Analisaremos agora a terceira fonte do direito islâmico, identificada como raciocínio jurídico (*ijtihad*). A *ijtihad* é definida como um esforço individual de um estudioso da *Sharia* (“*mujtahid*”) conducente a inferir os preceitos da *Sharia* a partir de evidências encontradas nas demais fontes⁶³⁸. Ocupa, assim, no sistema islâmico, lugar semelhante ao da doutrina em nosso direito ocidental. Entretanto, historicamente, o raciocínio jurídico dos juristas muçulmanos teve sempre muita força, caracterizando-se também por sua independência frente aos governos. Os *mujtahids* são pessoas com um vasto conhecimento da *Sharia*, não são funcionários públicos nem tampouco designados pelos governos. A independência destes juristas muçulmanos é tão forte (ao menos na teoria) que a própria designação de uma pessoa como *mujtahid* é um processo difícil, já que não há uma instância para elegê-los ou nomeá-los. Hashim Kamali lembra que a falta deste procedimento leva à falta de *mujtahids* no sentido mais próprio da palavra, pois os sábios que efetivamente conhecem as fontes não ousarão, por modéstia, atribuir-se tal título⁶³⁹. No entanto, a presença de alguns requisitos relativamente claros (conhecimento de árabe, vida exemplar) e o reconhecimento popular (dado por uma grande maioria dos *ulama* na atualidade e pelo respeito geral demonstrado ao longo da história por alguns juristas mais antigos) podem suprir tal lacuna.

Para Abdullahi Ahmed An-Na’Im, as determinações dos antigos juristas muçulmanos especificando quem poderia exercer o raciocínio jurídico, bem como em que áreas do Corão isto poderia ser levado a cabo, são uma construção humana, e estão sujeitos a uma possível reconsideração. Isto porque a própria dedução dos preceitos da *Sharia* a partir das normas

⁶³⁸ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 162-163.

⁶³⁹ *Idem*, pags. 163-165.

expressas nos textos sagrados não deixa de ser uma atividade racional, exigida dos seres humanos destinatários das normas.

*It therefore follows that imposing prior censorship on such efforts violates the premise of how Shari'a can be derived from the Qur'an and Sunna. It is illogical to say that ijtihad cannot be exercised regarding any issue or question, because that determination itself is the product of human reasoning and reflection.*⁶⁴⁰

Como se verá mais adiante, a limitação do *ijtihad* avança via de regra de mãos dadas com o aumento do poder estatal sobre as esferas jurídica e religiosa. Quanto mais o Estado (seja um Estado moderno, seja um dos antigos impérios muçulmanos) se preocupa em garantir um controle total da sociedade, mais incômoda passa a ser a atividade livre dos juristas, que podem criticar as leis, afirmar que estas violam a tradição ou alguma fonte escrita, e solapar lentamente o poder do governante através de suas interpretações do direito. Desta forma, o grau de independência dos acadêmicos religiosos é um bom critério para medir a conformidade de um Estado autoritário com a religião islâmica, eis que, por tradição, a comunidade dos clérigos não pode estar sob o controle de uma autoridade política.

An-Na'Im lembra ainda que o desenvolvimento da *Sharia* conheceu um grande impulso entre os anos de 750 a 1000 – período correspondente ao estabelecimento das grandes escolas de pensamento jurídico que duram em parte até nossos dias. Sublinha-se então a importância do raciocínio jurídico independente para a evolução da *Sharia*.

Os primeiros a lançaram mão do raciocínio independente foram os próprios Companheiros do Profeta, após o falecimento de Maomé. Sendo líderes espirituais de uma comunidade ainda pequena e simples (embora em expansão acelerada), os Companheiros não construíram uma metodologia fixa para o desenvolvimento da *ijtihad*, mas recorriam a suas memórias sobre Maomé, aos textos e ao bem-estar geral da comunidade. A geração seguinte de peritos se deparou com os problemas e as complexidades surgidas com a expansão do Estado Omíada. Os *ulama* notaram uma multiplicação desenfreada de tradições alienígenas, seitas, escolas jurídicas e professores, e atuaram no sentido de controlar tais discrepâncias e impor uma metodologia clara para a *ijtihad*.

Não há pouca importância no fato de as escolas jurídicas que existem até hoje no mundo islâmico possuírem suas raízes nas circunstâncias deste momento histórico. Kamali sugere que a pluralidade destas escolas se justifica pelas diversas propostas possíveis de metodologias para o exercício do raciocínio jurídico. Deste passo se depreende com clareza

⁶⁴⁰ AN-NA'IM, Abdullahi A., *Islam and...*, pag. 14.

como o raciocínio jurídico, longe de ser uma fonte complementar meramente tolerada pelos textos escritos, é a parte dinâmica da *Sharia* que suporta as reivindicações de universalidade e atemporalidade desta.

As duas primeiras correntes metodológicas propostas foram a literalidade e a racionalidade, o que gerou o conflito acima aludido. O ponto central da discordância entre os adeptos das duas teorias residia na admissibilidade da analogia para aplicar os textos sagrados a realidades não previstas.

Com o surgimento das escolas jurídicas propriamente ditas (as quais serão examinadas mais à frente), novos métodos foram sendo sugeridos. Além da analogia, o jurista muçulmano poderia recorrer à doutrina da “preferência jurídica”, a qual dispunha que, no caso de uma solução justa não ser encontrada na aplicação analógica dos textos sagrados, o estudioso poderia indicar uma solução de sua preferência baseado em considerações de equidade.

Outro método que balizaria a *ijtihad* seria o interesse público, pelo qual o jurista era convidado a considerar o benefício de toda a comunidade dos crentes na solução de um determinado problema jurídico. Algumas escolas (ex. os hanafitas) adotavam também o costume como modelo interpretativo (algumas páginas acima, já vimos como um costume pré-islâmico foi invocado para combater um *hadith*). Outro método consistia no consenso geral da comunidade islâmica. Este poderia ser utilizado em uma perspectiva histórica, isto é, para que o consenso pudesse influenciar decisivamente no raciocínio jurídico, ele deveria ter sido mantido ao longo de um grande período temporal. Em regra, o consenso no Islã ocorre mais em relação à autoridade de um determinado jurista, sendo que, a partir daí, suas posições mais características são vistas como respaldadas pelo consenso da comunidade. Atualmente, a existência do consenso é alegada principalmente para desencorajar as inovações na interpretação da *Sharia*⁶⁴¹.

Deve ser dada atenção ainda à doutrina do “bloqueio dos meios”, uma espécie – poderíamos dizer – de equidade às avessas, isto é, sem a característica da benignidade. Kamali define o “bloqueio” como “*blocking the attempt to use a lawful means towards an unlawful end*”⁶⁴². Se o fim visado pelo agente é ilícito, os meios lícitos dos quais ele se utiliza podem ser validamente proibidos.

⁶⁴¹ OLIVEIRA, Odete Maria de, *As Relações do Islamismo com o Direito Externo e Interno: O Dilema da Dualidade Lei e Religião*. In: DAL RI Jr., Arno e ORO, Ari Pedro, *Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios*. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁶⁴² KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.168.

Um último padrão de desenvolvimento da *ijtihad* é a doutrina da “presunção de continuidade”, pela qual a certeza não pode ser dominada pela dúvida, isto é, presume-se válido tudo o que não foi expressamente derogado. Esta doutrina também é utilizada para afirmar que a *Sharia* não é totalmente incompatível com as ordens jurídicas originais dos diversos povos não islâmicos, mas pode manter as regras que respeitem certas noções de justiça natural.

*The Shari'ah has also left many things unregulated, and when this is the case, human action may be guided by good conscience and the general teachings of Shari'ah on equity and fairness. This is the substance of the doctrine of istishab which declares permissibility to be the basic norm of Shari'ah, and validates conformity with the norms of natural justice, good conscience and approved social custom.*⁶⁴³

Um dos possíveis corolários do raciocínio jurídico consiste na “*fatwa*” (“resposta”), dada por um jurista a uma questão prática enfrentada por um fiel. A *fatwa* não se reveste de caráter obrigatório para o consulente, a não ser que tenha sido emitida por um tribunal num caso sob sua jurisdição.

Desde o século XVI, fala-se no “fechamento” da “porta da *ijtihad*”⁶⁴⁴, por considerar-se que a *Sharia* já teria sido revelada em sua totalidade. Isto deve ser compreendido no contexto dos grandes impérios do mundo muçulmano daquele tempo (Império Turco-Otomano, Império Persa-Safávida e Império Mogol), que eram extremamente poderosos e regidos de modo autoritário por monarcas que não se sentiam confortáveis com as efervescentes possibilidades de interpretações e reinterpretações pela *ijtihad* e com o fato de os devotos estudiosos da *Sharia* poderem adquirir muita influência solucionando os problemas jurídicos à revelia das ordens imperiais⁶⁴⁵.

Com o declínio da *ijtihad*, motivado tanto pela influência estatal no direito quanto pelo hábito de venerar a tradição dos primeiros *ulama* e fundadores de escolas, estabeleceu-se o que ficou conhecido entre os historiadores muçulmanos como a *taqlid* – a “era da imitação”. Nesta época, os mestres da lei se preocupavam mais em fazer reedições, anotações e comentários a obras anteriores, e não havia muita confiança (nem se enxergava a necessidade) em tentar projetos individuais de *ijtihad*. O quadro só piorou com o crescimento da influência europeia a partir do século XVIII, cujas instituições elaboradas e adequadas ao novo comércio

⁶⁴³ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag. 169.

⁶⁴⁴ Segundo AN-NA'IM, (*Islam and...*, pag.15) desde o século X.

⁶⁴⁵ DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pags. 518-519 e 530-531.

global que se descortinava deixou muitos juristas muçulmanos profundamente humilhados – o que não melhorou em nada quando os territórios do Islã passaram ao domínio europeu, seja pelo estabelecimento colônias, protetorados ou zonas de influência.

Conforme Kamali, o avanço ocidental causou uma postura cada vez mais conservadora dos estudiosos, que buscavam preservar o máximo possível dos antigos valores e instituições, conseqüentemente emperrando o processo da *ijtihad*.

Atualmente, não parece que a *ijtihad* possua uma força marcante no sistema da *Sharia*. Isto se deve a vários fatores⁶⁴⁶, dentre os quais se destaca a emergência, em todo o mundo islâmico, da forma de organização do Estado-nação, com o avanço do secularismo e o monopólio legislativo do governo. Além disso, nos modernos Estados superpopulosos, a figura do *mujtahid* amplamente reconhecido pelos cidadãos é quase uma ficção. Frise-se que numerosos Estados, como o Egito, a Malásia e a Arábia Saudita se apropriaram da figura do guia espiritual para sujeitá-lo a um *status* de funcionário público⁶⁴⁷, tornando suas decisões obrigatórias de modo a respaldar sempre a vontade do governante.

4.1.4 Fontes subsidiárias: consenso e analogia

No entanto, ainda assim existem – ao menos na teoria – mais duas fontes subsidiárias que decorrem da liberdade do exercício da *ijtihad*: trata-se do *ijma*, consenso ou convicção religiosa, compartilhada por uma maioria ou grande número de estudiosos da religião; e do *qiyas*, o raciocínio por analogia⁶⁴⁸. Estas duas fontes são subsidiárias ao *ijtihad*, e serão utilizadas na medida em que a interpretação for permitida em dada sociedade islâmica^{649 650}.

⁶⁴⁶ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag. 164.

⁶⁴⁷ *Idem*, pags. 175-176: “Fatwa in many Muslim countries has become a state matter and can no longer be practised by anyone other than an officially employed mufti in accordance with a stipulated procedure. Whereas fatwa in Shari’ah is not a binding instrument, under statutory law it has generally been given this role.” (grifos no original)

⁶⁴⁸ DAVID, René, *op.cit.*, pags. 520-521.

⁶⁴⁹ Glenn, H. Patrick, *op.cit.*, pags.176-7. “The importance of the islamic position is not simply to authorize individual reason, in the form of analogy, but to exclude more affirmative forms of reasoning. Admission of qiyas as a source therefore represented a form of compromise between strict adherence to the hadith and admission of more affirmative forms of thinking.”

4.1.5 Conclusão sobre as fontes da *Sharia*

Podemos concluir estas páginas sobre as fontes do direito islâmico relembrando sua tripartição entre o Corão, a *Sunna* e o raciocínio jurídico. Enquanto os dois primeiros representam textos estabelecidos, fixos e enraizados no passado, o último é o elemento dinâmico da *Sharia*. Historicamente, o sistema legal do Islã sempre se apoiou em seus juristas para compor uma ligação entre as duas fontes reveladas e a realidade social na qual elas deveriam atuar. O trabalho de correspondência foi extremamente solicitado no início da história islâmica, por conta das grandes mudanças sociais que transformaram os muçulmanos de um grupo plurifamiliar radicado na realidade seminômade da Arábia até uma nação multiétnica espalhada por três continentes. Posteriormente, com o surgimento e cristalização de fortes impérios centralizados, a tarefa da interpretação passou a ser realizada de acordo com as vontades do soberano. Os estudiosos do direito foram relegados ao papel de comentaristas, não mais de autores ou consultores dos preceitos legais. Esta marginalização dos juristas dura, de certa forma, até hoje, pois os países que dizem aplicar o direito islâmico tomam muito cuidado em reservar ao seu governo a definição do que exatamente constitui tal direito. São os governantes muçulmanos, diretamente ou através de juristas ou clérigos estatais, os que determinam o sentido exato das prescrições corânicas e proféticas.

Apesar de não gozar de grande popularidade entre os governos e parecer não ser muito aplicada, nota-se que a *ijtihad* representa uma fonte essencial para a *Sharia*. Com efeito, até mesmo os atuais governos islâmicos, por mais que se tenham arrogado o monopólio da custódia da *Sharia*, ainda assim não podem passar ao largo da interpretação e do raciocínio⁶⁵¹. Sem algum grau de raciocínio pessoal, as normas do Corão e da *Sunna* são simplesmente inaplicáveis. Isto porque é um fato sabido que nenhum caso concreto se adéqua exatamente ao modelo previsto na lei. Em todos os casos, é necessário um trabalho racional para conseguir extrair, do caso real, o que é relevante e o que não é, de modo a comparar os aspectos mais

⁶⁵⁰ MENSKI Werner, *Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa*, 2ª edição, Cambridge e Nova York: Cambridge University Press, 2006 (reimpressão de 2008), pag.317. O autor afirma que o *ijma*, ou consenso, não constitui uma fonte do direito, nem tampouco a analogia, ou *qiyas*. São técnicas jurídicas que pressupõem a existência prévia de um texto legal, e a prática do raciocínio jurídico.

⁶⁵¹ DAVID, René, *op.cit.*, pag. 529.

relevantes com os previstos na lei. Este trabalho também poderia ser classificado sob a rubrica da *ijtihad*.

Tanto Mohammad Hashim Kamali quanto Abdullahi Ahmed An-Na'Im enxergam no raciocínio jurídico uma grande possibilidade para a evolução da *Sharia*, com potencial inclusive para solucionar os conflitos hoje existentes entre esta e diversos padrões do direito internacional dos direitos humanos. Ambos advogam por uma democratização do procedimento da *ijtihad*, através da diminuição da influência estatal na elaboração das *fatwas*. (Kamali denuncia inclusive que estas são amiúde utilizadas como meios para ilidir a discussão parlamentar⁶⁵².) Para mais, o raciocínio jurídico poderia ser exercido sobre uma base plural, através de comissões de juristas, incluindo até mesmo especialistas em outras áreas que não a jurídico-religiosa, como bioética, sociologia, etc.⁶⁵³ Tanto An-Na'Im quanto Kamali também lamentam a falta de arrojo dos *ulama* contemporâneos que não ousam aplicar o raciocínio jurídico ao Corão ou à *Sunna*, limitando-se a interpretar alguns comentários ou costumes tradicionais.

4.2 Características gerais do conteúdo da *Sharia*

Neste segundo apartado, buscaremos esboçar alguns traços básicos acerca do conteúdo da *Sharia*. Neste sentido, é sintomático que o professor malaio Hashim Kamali, em seu manual introdutório sobre a *Sharia*, se detenha em longos capítulos acerca das fontes, métodos, objetivos e princípios da *Sharia*, porém somente mencione o conteúdo concreto deste direito islâmico de passagem e de modo disperso, apenas a fim de ilustrar suas explicações sobre os aspectos formais deste último. É evidente que, numa obra para leitores que desconhecem absolutamente este sistema jurídico, não se pode esperar uma exposição completa do mesmo – caso contrário, não se trataria de uma introdução ao tema. No entanto, a leitura do professor Kamali revelou uma preocupação com os aspectos formais do direito em detrimento do conteúdo mínimo a qual, para um olhar ocidental, resulta surpreendente.

⁶⁵² KAMALI, *op.cit.*, pag.175.

⁶⁵³ *Idem*, pag.170.

A *Sharia* é, com efeito, um conjunto de preceitos unidos por sua origem, raízes e destinatários comuns, não tanto por uma coerência em seu conteúdo. Uma das teses que permearam o livro da professora norte-americana Ann Elizabeth Mayer sobre o Islã e os direitos humanos⁶⁵⁴ é justamente a indeterminabilidade do que exatamente constitui a *Sharia* – uma dificuldade que é avidamente explorada pelos governos autoritários dos atuais países islâmicos para promover suas próprias construções, as quais tendem a favorecê-los ou a replicar modelos de discriminação e desrespeito já presentes na sociedade, mas de forma alguma exigidos como único aceitável pelo direito islâmico.

É preciso entender, antes de nos arriscarmos por algumas das marcas mais salientes deste sistema jurídico, que o direito islâmico repousa sobre duas fontes que estão escritas, mas que não o foram com o propósito exclusivo de estabelecer um ordenamento autônomo. A proposta do Corão e da *Sunna* é ser um guia para todos os aspectos da vida do crente – aí incluídas as disputas que hoje chamamos de jurídicas. Mas estes textos sagrados não se limitam a esta última tarefa, vão muito mais além e almejam uma reforma do indivíduo e da sociedade⁶⁵⁵. Logo, estas duas fontes, apesar de serem as mais importantes da *Sharia*, são insuficientes para fundamentar um sistema jurídico coerente.

Além disso, a consideração do Corão e da *Sunna* como partes da revelação de Deus ao homem, santificando-as por sua origem na mente divina, os torna imunes não só a qualquer crítica, mas a qualquer tipo de interpretação que não se limite ao sentido mais imediato do texto. Esta característica acarreta em vários problemas na prática, pois há áreas do direito, como o direito penal, de família ou de sucessões, nas quais o Corão desce a minúcias. Ora, estes detalhes corânicos carregarão naturalmente as marcas da antiga sociedade árabe do século VII. O contexto de hoje é muito diverso, o que exigiria uma reinterpretação de alguns versículos do Corão, mantendo-se as palavras e o sentido mais profundo e indireto, mas alterando-se a consequência prática. Na visão que hoje prevalece no mundo islâmico, isto é absolutamente vedado.

⁶⁵⁴ MAYER, Ann Elizabeth, *Islam and human rights: Tradition and politics*. 3ª edição. Boulder, Colorado: Westview Press, 1999.

⁶⁵⁵ “53. Pois Deus não priva os homens de Seus benefícios a menos que os homens mudem o que têm na alma. Deus ouve tudo e sabe tudo.” (8:53) A respeito, Helmi Nasr observa que “este versículo encerra o princípio básico responsável pelo aprimoramento social, quer seja (sic), nenhuma mudança ocorrerá na sociedade, sem que antes hajam ocorrido mudanças no íntimo de cada indivíduo que a compõem”.

Outro problema de considerar o Corão como “carta fundamental” jurídica de uma sociedade reside em que este mescla reiteradamente direito com moral, exigindo por vezes sanções jurídicas para assuntos claramente reservados ao foro íntimo de cada um.

4.2.1 Vocação universal e pessoal

Em relação ao conteúdo da *Sharia*, o primeiro ponto interessante a apontar é que esta se dirige não a uma sociedade ou coletividade específica, mas à totalidade da *Umma*, a comunidade dos crentes. A *Sharia*, assim, se pretende um ordenamento aplicável a qualquer lugar e tempo, sempre que a fé muçulmana esteja presente. No entanto, esta reivindicação por universalidade se choca com algumas características que explicitam as marcas originais desta lei islâmica, que foi ditada e desenvolvida em espaços e sociedades muito determinadas. O conteúdo da *Sharia*, assim, carrega os traços de sua origem histórica, embora pretenda negar tais marcas e apresentar-se como uma mensagem normativa de validade universal.

Esta vocação totalizante das normas islâmicas também explica porque tal sistema não concebe a separação entre direito, política, moral e religião, regendo as relações humanas independentemente do campo em que se situam. Segundo Kamali, a distinção que se encontra, por vezes, na *Sharia* entre estes aspectos não deve ser considerada uma diferenciação essencial, mas apenas “*for purposes of enforcement*”. “*Religion is inseparable, in principle, from politics, morality and economics, just as the human personality cannot be compartmentalized into religious, political and economic segments.*”⁶⁵⁶

Assim, temos que a *Sharia* dirige-se à vida da *Umma* como um todo, sendo esta, e não as propriedades, as relações ou o indivíduo, sua preocupação principal.

⁶⁵⁶ KAMALI, *op.cit.*, pag. 18.

4.2.2 Ênfase nos deveres

Outro ponto específico que distingue o direito islâmico é a ênfase nos deveres que incumbem à pessoa, em detrimento da exposição de seus direitos. Isto tem coerência se enxergarmos a *Sharia* como um guia para a perfeição religiosa, em que nos é dito como comportar-nos ou o que fazer. Mas tal característica levanta dúvidas quando presente num contexto que se diz jurídico.

Para o jurista muçulmano, a relação dos homens entre si só pode ser bem entendida no contexto da relação do homem com Deus. Os princípios e propósitos serão os mesmos: quando vive sua vida, o homem não cessa de orientar-se a Deus e a obedecê-Lo. Portanto, uma relação jurídica não deixa de ser religiosa, pois é a vida inteira do homem, e não somente uma parte dela, que deve estar submetida a Deus. Na relação com Deus, como a enxerga o Islã, o homem não pode arrogar-se direitos. Frente a Deus, ele só possui deveres, que deve descobrir, enxergar na realidade e cumprir. O bom muçulmano é, essencialmente, obediente⁶⁵⁷. Caso o homem tivesse direitos em face de Deus, estaria subordinando Deus aos seus direitos, o que é impossível diante do atributo da onipotência divina⁶⁵⁸. Portanto, primariamente, o homem possui deveres, e todo o direito, tanto o objetivo quanto o subjetivo, residem em Deus, aquele pela revelação e este pela onipotência divina.

Esta relação também permeará as demais questões que podem surgir no campo especificamente jurídico: trata-se sempre de obedecer a Deus. É por isso que a proteção do indivíduo é entendida no esquema islâmico como obediência a uma norma divina, e não como uma consequência natural da experiência que se faz da pessoa. Para o adepto da *Sharia*, o Islã

⁶⁵⁷ A expressão “obedecei a Deus e a Seu profeta” aparece 14 vezes no Corão, em versículos isolados ou no meio de outras prescrições, como em “33. Permanecei em vossos lares; e não exibais vossos adornos como faziam as pagãs de antanho. E observai a oração, e pagai o tributo dos pobres, e obedecei a Deus e a Seu Mensageiro. Deus só quer preservar-nos de toda mácula, mulheres da casa do Profeta, e purificar-vos.” (33:33) Já a palavra “castigo” é encontrada cerca de 170 vezes. Em verdade, a lógica do Corão é a promessa de recompensa aos obedientes e ameaça de castigo aos que desobedecem a Deus: “15. Dize: ‘Receio, se desobedecer a meu Senhor, o castigo de um dia funesto’” (6:15). “38. Ó vós que credes, que vos sucede quando vos dizem: ‘Parti ao combate pela causa de Deus’ e vós permanecéis imóveis como pegados à terra? Preferis a vida terrena ao Além? Os gozos da vida terrena são insignificantes comparados com os gozos do Além. 39. Se não combaterdes, Deus vos imporá um castigo doloroso e vos substituirá por outros, e em nada vós O prejudicareis. Deus tem poder sobre tudo.” (9:38-39)

⁶⁵⁸ “27. Depois, Deus aceitará o arrependimento de quem Lhe apraz. Deus é compassivo e clemente.” (9:27) “24. Deus recompensará com certeza os leais por sua lealdade – e castigará os hipócritas ou lhes perdoará conforme Sua vontade. Deus é perdoador e misericordioso.” (33:24)

é a única forma de proteger o ser humano, porque é através do Islã que se conhece a vontade de Deus, que expressa exatamente este dever de atenção aos demais.

Os povos não islâmicos, por mais que tentem elaborar declarações de direitos, esquemas e princípios, simplesmente não conseguirão lograr uma proteção integral da pessoa humana, por estarem movidos por considerações pessoais, caprichosas e egoístas, e não pela vontade genuína de obedecer a Deus. É por isso que os muçulmanos, antes de examinar o conteúdo material de algum tratado ou convenção de proteção aos direitos humanos, já se aproximam com desconfiança⁶⁵⁹, pois a pretensão de unidade da *Sharia* indica que nenhuma negociação diplomática sem o domínio do Islã poderá produzir algum resultado melhor para o indivíduo do que o direito islâmico. Vez que, fora do Islã, a retidão da relação entre homem e Deus não é mantida, conduzindo invariavelmente a soluções condenadas ao fracasso.

Por isso, pode-se afirmar que a *Sharia* enfatiza os deveres, e não os direitos, das pessoas. Se é certo que a cada dever corresponde um direito, no Islã deve-se afirmar que o direito está em Deus. É Ele quem detém a exigibilidade sobre o comportamento das criaturas. Um bom exemplo disto encontra-se no tratamento dado aos não muçulmanos. No versículo abaixo, falando à comunidade dos crentes, diz o Corão: “Deus não vos proíbe de tratardes com cordialidade e justiça os que não combateram vossa religião nem vos expulsaram de vossa terra. Deus ama os justos.” (60:8)

Nota-se que a linguagem do versículo é autorizativa – fala-se em termos de permissão ou ausência de proibição. Pode-se aventar que, da mesma forma como Allah permite a justiça para com os não muçulmanos, poderia impor um comportamento injusto em relação a eles (como o faz em relação aos não muçulmanos inimigos – seria então possível ser traiçoeiro e vil com os inimigos?). Como expresso em 5:1, “Allah decide o que deseja”.

Ao homem, portanto, cabe entender e cumprir seus deveres, não inquirir acerca de direitos⁶⁶⁰. Esta postura da *Sharia* favorece, de certa forma, visões mais rígidas e literalistas a seu respeito. Para mais, acaba aumentando as chances de abusos estatais e governamentais, uma vez que o conteúdo preciso dos deveres para com Deus precisa ser sempre mais interpretado e elaborado, quanto mais o modo de vida em sociedade estiver afastado do

⁶⁵⁹ Evidentemente, este não é o único motivo – e hoje é provável que nem seja a razão dominante – que explica porque os tratados de direitos humanos são reiteradamente violados por muitos dos Estados muçulmanos que a eles aderiram.

⁶⁶⁰ MUZAFFAR, Chandra, *op.cit.*, pags. 315-317. Para o autor, a obsessão ocidental com os direitos individuais, em detrimento dos correspondentes responsabilidades, relacionamentos e papeis, trouxe consequências nefastas como o desequilíbrio ambiental, a disseminação da AIDS e a crise da família, causados respectivamente pela obsessão com o direito ao desenvolvimento, a liberdade sexual e o repúdio às normas estabelecidas que sustentavam a família.

contexto do século VII. Esta tarefa de interpretação, como já visto, costuma ser presa fácil para os funcionários clérigos dos governos. Portanto, a marca dos “deveres do homem”, por mais característica da *Sharia* que seja, é invocada hoje em declarações islâmicas de direitos humanos para encobrir comportamentos do governo que violem liberdades dos cidadãos: “*There can, in the strict theory of the Islamic law, be no conflict between the State Authority and the individual – since both have to obey the Divine Law.*”⁶⁶¹

4.2.3 Fragmentação

Outro aspecto da *Sharia* que merece um comentário, e que se vincula ao anterior, diz respeito a sua fragmentação, ao ponto em que hoje em dia os próprios *fuqaha* – os mestres que se dedicam à ciência do direito islâmico (“*fiqh*”) – reconhecem a falta de classificação das normas:

*“The atomistic style of treatment of individual but interrelated themes is a general feature of fiqh, which is indicative perhaps of a certain awareness on the part of the fuqaha not to be too presumptuous in the advancement of general theories. They have addressed issues and incidents on their own particularist grounds, always imparting the awareness that their interpretation of the divine Shari’ah may or may be not in conformity with the intentions of the Lawgiver. The caution they have exercised had a propensity towards fragmentation in the area of furu’ al-fiqh (branches of fiqh).”*⁶⁶² (grifos no original)

Isto se deve, como bem explicado pelo autor, à atribuição de origem divina às normas da *Sharia*, o que desencoraja seu estudo aprofundado e tratamento científico, uma vez que estes conduzem necessariamente ao estabelecimento dos princípios gerais que orientam cada ramo da *Sharia*, podendo apontar contradições internas na mesma, ou ainda evidenciar um princípio que antes estava oculto pelos detalhes das disposições casuísticas, e que, ao ser explicitado, revela uma incompatibilidade total com a realidade.

Esta é a razão pela qual o trabalho do jurista muçulmano por vezes é criticado como pouco criativo, limitando-se a deduzir do texto sacro suas possíveis aplicações na realidade. Ainda assim, conforme lembra An-Na’Im, a história da *Sharia* é essencialmente história de

⁶⁶¹ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.55.

⁶⁶² KAMALI, Mohammad H., *op. cit.*, pags. 45-46.

interpretação⁶⁶³, isto é, os textos primários da lei islâmica nem sempre foram considerados rígidos e insuscetíveis de estudo aprofundado.

Logo, o casuísmo e fragmentação encontrados atualmente na *Sharia* parecem ser uma marca da interpretação dominante que lhe foi dada – em geral, a cargo dos governos de cada país que diz adotar tal legislação.

4.2.4 Indeterminabilidade

Uma última característica que pode ser conferida na *Sharia* é a sua indeterminabilidade: provindo de fontes tão distintas e incertas como o Corão, a *Sunna* e o trabalho mult centenário e descentralizado de juristas, espalhando-se por uma região imensa e dividida, e pretendendo oferecer respostas cabais a todo tipo de problema enfrentado por qualquer sociedade, a lei islâmica varia enormemente de acordo com a escola jurídica adotada, a interpretação desenvolvida ou a ênfase dada em determinados preceitos em detrimento de outros.

Ann Elizabeth Mayer e Nisrine Abiad citam esta dificuldade de precisar com exatidão o que seria o conteúdo da lei islâmica. Para as duas autoras, a amplitude das normas islâmicas que impõem condutas aos homens podem favorecer a interferência dos governos modernos sobre a *Sharia*, desenvolvendo interpretações próprias que não são, de modo algum, auto-evidentes ou historicamente chanceladas. A obra de Abiad aqui citada tem por objetivo o seguinte: “*This study adopts the position that the tension between Islam and human rights is derived from a State’s illegitimate interference with individual freedoms, which is then justified through Islam and a misguided application of Sharia law.*”⁶⁶⁴

Não é por outra razão que, conforme mostrado no capítulo 2, os países islâmicos não são homogêneos no que se refere às violações consentidas de direitos humanos. Sendo a *Sharia* um instrumento normativo necessitado de complementação interpretativa, cada

⁶⁶³ AN-NA’IM, Abdullahi A., *Islam and...*

⁶⁶⁴ ABIAD, Nisrine, *op.cit.*, pag.33.

governo proporá uma interpretação e aplicação diferente, algumas das quais poderão opor-se mais aos direitos humanos reconhecidos nas convenções universais que outros.

4.2.4.1 Um exemplo: o papel da mulher

O papel da mulher, por exemplo, varia sensivelmente entre os Estados que dizem adotar a *Sharia*⁶⁶⁵. Mashdood Baderin evoca alguns exemplos a este respeito: Pode-se ver que o tema da poligamia é tratado de forma diferente em vários países, muito embora haja uma forte maioria entre os juristas no sentido da permissibilidade deste instituto, com base numa menção expressa do Corão:

3. E se receardes não poder tratar os órfãos com equidade, desposai tantas mulheres quantas quiserdes: duas ou três ou quatro. Contudo, se não puderdes manter igualdade entre elas, então desposai uma só ou limitai-vos às cativas que por direito possuís. Assim ser-vos-á mais fácil evitar as injustiças. (4:3)

Em sua tradução para o português, Helmi Nasr assim explica tal permissão:

O Islão foi a primeira religião que limitou o número de esposas, no contexto poligâmico, impondo três condições ao homem: 1º) não ultrapassar o número de quatro esposas; 2º) não ser injusto com nenhuma delas; 3º) ser apto a sustentá-las equitativamente. Ao admitir esta modalidade poligâmica, o Islão apenas corrigiu uma situação anárquica, que reinava no mundo todo. Impôs a justiça no matrimônio, a fim de garantir os direitos da mulher, algo absolutamente desconhecido na antiga prática de contrair casamento até com mais de vinte mulheres, ao mesmo tempo.⁶⁶⁶

Apesar disto, o Código tunisino do Estatuto Pessoal de 1956 proibiu expressamente a prática da poligamia⁶⁶⁷. Já o Código sírio do Estatuto Pessoal de 1953 pratica uma abordagem mais cautelosa, facultando ao juiz a recusa do casamento caso entendesse que o marido não possuía condições de sustentar duas esposas. O Iraque, segundo nos relata Baderin⁶⁶⁸, tentou enveredar por caminho semelhante ao da Tunísia em 1959, definindo poligamia como um crime. Entretanto, a oposição popular a tal projeto conduziu à sua modificação em 1963, removendo-se a proibição à poligamia.

⁶⁶⁵ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.101.

⁶⁶⁶ NOBRE ALCORÃO, tradução de Helmi Nasr, nota explicativa ao versículo 4:3.

⁶⁶⁷ ABIAD, Nisrine, *op.cit.*, pags.55-56.

⁶⁶⁸ BADERIN, Mashood A., *International human rights and Islamic law*. Nova York: Oxford University Press, 2003, pag.141.

Como se vê, trata-se de um tema expresso de forma razoavelmente clara no Corão, mas em relação ao qual os Estados tomam posturas diversas. Outro tópico em situação similar é o atinente à liberdade para dissolver o casamento, conferida em geral pelo Corão e pelos costumes ao homem em grau muito mais amplo do que à mulher. Conforme mostra mais uma vez Baderin, “*some Muslim States already have sections in their own Personal Status Laws that modify, in a variety of ways, the traditional rules of marriage dissolution under Islamic law*”⁶⁶⁹. Entre tais países, contam-se Tunísia, Marrocos, Algéria e Iêmen⁶⁷⁰, todos os quais preveem em suas leis um mais amplo poder do juiz na tentativa de reconciliar o casal e na prevenção e denegação de divórcios abusivos.

4.2.4.2 Outro exemplo: a posição da Sharia no ordenamento estatal

Outro exemplo da diversidade fundamental entre os Estados que dizem aplicar a *Sharia* reside na própria posição desta última dentro do ordenamento jurídico estatal. Em relação às disposições constitucionais do país, o espectro⁶⁷¹ pode variar desde a identificação pura e simples do Corão como a Constituição nacional, conforme o modelo árabe saudita, até o mero reconhecimento da religião muçulmana como a religião estatal oficial, embora sem implicações significativas no sistema constitucional do país – é o que se observa na Tunísia.

Observe-se, aliás, que a Tunísia é vista como uma espécie de modelo islâmico em relação à legislação do estatuto pessoal⁶⁷². Segundo Charlotte Hofstrom⁶⁷³, isto se deve basicamente a fatores históricos: a organização tribal sempre teve pouco peso na região, em comparação à autoridade central (dos Otomanos, da França e do governo tunisino,

⁶⁶⁹ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.150.

⁶⁷⁰ HIJAB, Nadia: *Les femmes sont aussi des citoyennes: Les lois de l'État, la vie des femmes*, pags. 30-31. Disponível em: <http://www.pogar.org/publications/gender/nadia/summaryf.pdf>, acesso em 11.04.2011.

⁶⁷¹ Aproveitou-se aqui a pesquisa feita por Nisrine Abiad. ABIAD, Nisrine, *op.cit.*, pags. 38 e seguintes.

⁶⁷² IBRAHIM, Dina, *Human rights and Islamic law: are they comparable?* Entrevista com Ann Elizabeth Mayer. Disponível em: <http://www.starbacks.ca/CapitolHill/Parliament/3251/spring99/mayer.html>, acesso em 14.03.2011. Também: HIJAB, Nadia, *op.cit.*, pags. 27-30.

⁶⁷³ HOFSTROM, Charlotte, *States and womens rights: the making of postcolonial Tunisia, Algeria, and Morocco*. Disponível em: http://www.associatedcontent.com/article/442751/states_and_womens_rights_the_making_pg4.html?cat=37, acesso em 27.03.2011.

sucessivamente). Portanto, a maior liberalização religiosa decorre de uma maior regulação estatal. Pode-se afirmar que a Tunísia fornece um bom exemplo de como, em diversos países islâmicos, não é o Estado que está sob controle da religião, mas esta é que se vê deliberadamente modificada pelo governo – o que por vezes redundava em benefício da população, como neste caso.

Entre estes dois polos, transitam países como Egito⁶⁷⁴, Bahrein, Irã, Paquistão e Malásia, todos os quais oficialmente islâmicos de acordo com suas leis magnas, porém caracterizando-se por aplicações bastante particulares desta disposição em sua realidade jurídica. O status do Islã no sistema jurídico claramente não é o mesmo na Malásia, no qual a religião oficial exige a junção entre o poder executivo e religioso nos estados que formam a federação, e no Bahrein, onde há uma mistura de influências entre o constitucionalismo ocidental e as regras tradicionais de governança islâmica, cristalizados num sistema de monarquia constitucional extremamente autoritário e que busca legitimação direta no Corão.

Caso se desça ao nível da legislação ordinária, a confusão só faz aumentar. No Irã, Paquistão e Arábia Saudita, a *Sharia* é a única fonte da legislação. Já no Egito e no Iêmen, a lei islâmica é a fonte mais importante, mas outras (no Egito, notavelmente a jurisprudência) são também admitidas. Na Líbia, há uma previsão constitucional no sentido de o Islã ser a religião do Estado, porém faltam no texto da própria lei maior consequências mais práticas desta previsão. Na Malásia, o papel da *Sharia* é regulado em paralelo às disposições acerca da relação entre a federação e os estados membros da mesma. A *Sharia* só é aplicada em matérias de competência estadual, como relações matrimoniais e alguns crimes, mas não em matérias reservadas ao tratamento da federação, como o direito civil incluindo direito de família. Já o sistema normativo do Marrocos caracteriza-se pela brevidade, ao estabelecer o rei como guardião dos valores islâmicos – o que implicitamente conduz a *Sharia* ao topo da hierarquia legislativa, embora faltem disposições específicas acerca do alcance legal de tal construção. A constituição da Tunísia também estabelece o Islã como religião oficial, mas ali, segundo Nisrine Abiad, o impacto das normas islâmicas na regulação dos assuntos jurídicos parece ser sensivelmente menor.

Portanto, vimos que, em três assuntos distintos – poligamia, igualdade entre os sexos no divórcio e posição da *Sharia* na constituição – os Estados islâmicos dificilmente seguem

⁶⁷⁴ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A., *Le changement de religion en Égypte*. Centre de droit arabe et musulman, 2010, pag.3. Disponível em: <http://www.sami-aldeeb.com/articles/view.php?id=223&action=french-changement-de-religion-en>, acesso em 05.05.2011.

algum padrão comum, embora a lógica da *Sharia*, como descrevi acima, seja a da invariabilidade, da aplicação uniforme e da não limitação por fronteiras nacionais (a referência seria a *Umma*, a comunidade dos crentes).

Do que se leu até agora, fica clara a tensão existente na *Sharia* entre suas reivindicações de clareza, certeza e aplicação uniforme, e a necessidade de interpretação por parte dos juristas e modificação por lei, do lado dos governos.

4.3 A ciência do direito islâmico e a tensão entre Estado e religião

Será interessante, para a solução do problema que nos ocupa, apontar que tal tensão sempre existiu, desde o estabelecimento da *Sharia* com o advento da religião e civilização islâmicas. Num brevíssimo repasso, podem-se apontar as chamadas seis fases da *fiqh*, a ciência do direito islâmico.

Esta se iniciou com a chamada “Era Profética” (610-632), correspondente à época da pregação original do Islã no tempo de vida de Maomé, no qual o profeta ditava os versículos do Corão e compunha a *Sunna* com suas próprias experiências de vida e pregação. Nesta etapa, a preocupação com os problemas práticos era diminuta, segundo aponta Kamali, pois o profeta poderia, em sendo o caso, resolvê-los diretamente. Entretanto, percebemos que uma preocupação com a retidão da vida na prática, na verdade, permeia todo o Corão, através do que nesta dissertação se chamou de “bom senso”⁶⁷⁵, e do diálogo encontrado em todo o livro sagrado com as tradições árabes pré-islâmicas⁶⁷⁶, seja para rechaçá-las, seja para garantir a continuação de sua aplicabilidade. O que, acredita-se, marca este período é que ele comprova o enraizamento do Corão, da *Sunna* e de toda a *Sharia* no contexto histórico, político, social e geográfico no qual nasceu. As disposições da *Sharia*, como já visto, guardam inevitavelmente a marca de sua origem numa sociedade clânica e seminômade da Arábia do século VII. É esta a importância do período profético: a consideração da figura do profeta nos mostra que

⁶⁷⁵ Pags. 187-188 neste capítulo, *supra*.

⁶⁷⁶ “Islam did not aim at a total break with the mores and traditions of the past, nor did it aim at nullifying and replacing all the laws and customs of Arabian society. The Prophet allowed and accepted the bulk of the then existing social values and sought only to nullify or replace those which were repressive and unacceptable.” KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag. 169.

Maomé era uma pessoa perfeitamente integrada na vida social de sua época, que dialogava com as tradições específicas nas quais se via inserido, e se referia aos costumes específicos ali e então em vigor. A lembrança do surgimento da *Sharia* deve acompanhar-nos como um auxílio na avaliação do grau de universalidade da lei islâmica: até que ponto a *Sharia* pode legitimamente, sem traição ao seu espírito, ser aplicada nas sociedades atuais? Até que ponto os Estados islâmicos podem reportar-se a ela para contrapor argumentos às exigências de respeito dos direitos humanos pelos órgãos internacionais?

O segundo período reconhecido na evolução da ciência da *Sharia* foi a “Era dos Companheiros” (632-661), marcada pela elaboração da tradição da vida do profeta pelos que com ele conviveram. A *fiqh* como um conceito independente tem origem nesta época, quando os primeiros juristas muçulmanos tentam uma visão racional do Corão e da *Sunna* de modo a, guardando o teor do texto, compreender o raciocínio subjacente, tornando-o apto a ser aplicado aos novos casos concretos, que se multiplicavam com a rápida expansão do Estado islâmico. Também o raciocínio jurídico individual (*ijtihad*), terceira fonte do direito islâmico, possui sua origem nesta época.

O período seguinte foi denominado “Era dos Sucessores” (661-750), compreendendo a dinastia Omíada, primeiro califado a reger explicitamente um Estado islâmico. Esta época foi marcada pela dissensão entre tradicionalistas e racionalistas à qual já se aludiu antes⁶⁷⁷, que se estabeleceu com motivo do modo como o Corão deveria ser aplicado à realidade. Acerca deste período, importa ressaltar o sentido que há no fato de uma época da história da ciência do direito islâmico corresponder integralmente a uma dinastia política: isso revela a influência que os governantes muçulmanos buscavam exercer sobre a prática da religião, em especial no sensível campo do direito⁶⁷⁸.

Um marco importante destes anos é a transição do centro de aplicação do direito, da figura do califa, que era o líder político e religioso, para os cádis, juízes designados para resolver com exclusividade os problemas jurídicos. Neste passo, o direito islâmico inicia sua transição para um direito jurisprudencial e casuísta, formado pelos ensinamentos dos peritos aos quais o cádi deverá recorrer quando julgar⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Pags. 190-191, *supra*.

⁶⁷⁸ Para um exemplo, ver, no próximo capítulo, pags. 277-278.

⁶⁷⁹ QUESADA, Juan Martos, *O direito islâmico medieval*. In: PEREIRA, Rosalie Helena de Souza (org.), *O Islã clássico: itinerários de uma cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007, pag. 229.

Portanto, já se vê aqui um conflito entre o poder do Estado islâmico, que cresce em paralelo à expansão e organização da *Umma*, e a sabedoria dos estudiosos, considerados os guardiões das tradições jurídicas sagradas e guias do povo na senda indicada pelo profeta.

Com o advento da dinastia Abássida, teve início a “Era da *Ijtihad* (raciocínio independente)” (750-950), durante a qual muitos juristas muçulmanos consideram – de modo surpreendente para os ocidentais – que toda a *Sharia* foi suficientemente desenvolvida e explicitada através das interpretações e pareceres dos juristas medievais. Nesta era se estabelecem as principais escolas jurídicas, quatro das quais seguem vivas até a atualidade (as escolas hanafita, hanbalita, malequita e xafiita).

A fase seguinte chamou-se “Era da imitação (*taqlid*)” (950-século XX), caracterizada pela sua longa duração e pelo desestímulo a mais inovações na ciência do direito. Este período corresponde aproximadamente ao fim do impulso inicial do Islã e da expansão acelerada dos territórios muçulmanos. Trata-se ainda de uma nova realidade política, na qual a *Umma* começa a dividir-se em várias entidades independentes, compostas por unidades semiautônomas, muitas das quais de cunho feudal. A tal estado de coisas corresponde uma maior centralização dentro de cada Estado islâmico, que acarreta num desejo de controle e estabilidade por parte dos governantes. Por isso, a ciência da *fiqh* (jurisprudência islâmica) passou a ser entendida não mais como uma maneira de encontrar soluções originais para novos problemas, mas como o ofício de conhecer, entender e comentar os grandes juristas do passado. A *Sharia* volta-se cada vez mais a suas raízes, desprezando novos passos adiante.

Como já dito, a *taqlid* se intensificou diante das pressões dos governos colonialistas europeus a partir do século XVIII ao ponto que, na segunda metade do século XX, os juristas islâmicos se surpreenderam ao deparar-se com uma nova realidade, a do Estado moderno independente, para a qual eles não estavam, em absoluto, preparados. A *Sharia* tradicional, conforme se expõe em todo este capítulo, dificilmente se coaduna com o modo de vida dos últimos duzentos anos.

É por conta dos novos desafios enfrentados por todos os Estados islâmicos sem exceção, os quais a tradição não encontra em si mesma recursos para responder, que diversos juristas falam numa fase contemporânea da *fiqh*, que se caracterizaria pelas seguintes marcas:

Em primeiro lugar, uma menor ênfase no precedente e maior atenção à *ijtihad* (raciocínio jurídico), criatividade do legislador e à ligação entre o direito e a realidade social. Em segundo, a importância dada ao ensino do direito islâmico, com a fundação de escolas e

universidades dedicadas à renovação da *fiqh*⁶⁸⁰ e que se baseavam menos na imitação dos juristas tradicionais. O papel dos juristas também é revigorado através da publicação de coleções de suas *fatwas* (pareceres), e do surgimento, para discussão e análise, da jurisprudência escrita das cortes especializadas na *Sharia* existentes em vários países muçulmanos. Outra característica interessante no que seria esta nova fase da evolução do direito islâmico consiste no reexame das antigas regras a partir de seus propósitos, e não tanto pela literalidade das normas.

Um exemplo dado por Kamali, que o retoma de uma *fatwa* do jurista Yusuf Al-Qadarawi, refere-se à possibilidade de uma mulher viajar de avião desacompanhada de seu marido ou de algum parente do sexo masculino. De acordo com as regras pré-modernas da *fiqh*, mulheres não poderiam viajar sozinhas. O jurista, no entanto, examinando os *hadiths* correspondentes, entendeu que o objetivo de tais disposições seria proteger a mulher. E tal objetivo já estaria sendo suficientemente protegido nas atuais condições de voo. Não haveria necessidade, portanto, de impedir as mulheres de voar desacompanhadas. Seria uma interpretação evolutiva da *Sharia*⁶⁸¹.

4.4 Pontos de conflito entre a *Sharia* e os direitos humanos

Vejamos agora os principais pontos de conflito entre o direito islâmico e os direitos humanos⁶⁸². O objetivo será examinar os argumentos que embasam a visão dos governos muçulmanos que desejam escudar-se das imposições do direito internacional dos direitos humanos.

⁶⁸⁰ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag. 256.

⁶⁸¹ É evidente que, nas atuais condições de vida do Estado contemporâneo, haveria espaço para uma evolução maior na interpretação deste ponto da *Sharia*. Se é verdade que a elaboração e grande desenvolvimento da *Sharia* se deram em épocas e contextos nos quais a vida girava em torno do eixo familiar-tribal-clânico que protegia todos os seus membros, isto não é mais verdade hoje, quando, no contexto do Estado burocrático e detentor do monopólio do uso da força, não é só a mulher, mas são todos os cidadãos que precisam de proteção para se locomover – e esta proteção é dispensada pelo Estado. Não há mais necessidade, portanto, de uma tutela específica da mulher – tutela esta que, como sabido, facilmente degenera para a segregação.

⁶⁸² São aproximadamente os mesmos apresentados por BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pags. 160 e seguintes.

4.4.1 Discriminações contra a mulher

O primeiro tema cinge-se à questão da igualdade entre homem e mulher. Conforme percebeu Ann Elizabeth Mayer⁶⁸³, há hoje um vivo debate interno, no Islã, acerca do papel da mulher. Há juristas que enxergam na *Sharia* princípios libertadores e igualitários, outros que a veem como um código de restrições ao comportamento feminino, e outros ainda que “desistem” de diversas das regras precisas da *Sharia* neste aspecto, por não saber como conciliá-las com as exigências de igualdade que percebem em suas sociedades – e passam a dar maior atenção aos princípios gerais que se podem extrair do Corão, da *Sunna* e da boa prática judicial.

No Corão, as mulheres são mencionadas em três contextos: em conjunto com os homens, na atribuição dos mesmos deveres para com Deus⁶⁸⁴, no âmbito do casamento e divórcio, sempre em situação inferior ao homem⁶⁸⁵, e como objeto das ações dos homens⁶⁸⁶, em condição de vulnerabilidade⁶⁸⁷ e necessitadas de proteção⁶⁸⁸. Mas não se mencionam disposições discriminatórias específicas, para além das questões concretas do casamento e divórcio. Os deveres morais, que abarcam a maior parte do Corão, são impostos aos crentes e às crentes indistintamente. Isso é enfatizado pela constante repetição do adjetivo masculino e feminino em diversos versículos, dando a entender que o sexo feminino também é

⁶⁸³ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.101: “Given the intense controversies that have developed regarding the status of women in Islam, Muslims can no longer rely on settled doctrine in this area but must decide which of the great variety of competing views on how Islam treats women they find most persuasive.”

⁶⁸⁴ “195. Deus respondeu-lhes: ‘Não desprezarei o trabalho de nenhum dentre vós, homem ou mulher. Vós procedeis uns dos outros.’” (3:195) “71. Os crentes, homens e mulheres, são aliados uns dos outros. Praticam o bem e proibem o mal, e recitam as preces, e pagam o tributo dos pobres, e obedecem a Deus e a Seu Mensageiro. Deus os tratará com misericórdia. Deus é poderoso e sábio.” (9:71)

⁶⁸⁵ “34. Os homens têm autoridade sobre as mulheres pelo que Deus os fez superiores a elas e porque gastam de suas posses para sustentá-las. As boas esposas são obedientes e guardam sua virtude na ausência de seu marido conforme Deus estabeleceu. Aquelas de quem temeis a rebelião, exortai-as, bani-as de vossa cama e batei nelas. Se vos obedecerem, não mais as molesteis. Deus é elevado e grande.” (4:34)

⁶⁸⁶ “6. Cada vez que vos preparardes para rezar, lavai o rosto [...] quando tiverdes tido relações com mulheres e não encontrardes água, recorrei à terra limpa e com ela esfregai o rosto e as mãos.” (5:6)

⁶⁸⁷ “23. Os que difamam as mulheres honradas, reservadas, crentes, serão amaldiçoados neste mundo e no outro e receberão um castigo doloroso.” (24:23)

⁶⁸⁸ “23. Estão-vos proibidas vossas mães, vossas filhas, vossas irmãs, vossas tias [...] 24. Estão-vos proibidas as mulheres casadas, exceto as cativas que, por direito possuís. Tal é a lei de Deus. São lícitas para vós todas as outras que não foram mencionadas. Podeis procurá-las com vossas riquezas para o casamento e não para a libertinagem. Às mulheres de que gozastes, daí as pensões devidas.” (4:23-24)

contemplado⁶⁸⁹. É verdade, porém, que o Corão é prioritariamente dirigido aos homens. As mulheres aparecem na condição de objeto das ações masculinas, e devem ser protegidas e custodiadas, mas aqui o Corão mantém os valores de sua época, limitando a igualdade entre os sexos aos deveres exigidos por Deus.

Por fim, um *hadith* constante da coleção de Sahih Bukhari certamente não melhora a situação das mulheres:

Once Allah's Apostle went out to the Musalla (to offer the prayer) o 'Id-al-Adha or Al-Fitr prayer. Then he passed by the women and said, "O women! Give alms, as I have seen that the majority of the dwellers of Hell-fire were you (women)." They asked, "Why is it so, O Allah's Apostle?" He replied, "You curse frequently and are ungrateful to your husbands. I have not seen anyone more deficient in intelligence and religion than you. A cautious sensible man could be led astray by some of you." The women asked, "O Allah's Apostle! What is deficient in our intelligence and religion?" He said, "Is not the evidence of two women equal to the witness of one man?" They replied in the affirmative. He said, "This is the deficiency in her intelligence. Isn't it true that a woman can neither pray nor fast during her menses?" The women replied in the affirmative. He said, "This is the deficiency in her religion."⁶⁹⁰

Hoje, por consequência, não se pode identificar qualquer tipo de visão única do direito islâmico acerca do *status* das habitantes dos países onde a *Sharia* é aplicada. Isto é bem exemplificado no teor de alguns dos trabalhos acerca de uma visão islâmica de direitos humanos examinados pela autora na obra em referência. Nestes, percebe-se uma curiosa mescla de conceitos e de “racionalidades”: os juristas muçulmanos arrolados na obra de Mayer, por mais que pretendam manter a posição inferior da mulher e relegá-la ao plano do mero protecionismo autoritário, ainda assim o fazem orientando-se pelo vocabulário das convenções internacionais de direitos humanos – as mesmas que declaram expressamente repudiar em nome dos valores islâmicos.

4.4.1.1 A função obrigatória da mulher

Um modo de fazê-lo é arrolando, em listas “islâmicas” de direitos humanos, o direito à castidade feminina. É evidente, como aponta a autora, que a obsessão com a proteção deste

⁶⁸⁹ “35. Os submissos e as submissas, os crentes e as crentes, os homens obedientes e as mulheres obedientes, os homens leais e as mulheres leais, os homens perseverantes e as mulheres perseverantes, os homens humildes e as mulheres humildes, os homens caridosos e as mulheres caridosas, os homens que jejuam e as mulheres que jejuam, os homens castos e as mulheres castas, os homens que invocam a Deus com frequência e as mulheres que invocam a Deus com frequência – para todos eles, Deus preparou a indulgência e grandes recompensas.” (33:35)

⁶⁹⁰ Este *hadith* encontra-se em Sahih Bukhari, uma das coleções oficiais de *hadiths*, em 6:301.

“direito” conduzirá resolutamente ao confinamento e reclusão das mulheres. Em relação à formulação de um jurista islâmico que prevê unicamente tal direito para a mulher, a autora é clara:

However, as has been amply demonstrated in practice in many Middle Eastern countries and, particularly, in the treatment of women in Afghanistan under the Taleban, the obsession with preserving women's chastity has led to a policy of nullifying women's rights and freedoms. [...] Thus, the only right [...] stipulated for women, respect for their chastity, does not really qualify as a human right but is a principle that is, in context, being used to keep women enshrouded, cloistered, and helpless.⁶⁹¹

A novidade está em que a prática da diferenciação total por sexo – por si só herdeira de uma cultura tribal e pré-moderna – agora tem sua formulação experimentada através das categorias mentais e linguísticas dos últimos dois séculos na área dos direitos humanos. Tenta-se mostrar que homens e mulheres são iguais, porém não equivalentes, merecendo tratamentos distintos.

A mesma lógica é seguida na Constituição iraniana de 1979, a qual traz em seu preâmbulo uma cláusula especificamente dedicada às “mulheres na Constituição”. Nesta, o novo regime da Revolução Islâmica proclama que estas se beneficiarão particularmente de um grande aumento de seus direitos, por estarem livres da opressão estrangeira que permeava o antigo governo derrubado, podendo assumir sua “importante e preciosa função de maternidade”. O grande problema “vocabular” deste preâmbulo é que a dignidade da mulher está diretamente relacionada à sua capacidade como mãe de família:

The family is the fundamental unit of society and the main centre for the growth and edification of human beings. Compatibility with respect to belief and ideal, which provides the primary basis for man's development and growth, is the main consideration in the establishment of a family. It is the duty of the Islamic government to provide the necessary facilities for the attainment of this goal. This view of the family unit delivers woman from being regarded as an object or as an instrument in the service of promoting consumerism and exploitation. Not only does woman recover thereby her momentous and precious function of motherhood, rearing of ideologically committed human beings, she also assumes a pioneering social role and becomes the fellow struggler of man in all vital areas of life. Given the weighty responsibilities that woman thus assumes, she is accorded in Islam great value and nobility.⁶⁹²

Ou seja, depreende-se do acima transcrito que o “valor e nobreza” da mulher dependem de sua função no estabelecimento e manutenção da família. O constituinte iraniano, portanto, não consegue enxergar na mulher um valor intrínseco, mas somente uma importância instrumental.

⁶⁹¹ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.104.

⁶⁹² Preâmbulo da Constituição Iraniana, como transmitida por MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.194.

Outro modo de “legitimar” o tratamento distinto para homens e mulheres é através da inserção de expressões indefinidas, tendentes a restringir os direitos básicos destas e, conseqüentemente, a reduzir a igualdade entre os sexos. Por exemplo, a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã⁶⁹³ menciona, em seu art.6º, que homens e mulheres são iguais em dignidade. Esta disposição, considerada isoladamente conforme está no artigo, deixa patente a pergunta sobre onde está a igualdade em direitos entre homem e mulher. A diferença fica mais clara quando se examina o resto do artigo, no qual somente três direitos são reconhecidos explicitamente à mulher: o direito à personalidade civil, à independência financeira e à manutenção do nome de sua família. Claramente, estes três direitos não estão entre os que mais ameaçam a situação da mulher nos países islâmicos hoje. Uma abordagem mais completa da questão incluiria, como veremos, os direitos de liberdade de locomoção, trabalho, estudo, acesso aos cargos políticos, vestuário, religião, etc. Estes são os pontos nevrálgicos do atual debate sobre o *status* da mulher, enquanto que os direitos enumerados na Declaração do Cairo são resultado de uma discussão já superada com o próprio advento do Islã, há mais de um milênio⁶⁹⁴.

O que se tenta aqui é o mesmo que no exemplo do “direito à castidade” feminina: revestir a subjugação da mulher com uma linguagem de respeito aos direitos humanos. Isto demonstra como até os mais enrijecidos juristas muçulmanos estão plenamente conscientes de que não podem conceder-se o luxo de ignorar as argumentações favoráveis à igualdade – e acabam compartilhando o vocabulário destas mesmas argumentações, respondendo na “língua” do interpelante, ao invés de insistir em replicar com o esquema mental e doutrinal próprio do direito islâmico.

Já Mashood Baderin⁶⁹⁵ contrapõe-se à autora citada, argumentando que esta interpreta a expressão “dignidade humana” de forma muito estreita. Um significado mais completo do conceito, diz ele, levaria à conclusão de que a mulher compartilha de todos os direitos do homem. Entretanto, o mesmo autor completa, afirmando que “*equality of women is recognized in Islam on the principle of ‘equal but not equivalent’. Although males and*

⁶⁹³ Apresentada em 1993, pelo Ministério das Relações Exteriores da Arábia Saudita, à Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena. É um documento importante por ter sido expressamente chancelado pelos ministros presentes à Organização da Conferência Islâmica, em 1990. Portanto, no dizer de Mayer (*op.cit.*, pag.22), parece refletir um certo consenso entre os membros da Organização, que se identificam em geral com os países nos quais o Islã tem presença marcante.

⁶⁹⁴ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.120.

⁶⁹⁵ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.60.

females are regarded as equal, that may not imply equivalence or a total identity in roles, especially within the family.”

Citando outro jurista islâmico, Muhammad Qutb, Baderin observa que “*while their demand for equality between man and woman as human beings is both natural and reasonable, this should not extend to a transformation of roles and functions*”.

Ou seja, apesar de alguns de seus principais juristas⁶⁹⁶ não quererem reconhecê-lo, o tema da igualdade entre os sexos já marcou o direito da *Sharia* de modo indelével – mesmo que unicamente para ser sempre denegado e repellido. Devemos perceber, portanto, como este tópico é, hoje, autêntica pedra de tropeço para o comentarista ou aplicador da *Sharia*, vez que não encontramos soluções definidas para as questões nas quais as sociedades modernas reivindicam⁶⁹⁷ equiparação entre a mulher e o homem.

Isto posto, podemos revisar brevemente as principais restrições que se estabelecem contra a mulher nos países islâmicos, com alegado apoio na *Sharia*. É claro que esta relação se fará de modo generalizante, sem buscar um padrão uniforme que não existe dentro dos países que formam o Islã político.

4.4.1.2 Discriminação quanto à liberdade de locomoção

Em primeiro lugar, há uma diferenciação quanto à liberdade de locomoção. É habitual considerar-se a mulher como incapaz de sair de casa sem a companhia do marido ou de algum conhecido do sexo masculino que se responsabilize por ela. Mulheres desacompanhadas podem ser sujeitas a penas como multas ou castigos físicos. Esta restrição é consideravelmente mais severa ao tratar-se de viagens mais longas. Isto baseia-se, no dizer de Mashood Baderin, num *hadith* de Maomé traduzido como: “*No woman shall make journey covering the distance of a day and night except accompanied by a male relative.*”⁶⁹⁸ Embora a

⁶⁹⁶ O exemplo mais eloquente aqui pode representar o falecido líder religioso, autor e político indiano Abu'l Al'a Mawdudi (também transliterado por “Maududi” ou “Maudoodi”), o qual toma posição em relação ao desafio que os direitos humanos representam para o Islã repelindo decididamente qualquer sugestão de igualdade entre o homem e a mulher.

⁶⁹⁷ Apesar de soar peculiar, mantive aqui propositalmente “as sociedades modernas” como sujeito, pois uma das teses defendidas neste trabalho é a de que alguns direitos humanos são uma decorrência direta do modo de organização do homem e da sociedade. Ver, no capítulo 4, pags. 142-149.

⁶⁹⁸ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag. 95.

tradição subsequente tenha se empenhado em entender tal disposição como referência à segurança da mulher, e não como uma restrição à sua liberdade de movimento. O único trecho corânico contendo tal norma é dirigido expressamente às mulheres de Maomé, afirmando que estas possuem mais deveres por não serem iguais às outras mulheres⁶⁹⁹.

4.4.1.3 Discriminação quanto à liberdade de estudo e ocupação

Outro ponto em que as mulheres estão em desvantagem na *Sharia* refere-se à possibilidade de escolher livremente sua ocupação, seja no estudo ou no campo profissional. Com efeito, por motivos tais como o interesse da sociedade⁷⁰⁰, ou as diferenças físicas naturais entre os sexos, as mulheres costumam encontrar numerosas dificuldades para dedicar-se à atividade que desejarem.

Em alguns locais, exige-se a permissão do marido para que a esposa possa assumir um emprego. Também há a vedação da ocupação de cargos que envolvam poder (o exemplo mais marcante é o de juiz) por mulheres⁷⁰¹.

Basicamente, pode-se dizer que o Corão ou a *Sunna* não tratam diretamente deste tema – não proíbem especificamente nenhuma ocupação às mulheres. No entanto, a ênfase dada pelas fontes primárias da *Sharia* ao papel da mulher como mãe e esposa gera uma tendência a entender que esta seria uma ocupação obrigatória de toda mulher, que só poderia dedicar-se a algum trabalho quando não colocasse em risco seu “papel primário”. O direito islâmico, assim, deveria impor à mulher, em nome do bem-estar de toda a sociedade, o cumprimento de seu papel preferencial, ainda que em detrimento da liberdade desta de querer ou não abraçar a função. Portanto, o sexo feminino é visto majoritariamente como destinado às ocupações do lar, e qualquer trabalho externo é entendido como anormalidade: seja uma decorrência de necessidade extrema, seja uma manifestação de irresponsabilidade para com os membros da família.

⁶⁹⁹ 33:32-33.

⁷⁰⁰ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag. 121.

⁷⁰¹ AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed, *Human rights in the Muslim world. In: ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan: International human rights in context: Law, politics, morals*. 3ª edição, Nova York, 2007, pag. 535.

O mesmo pode ser dito em relação às oportunidades de estudo para mulheres: as fontes primárias da *Sharia* silenciam a respeito. No entanto, considera-se uma inútil perda de tempo que mulheres se dediquem a tarefas acadêmicas que não influenciarão em nada em seu papel estritamente familiar. Estudantes do sexo feminino são, assim, uma raridade em diversos países que manifestam seguir a *Sharia*⁷⁰².

4.4.1.4 Discriminação quanto à liberdade de vestimenta

Uma terceira marca presente em vários países islâmicos aborda a liberdade de uma forma mais geral: trata-se da obrigatoriedade do uso de certas roupas por mulheres. Estas podem ver-se constrangidas a utilizar alguns dos diversos tipos de véus ou demais vestimentas amplas com o propósito de esconder o máximo possível de seu corpo. Tais prescrições possuem base corânica, nos seguintes versículos:

31. E dizê às crentes que baixem o olhar e preservem o pudor e não exibam de seus adornos além do que aparece necessariamente. E que abaixem seu véu sobre os seios e não exibam seus adornos senão a seus maridos ou pais ou sogros ou filhos ou enteados ou irmãos ou sobrinhos ou damas de companhia ou servas ou criados despojados do apelo sexual ou às crianças que nada sabem da nudez da mulher. E que não façam tilintar, ao andar, os anéis de seus pés com a intenção de revelar suas joias escondidas. E vós, todos, crentes, arrependei-vos a Deus. Quiçá vençais. (24:31)

59. Ó Profeta, recomenda a tuas esposas e a tuas filhas e às mulheres dos crentes que apertem seus véus em volta delas; é mais provável que sejam assim reconhecidas, evitando ser molestadas. Deus é perdoador e misericordioso. (33:59)

Também os crentes do sexo masculino são convidados, no versículo 24:30, a “baixarem suas vistas” e a abster-se de relações sexuais adúlteras. Deve-se entender que o fiel muçulmano possui um dever de manter a modéstia e o pudor exteriores, de modo a respeitar os demais na sua integralidade. Há aqui uma clara relação entre a modéstia no vestir e a proibição estrita do adultério, encontrada em várias partes do Corão⁷⁰³. O profeta mostrou-se bastante consciente do atrativo que certas roupas e comportamentos poderiam exercer sobre o sexo oposto, advogando assim por um modelo que não favorecesse a sexualização da

⁷⁰² Com as exceções já vistas (pag.62, nota de rodapé 184), no capítulo 2.

⁷⁰³ 4:25, 24:2-3, 24:32, 65:1.

sociedade – uma das características da sociedade mecânica pré-islâmica que o chocava particularmente⁷⁰⁴.

No entanto, tal prescrição é vista hoje como autorizativa, para os governos que dizem seguir a *Sharia*, de proibições e regras estritas envolvendo as roupas permitidas para o uso das mulheres, convertendo o próprio ato de sair à rua em algo anormal, tantas são as precauções que uma mulher deve tomar para não deixar parte nenhuma – ou poucas partes – de seu corpo visível. Tais proibições dirigem-se contra o direito básico de liberdade, mas também atingem a liberdade específica de locomoção, pois visam a dificultar o trânsito extrarresidencial feminino. De certa forma, os governos muçulmanos compreendem até hoje o espírito das disposições do Corão que acabamos de ver – mas aplicam tal propósito de modo unilateral, pois somente a mulher é vista como responsável pela eventual sexualização da sociedade.

4.4.1.5 Discriminação quanto à sucessão hereditária

Outra diferença reside nas normas atinentes ao direito sucessório: as regras da *Sharia* impõem uma repartição dos bens do falecido que se caracteriza por contemplar de modos diferentes os herdeiros do sexo masculino e feminino. A matéria de direito sucessório é um dos grandes orgulhos dos juristas muçulmanos quando se comparam aos sistemas jurídicos ocidentais⁷⁰⁵, por estar regulada em detalhes no Corão, e apresentar aparentemente boas respostas para todas as hipóteses que podem surgir numa sucessão. Para não fatigar o leitor e não fugir do escopo do trabalho, transcrever-se-á somente três versículos corânicos de importância maior nesta área:

7. Aos homens, um quinhão do que for deixado pelos pais e os parentes próximos. Às mulheres, um quinhão do que for deixado pelos pais e os parentes próximos, seja muito ou pouco. Quinhão legal obrigatório. (4:7)

11. Eis o que Deus vos prescreve: Quando morre um de vós, deixando bens e filhos, o filho varão herdará o dobro da filha, e se houver somente filhas, receberão dois terços da herança, mas se houver uma filha só, receberá apenas a metade. Morrendo o filho, cada um dos pais receberá a sexta parte, caso o defunto tenha filhos. Se a herança couber exclusivamente aos pais, a mãe receberá um terço, e o pai, dois terços. Caso o defunto tiver também irmãos, a mãe

⁷⁰⁴ Segundo Helmi Nasr, os versículos 7:28-31 foram elaborados para condenar o costume árabe pré-islâmico de circular desnudo pela Caaba, no culto pagão. (Notas explicativas aos referidos versículos, na tradução do Corão a cargo do mencionado autor.)

⁷⁰⁵ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.146.

receberá a sexta parte. Tudo isso depois de executados os legados e pagas as dívidas. [...] Tal é a lei de Deus. Deus é conhecedor e sábio.

12. A vós, metade da herança de vossas esposas se elas não tiverem filhos, e a quarta parte em caso contrário, depois de executados os legados e pagas as dívidas. E a elas, um quarto de vossa herança, se não tiverdes filhos, e um oitavo em caso contrário, depois de executados os legados e pagas as dívidas. E se um homem ou uma mulher não tiverem nem ascendentes nem descendentes, mas deixarem um irmão ou uma irmã, a ela ou a ele a sexta parte. E se forem mais de um irmão, co-herdarão a terça parte, depois de executados os legados e pagas as dívidas. É uma prescrição de Deus. Deus é conhecedor e clemente. (4:11-12)

Portanto, há alguns casos nos quais a mulher receberá metade da porção tocante ao homem. Entretanto, para que se tenha uma visão correta do panorama, vale transcrever um comentário de Mashdood A. Baderin sobre as disposições sucessórias islâmicas:

This rule of double share for the male does not however apply in all cases under Islamic law. There are some instances where the female gets the same share of inheritance as the male. For example a father and mother get equal share (a sixth each) when they survive and inherit from their deceased son in the same capacity as parents; the uterine sister gets equal share (in the same capacity) with her uterine brother; and where the sole inheritors are a husband and a full sister of the deceased, the husband gets one-half and the full sister of the deceased gets equally one-half. There are also instances where the female could receive double the share of the male.⁷⁰⁶

O autor citado esclarece a última hipótese que levantou no trecho acima transcrito com o seguinte exemplo: se os herdeiros consistirem somente no marido, em um irmão germano e em uma filha, esta mulher, como filha única, fará jus a metade da herança, e, tanto ao o marido quanto ao irmão, competirá respectivamente um quarto.

No entanto, a primeira frase tanto do versículo 11 quanto do 12 são claros em afirmar que, nas hipóteses ali estabelecidas, quando em situações idênticas, o herdeiro homem receberá duas vezes aquilo que competir à mulher. Portanto, a discriminação, no próprio texto corânico, é evidente. O Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos enquadrou bem a situação, ao estabelecer, em seus comentários gerais sobre o teor do Pacto:

25. To fulfil their obligations under article 23, paragraph 4, States parties must ensure that the matrimonial regime contains equal rights and obligations for both spouses with regard to the custody and care of children, the children's religious and moral education, the capacity to transmit to children the parent's nationality, and the ownership or administration of property, whether common property or property in the sole ownership of either spouse. States parties should review their legislation to ensure that married women have equal rights in regard to the ownership and administration of such property, where necessary. Also, States parties should ensure that no sex-based discrimination occurs in respect of the acquisition or loss of nationality by reason of marriage, of residence rights, and of the right of each spouse to retain the use of his or her original family name or to participate on an equal basis in the choice of a new family name. Equality during marriage implies that husband and wife should participate equally in responsibility and authority within the family.

26. States parties must also ensure equality in regard to the dissolution of marriage, which excludes the possibility of repudiation. The grounds for divorce and annulment should be the same for men and women, as well as decisions with regard to property distribution, alimony

⁷⁰⁶ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.146.

*and the custody of children. Determination of the need to maintain contact between children and the non-custodial parent should be based on equal considerations. Women should also have equal inheritance rights to those of men when the dissolution of marriage is caused by the death of one of the spouses.*⁷⁰⁷

4.4.1.6 A poligamia

As duas últimas grandes restrições à igualdade entre os sexos que revisaremos aqui referem-se à poligamia e à possibilidade de divórcio. A primeira é expressamente permitida no Corão⁷⁰⁸, embora de modo limitado, com até quatro esposas⁷⁰⁹, como já mencionado mais acima.

Tratando-se da igualdade entre homens e mulheres, é evidente que a prática da poligamia é claramente desigual. Em primeiro lugar, por ser unilateral: só é permitida entre um homem e várias mulheres. Em segundo, por conduzir inequivocamente a diferenças de tratamento no casamento. Ainda, por instituir diferenças entre os filhos das diversas esposas.

A prática da poligamia islâmica, para os que a defendem, baseia-se nos fins do casamento segundo o Islã: este serve para satisfazer o desejo sexual e possibilitar a procriação. Se a mulher for estéril, um segundo casamento seria uma solução melhor do que a dissolução do primeiro. A contrapartida não vale: caso o homem seja estéril, a mulher terá um direito ao divórcio, mas não a ter dois maridos. O motivo alegado refere-se a fatores sociais e culturais das sociedades envolvidas: com efeito, o grande interesse dos árabes (e dos povos que caíram sob sua influência) pela genealogia e pureza da linhagem não se compatibilizaria com situações de poliandria, na qual nunca se saberia com certeza de que pai um bebê seria filho⁷¹⁰.

Muitos citam ainda os fatores históricos do surgimento da *Sharia*: a sociedade árabe pré-islâmica era entusiasticamente polígama, a ponto de haver homens ricos a dispor de

⁷⁰⁷ Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Comentário Geral número 28. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, General Comment No. 28), 29.03.2000. Disponível em: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/13b02776122d4838802568b900360e80>, acesso em 03.03.2011.

⁷⁰⁸ “Esposai as que vos aprazam das mulheres: sejam duas, três ou quatro. E se temeis não ser justos, esposai uma só, ou contentai-vos com as escravas que possuíis. Isso é mais adequado, para que não cometais injustiça.” (4:3)

⁷⁰⁹ Segundo o versículo 33:50, o próprio Maomé estaria isento de tais limites.

⁷¹⁰ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pags. 138-144.

centenas de “esposas”⁷¹¹. Ademais, a mulher, em si, valia muito pouco entre tais tribos, podendo ser intercambiada, emprestada ou forçada à prostituição por seus maridos ou guardiães⁷¹². Neste estado de coisas, é evidente que a situação da mulher estava diversos níveis abaixo de qualquer padrão encontrado hoje em países do Islã.

Para muitos juristas muçulmanos na atualidade, portanto, a poligamia é vista como uma permissão, e não ordem nem fator de submissão, que visa transpor um problema específico encontrado em alguns casamentos⁷¹³.

Também é possível efetuar uma interpretação do versículo 4:3 em consonância com o versículo 129 da mesma sura, o qual reza: “E não podereis ser justos com vossas mulheres, ainda que sejais zelosos disso. E não vos desvieis, com total desviar, de nenhuma delas, senão a deixaríeis como que suspensa.”

Este trecho traz duas indicações: em primeiro lugar, a poligamia é vista como algo permitido, porém que traz alguns ônus, como a convivência entre as esposas e o dever, incumbente ao marido, de ser justo com todas elas. A segunda indicação visa limitar o papel dominante do marido, ao proibir que este abandone sua esposa sem divorciar-se formalmente dela, o que a deixaria num estado “como que suspensa”, sem gozar dos benefícios do casamento nem poder encetar outra relação.

O versículo 4:3 traz um requisito interessante para a admissibilidade de uma relação polígama: o homem deve estar seguro de que será capaz de tratar todas as suas esposas de maneira justa. Os juristas muçulmanos debatem o alcance desta regra, para saber se constitui um mandamento concreto ou uma recomendação moral. Em alguns países⁷¹⁴, a solução encontrada foi um exame judicial da situação concreta do futuro casal, após a qual o juiz pode impedir um segundo ou terceiro matrimônio. De qualquer forma, a literalidade do texto corânico parece apontar mais para um exame subjetivo – é o próprio marido quem deve saber se poderá ou não sustentar suas esposas.

⁷¹¹ Helmi Nasr. Notas ao versículo 4:3 de sua tradução do Corão.

⁷¹² “19. Ó vós que credes, não tendes o direito de receber mulheres como herança apesar de sua vontade. E não as impeçais de se casarem com o intuito de receberdes de volta parte do que lhes havíeis dado – a menos que cometam uma indignidade comprovada. E juntai-vos a elas honradamente. Se sentis aversão por elas, quantas vezes sentis aversão por algo em que Deus depositou bens abundantes!” (4:19)

⁷¹³ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag. 139.

⁷¹⁴ *Idem*, pag. 141.

Conforme vimos mais acima, há alguns países⁷¹⁵ que proíbem taxativamente a poligamia. No entanto, tais disposições podem ser contestadas na doutrina islâmica, frente à permissão explícita do Corão a tal comportamento.

4.4.1.7 Desigualdades no divórcio

O último grande ponto de discórdia em relação ao tratamento dado pela *Sharia* à mulher cinge-se à possibilidade de divorciar-se de seu marido. Conforme explica Baderin, existem no Islã quatro formas de encerrar artificialmente um casamento: através do repúdio da esposa pelo marido, da dissolução pela mulher, do consentimento mútuo ou de uma ordem judicial. O primeiro meio não exige nenhum motivo especial: o marido pode livrar-se de sua cônjuge sempre que o deseje.

Deverá passar por um processo, entretanto, chamado *Talaq*, pelo qual o esposo, ao repudiar sua mulher, dá início a um prazo de espera de uma *iddah* (para as divorciadas não grávidas, trata-se de três meses; é o período dentro do qual a mulher não pode se casar de novo, por haver o risco de engravidar e surgirem confusões quanto à paternidade da criança)⁷¹⁶.

228. As divorciadas devem observar na abstinência o prazo de três menstruações, e não lhes é permitido ocultar o que Deus tiver criado nas suas entranhas se acreditam em Deus e no último dia. Nesse prazo, seus maridos terão o direito de retomá-las de volta se desejarem a reconciliação. As mulheres têm direitos correspondentes a suas obrigações, mas os homens as superam de um grau. Deus é poderoso e sábio.

229. O divórcio revogável é permitido por até duas vezes. Depois, tereis que vos reconciliar com elas conforme os bons costumes ou repudiá-las com benevolência. (2:228-229)

231. Quando vos divorciardes das mulheres, esgotado o seu prazo, podereis guardá-las conforme os bons costumes ou libertá-las conforme os bons costumes. Mas não as retenhais para prejudicá-las ou agredi-las. Quem o fizer será iníquo para consigo mesmo. (2:231)

Portanto, após o fim do prazo de espera, o homem pode arrepender-se e retomar sua mulher, ou permanecer na mesma decisão e despedi-la definitivamente. Abre-se uma possibilidade iníqua aí, identificada e neutralizada pelo profeta: como o marido pode querer retomar sua mulher por até duas vezes, um cônjuge rancoroso poderia prolongar o período de *iddah* da mulher, e portanto mantê-la num estado indisponível para outro casamento,

⁷¹⁵ Por exemplo, a Tunísia.

⁷¹⁶ Nota de Helmi Nasr ao versículo 2:231.

repudiando-a e retomando-a ao fim de cada *iddah*. O Corão adverte que tal conduta, embora formalmente cumpra os preceitos, vai contra o espírito que permeia o instituto do divórcio entre os muçulmanos.

Observa-se que o marido, por seu turno, não necessita esperar prazo algum para poder casar-se de novo. Como a poligamia é permitida (dentro dos limites já estudados), nada impede que, logo ao primeiro repúdio da esposa, suceda um casamento com outra, ainda que depois haja reconciliação com a cônjuge anterior: nesse caso, simplesmente se terá adicionado mais uma mulher à relação.

Já os demais meios de divórcio são mais difíceis de ser utilizados – é preciso que se prove a existência de algum dos motivos legais para a dissolução do vínculo. Portanto, os homens possuem uma vantagem em relação às mulheres, no que diz respeito à facilidade para requerer o divórcio.

Existem, no mundo islâmico, algumas disposições normativas governamentais⁷¹⁷ que objetivam diminuir esta desigualdade entre os gêneros, impondo a necessidade absoluta de um processo judicial para qualquer tipo de divórcio. Alega-se, para isso, uma correspondência com o versículo 4:35 do Corão: “35. E se temerdes uma ruptura entre esposo e esposa, convocai um árbitro da família do homem e um árbitro da família da mulher. Se se mostrarem dispostos a reconciliar-se, Deus os reconciliará. Deus sabe tudo e compreende tudo.” (4:35)

O Estado, aqui, substituiria, por razões de interesse público (*maslalah*)⁷¹⁸, as respectivas famílias do casal. Desta forma, se esperaria que o juiz não aprovasse qualquer forma de repúdio da mulher pelo marido, e facilitasse por outro lado a dissolução de um casamento no qual a esposa se veja em situação injusta. O princípio da *Sunna* traduzido por “*there should be no harming nor should any harm be remedied with another harm*”⁷¹⁹ também poderia ser invocado neste ponto para autorizar ao juiz a apreciação de qualquer caso de divórcio, ainda que proveniente de um repúdio por parte do marido. Tal exame judicial também estaria de acordo com o princípio ético básico do Corão que recomenda sempre

⁷¹⁷ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.150, menciona a Tunísia e a Argélia.

⁷¹⁸ Ver, neste capítulo, pags. 181 e 194-195, *supra*.

⁷¹⁹ Conforme BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.151.

eleger o caminho que imporá menos dificuldades aos indivíduos (2:185), já apresentado acima^{720 721}.

Outro modo de compatibilizar as disposições da *Sharia* com a exigência de igualdade entre os sexos refere-se à possibilidade da estipulação do “divórcio delegado”, pela qual, durante a celebração do contrato nupcial, o marido pode delegar à esposa o direito de se divorciar unilateralmente. Neste caso, ambos estariam e permaneceriam em pé de igualdade no que diz respeito à possibilidade de terminar o vínculo de forma unilateral.

4.4.2 Discriminações contra o não muçulmano

Além da situação da mulher na sociedade, outro tema polêmico entre o direito islâmico e o direito internacional dos direitos humanos é o *status* dos não muçulmanos que vivem nos países de maioria muçulmana alegadamente submetidos à *Sharia*. Aqui, é sintomático que a Constituição Iraniana de 1979, ao proibir a discriminação por etnia, cor, raça, tribo e língua, não faça referência à discriminação por sexo ou religião⁷²².

4.4.2.1 Os “povos do livro”

Tradicionalmente, o Islã estabelece duas classes entre os não crentes: há os chamados “povos do livro” – judeus, cristãos e, no Irã, os zoroastristas – e os “idólatras” – integrantes de todas as demais religiões. Os primeiros têm permissão para viver nas terras dominadas pela religião de Allah, mas estão sujeitos a algumas restrições, como pagar um imposto especial ao

⁷²⁰ Ver, neste capítulo, pags. 185-186, *supra*.

⁷²¹ Também: “62. Nunca exigimos de uma alma além de sua capacidade. Possuímos um livro que enuncia a verdade, e ninguém será lesado.” (23:62)

⁷²² Constituição do Irã, art.19: “*All people of Iran, whatever the ethnic group or tribe to which they belong, enjoy equal rights; and colour, race, language, and the like, do not bestow any privilege.*” MAYER, *op.cit.*, pag. 198. Pergunta-se: em que medida religião e gênero estariam incluídos em “*and the like*”?

governante⁷²³ e não poder exercer cargo algum que implique em detenção de poder sobre os habitantes muçulmanos⁷²⁴. São considerados como inferiores, e suas manifestações religiosas devem restringir-se ao campo doméstico. Não possuem licença para fazer pregações, e podem enfrentar acusações de blasfêmia ou de cumplicidade se conseguem a conversão de algum muçulmano. Em alguns países de governos mais extremistas⁷²⁵, aqueles que não creem no Islã não possuem cidadania, mas este já é um desenvolvimento autônomo, que não encontra respaldo na *Sharia* como um todo.

Relevantes aqui são alguns versículos do Corão, em especial os seguintes, encontrados na quinta sura (Sura *Al-Maidah*, ou “da mesa provida”):

42. [...] Se [os judeus] vierem a ti, decide entre eles, ou aparta-te deles. [...] Se os julgares, julga com justiça. [...]

43. Como, porém, te tomariam por árbitro quando possuem a Torá que encerra o julgamento de Deus? [...]

44. Nós revelamos a Torá na qual há orientação e luz. Por ela estabelecem a justiça entre os judeus, os Profetas que se submeteram a Deus, os rabinos e os teólogos. Julgam conforme o que retiveram do Livro de Deus do qual são testemunhas [...] E quem não julgar conforme o que Deus revelou, são eles os descrentes. [...]

47. Que os adeptos do Evangelho julguem conforme o que Deus nele revelou. E os que não julgam conforme o que Deus revelou, são eles os perversos.

48. E revelamos a ti, com a verdade, o Livro que confirma o Livro anterior e paira sobre ele. Julga, pois, entre eles conforme as revelações de Deus e não te deixes desviar pelas suas paixões da verdade que recebeste. A cada um de vós, determinamos uma lei e um caminho. Se Deus quisesse, teria feito de todos vós uma única nação. Mas quis provar-vos pelo que vos outorgou.” (5:42-48)

Digna de nota é a permissão, dada de modo um tanto quanto indiferente, para que judeus e cristãos sigam julgando os assuntos internos de suas comunidades a partir de suas próprias leis e costumes.

Uma disposição menos generosa se encontra expressa em outro capítulo: “29. Dos adeptos do Livro, combatei os que não creem em Deus nem no último dia e não proíbem o que Deus e Seu Mensageiro proibiram e não seguem a verdadeira religião – até que paguem, humilhados, o tributo.” (9:29)

Este trecho se mostra claro na teoria, porém extremamente complicado de ser aplicado na prática. Há aqui um mandamento para a guerra santa permanente contra os integrantes dos “povos do livro”? Isto contradiria diversos outros versículos do Corão, entre os quais

⁷²³ Como se viu na análise dos Exames Universais Periódicos de diversos países islâmicos no Conselho de Direitos Humanos, no capítulo 2 deste trabalho, tal tributo não é, hoje, cobrado em nenhum país.

⁷²⁴ MAYER, *op. cit.*, pag.134.

⁷²⁵ Por exemplo, Ilhas Maldivas.

claramente os supracitados extraídos da quinta sura, além da tradição da *Sunna*, que respeita os pactos feitos com tais povos.

Outra dúvida: qual o real significado e alcance do termo “humilhados”? Significa que o pagamento do imposto e a própria condição do judeu ou cristão como tal tinha a finalidade específica de humilhá-los no confronto com os muçulmanos? Ou será que “humilhados” aqui teria um sentido mais alegórico, como designando uma espécie de prova da superioridade e unicidade de Allah, evidenciada pela dominação islâmica sobre os integrantes de outras religiões? É preciso humilhar os “povos do livro” conquistados, ou a mera conquista já é a humilhação de que se trata?

Por fim, nota-se que o versículo em questão silencia acerca do modo de vida e da convivência entre muçulmanos, judeus e cristãos na civilização islâmica. A interpretação mais favorável que se pode tirar é que a omissão indica liberdade e autonomia para que os não muçulmanos se organizem e resolvam seus conflitos sem submissão à *Sharia*. No entanto, as marcas de unidade e universalidade do pensamento jurídico islâmico podem apontar para outro caminho.

De forma geral, a aplicação da *Sharia* à realidade dos grandes impérios maometanos da história mostrou uma disposição de tolerância e não interferência com as comunidades que se orientavam por outros credos. No entanto, vale levantar um ponto que será mais explorado a seguir: a disposição de tolerância para com os não crentes foi fruto de uma determinada visão política e de certo estado de coisas nas sociedades islâmicas. Mais do que um resultado da obediência a normas inequívocas da *Sharia*, tratou-se de uma interpretação benigna de seus preceitos – também seria possível, guardando perfeitamente o texto da lei divina, exercer-se uma interpretação restritiva que deixasse os “povos do livro” em situação muito dura. A realidade dos grandes impérios islâmicos, no entanto, era, em geral, de força, autossuficiência e opulência, o que fazia com que habitantes do território da *Umma* que professassem outras religiões não fossem percebidos como inimigos, enquanto seu poder de prejudicar a maioria muçulmana e a propagação do Crescente era visto como desprezível.

O quadro muda sensivelmente quando as nações islâmicas perdem prestígio e até autonomia ao longo dos séculos XIX e XX. Neste quadro, os não crentes passam a ser percebidos como ameaças à unidade do Estado e possíveis apoiadores das potências estrangeiras. As ideologias nacionalistas importadas da Europa durante boa parte do século passado tampouco auxiliaram a criar um clima de tolerância. É assim que os sucessivos governos dos recém-criados países islâmicos introduzem paulatinamente restrições aos não

muçulmanos que vivem em seus territórios, visando alegadamente uma maior unidade nacional e a manutenção da identidade cultural islâmica clássica. Na prática, porém, a interferência do governo na vida religiosa dos cidadãos pode significar simplesmente uma tentativa de manter ou ampliar seu poder, sem qualquer preocupação religiosa autêntica por trás.

O que precisa estar claro aqui, e que será retomado mais adiante, é que, no que diz respeito à situação do não muçulmano (e, na verdade, em todas as partes da *Sharia*), tanto a interpretação mais generosa quanto a mais restritiva da *Sharia* encontram guarida nos preceitos da lei islâmica. São os sucessivos governos os responsáveis por aplicar estes dispositivos – e acabamos de ver quão incertos e imprecisos são os versículos do Corão, pináculo máximo da *Sharia* – à cada realidade nacional.

4.4.2.2 Os idólatras

A segunda categoria de não muçulmanos comporta os chamados “idólatras”. Originalmente, o termo se referia aos habitantes pagãos de Meca, que cultuavam diversos deuses (“ídolos”) associados indistintamente à natureza e aos sentimentos, além de acreditarem em seres mitológicos e praticarem diversas superstições, muitas das quais devidamente registradas e combatidas no Corão⁷²⁶. Os idólatras não gozam da tolerância oferecida aos adeptos de religiões “dos Livros”:

190. E combatei, pela causa de Deus, os que vos combatem. Mas não sejais os primeiros a agredir. Deus não ama os agressores.

191. E matai-os onde quer que os encontréis. E expulsai-os sair de onde vos expulsaram. O erro⁷²⁷ é pior que a matança. Contudo, não os combatais perto da Mesquita Sagrada, a menos que eles mesmos vos combatam lá. Neste caso, defendei-vos e matai-os. Tal é o castigo dos descrentes.

192. Se desistirem, lembrai-vos de que Deus é clemente e misericordioso.

193. Combatei-os até que não haja mais idolatria e que prevaleça a religião de Deus. Se detiverem sua hostilidade, detende-vos, exceto contra os iníquos. (8:190-193)

Mas quando os meses sagrados tiverem transcorrido, matai os idólatras onde quer que os encontréis, e capturai-os e cercai-os e usai de emboscadas contra eles. Se se arrependerem e

⁷²⁶ “103. Rachar a orelha da fêmea do camelo que é cinco vezes mãe, libertar em nome de um ídolo, santificar a ovelha que pariu cinco gêmeos ou o camelo avô ou cinco vezes pai: Deus não prescreveu nada disso. Mas os descrentes caluniam Deus. A maioria deles são insensatos.” (5:103)

⁷²⁷ Na tradução de Helmi Nasr: “A sedição pela idolatria é pior que o morticínio”.

recitarem a oração e pagarem o tributo, então libertai-os. Deus é perdoador e misericordioso. (9:5)

O máximo a que estes idólatras podem aspirar seria uma espécie de salvo-conduto para atravessar ou deter-se temporariamente nas terras do Islã: “E, se um dos idólatras te pede defesa, defende-o, até que ouça as palavras de Allah; em seguida, faze-o chegar a seu lugar seguro. Isso porque são um povo que não sabe.” (9:6)

Seriam, portanto, no esquema original da *Sharia*, pessoas sem cidadania, por mais que habitassem as terras do Islã.

No entanto, tais normas nunca foram seguidas literalmente, pois, com a rápida expansão da religião de Allah, milhares de adeptos de outras denominações caíram sob o domínio dos califados e demais nações muçulmanas. Seria simplesmente impossível expulsar a todos os “idólatras” das terras da *Umma*. A solução encontrada, pois, foi um mútuo ignorar-se, através do qual os muçulmanos reconheciam às comunidades mais organizadas de povos “sem livro” os mesmos direitos limitados de que gozavam cristãos e judeus. Durante a Idade Média, hindus⁷²⁸ e budistas⁷²⁹ foram tratados, na prática, como “povos do livro”.

No plano da teoria, as controvérsias também são antigas, com base principalmente nos versículos do Corão que desencorajam conversões à força:

256. Não há compulsão na religião. Pois já se separou a verdade do erro. Quem rejeita Tagut, o rebelde⁷³⁰, e crê em Deus, ter-se-á assegurado a uma ansa⁷³¹ que nunca quebrará. Deus ouve tudo e sabe tudo. (2:256)

99. Se teu Senhor quisesse, todos os habitantes da terra seriam crentes. Pertencerá a ti compelir os homens a crer? (10:99)

1. Dize: ‘Ó descrentes!
2. Não adoro o que adorais.
3. Não adorais o que adoro.
4. Nunca adorarei o que adorais.
5. Nunca adorareis o que adoro.
6. A vós, vossa religião e a mim, minha religião!’ (109:1-6)

Há discussões até hoje⁷³² acerca da extensão da aplicabilidade destes versículos: destinam-se somente aos “povos do livro” ou a qualquer aderente a outro credo? Ou estão restritos aos idólatras em meio aos quais viviam os muçulmanos na época de Maomé?

⁷²⁸ AN-NA’IM, Abdullahi A., *Islam and...*, pags. 142-147.

⁷²⁹ GIORDANI, Mário Curtis, *História do mundo árabe medieval*. Petrópolis: Vozes, 1985, pag. 169.

⁷³⁰ Satanás. Foi mantido o termo original como apresentado na tradução para o português.

⁷³¹ Acredita-se que a palavra correta aqui seria “alça”, conforme a tradução de Helmi Nasr e também a inglesa de Shakir, que exhibe: “*he indeed has laid hold on the firmest handle, which shall not break off*”.

⁷³² BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pags. 120-123.

A Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos, de 1981, mantém esta distinção, embora somente na versão em árabe do texto (há uma versão em inglês, que foi apresentada à UNESCO, e cujo texto, conforme demonstra Ann Elizabeth Mayer, difere em pontos significativos do original). No texto inglês, preceitua o artigo 10º desta declaração:

10. Rights of Minorities

a) The Qur'anic principle "There is no compulsion in religion" shall govern the religious rights of non-Muslim minorities.

b) In a Muslim country religious minorities shall have the choice to be governed in respect of their civil and personal matters by Islamic Law, or by their own laws.

Tal legislação aparenta ser bastante avançada em relação aos termos tradicionais da *Sharia*, vez que não se menciona a distinção entre os “povos do livro” e os idólatras, e se reconhece a liberdade de escolha entre a utilização da *Sharia* ou de leis próprias de cada comunidade na determinação do estatuto pessoal. No entanto, a versão árabe, reputada como sendo a oficial, possui um teor que aponta em sentido diverso:

In a peculiar formulation, the Arabic version of article 10.b provides that non-Muslims may appeal to Muslims for judgment, but that if they do not do so, they must follow their own laws, provided that they (seemingly, the non-Muslims) believe that the latter are of divine origin.⁷³³

Parece que o texto árabe da Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos restringe aqui a possibilidade de não muçulmanos seguirem suas próprias leis: isto só poderá acontecer caso enxerguem em suas leis aproximadamente o mesmo grau de inspiração e exigência divina que o Islã admira na *Sharia*. A autora aponta que o mesmo artigo traz referências aos versículos corânicos 5:42 e 5:47, acima reproduzidos⁷³⁴ e que tratam respectivamente das relações dentro dos círculos dos judeus e dos cristãos. Tais referências, por não estarem acompanhadas de mais especificações, suscitam dúvidas acerca da extensão da proteção em relação a outras denominações religiosas.

Em relação ao mesmo instrumento internacional, vale mencionar seu artigo 12, atinente à liberdade de crença, pensamento e expressão. Sua primeira e última alíneas possuem o seguinte teor:

XII Right to Freedom of Belief, Thought and Speech

a) Every person has the right to express his thoughts and beliefs so long as he remains within the limits prescribed by the Law. No one, however, is entitled to disseminate falsehood or to circulate reports which may outrage public decency, or to indulge in slander, innuendo or to cast defamatory aspersions on other persons.

[...]

d) There shall be no bar on the dissemination of information provided it does not endanger the security of the society or the state and is confined within the limits imposed by the Law.

⁷³³ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag. 140.

⁷³⁴ Página 226 neste capítulo, *supra*.

e) No one shall hold in contempt or ridicule the religious beliefs of others or incite public hostility against them; respect for the religious feelings of others is obligatory on all Muslims.
(grifos no original)

O que acima se lê como “a lei” é uma tradução do árabe “*Sharia*”. Portanto, não se pode cair numa falsa impressão de semelhança entre o conteúdo deste artigo e a possibilidade, existente nos países ocidentais, de que o Estado discipline, por lei, o exercício de algumas liberdades fundamentais. Considerando, portanto, a correspondência entre “*the law*” e “*Sharia*”, os dispositivos levantam numerosas dúvidas acerca de sua efetividade na proteção dos não muçulmanos, pois remetem possivelmente às regras tradicionais da lei islâmica, consistindo talvez num instrumento que se vale das formas e vocabulário contemporâneos para reafirmar o estado de coisas tradicional.

Uma conclusão provisória a que podemos chegar corre no sentido de que o estatuto dos não crentes no Islã é um assunto sobre o qual ainda não há soluções definitivas. Se isto já era verdade desde o califado e os impérios islâmicos, o é mais ainda diante dos Estados populosos e das modernas sociedades no mundo globalizado. Assim, numerosos juristas modernos, como Abdullahi Ahmed An-Na’im⁷³⁵, advogam por um modelo de cidadania que esteja mais em consonância com as exigências de um Estado moderno, e não se baseie na religião.

Por outro lado, como foi demonstrado⁷³⁶, numerosos países islâmicos introduzem leis que visam restringir a liberdade de ação de suas minorias religiosas. Estas disposições podem ir do não reconhecimento como minoria (caso dos Baha’is no Irã) à completa proibição de qualquer manifestação externa da crença heterodoxa (como ocorre na Arábia Saudita) ou ao condicionamento da cidadania à pertença ao islamismo (Ilhas Maldivas), passando por disposições legislativas que facilitem a discriminação e perseguição das outras religiões (o exemplo gritante é a Lei da Blasfêmia do Paquistão). Também podem mencionar-se as atitudes de indiferença do governo frente a movimentos específicos de repressão religiosa por parte de particulares contra crenças minoritárias, como a postura do governo egípcio em relação à minoria copta.

⁷³⁵ AN-NA’IM, Abdullahi A., *Islam and...*, pag.126.

⁷³⁶ Capítulo 2, páginas 67-74.

4.4.2.3 Os apóstatas

Um capítulo que merece especial atenção neste tema é o da apostasia, ou seja, a conversão do muçulmano a uma outra religião. Pelas antigas regras da *Sharia*, o renegador da crença islâmica dispõe de um tempo para se arrepender e retornar à antiga comunidade. Caso não o faça, deverá ser eliminado⁷³⁷.

No entanto, os estudiosos do Corão discutem desde os tempos dos Companheiros do Profeta até hoje⁷³⁸ a tipificação da apostasia como um crime *hudd* (classe de crimes particularmente vis que estariam previstos no Corão e teriam penas fixas). Argumenta-se que os versículos do livro sagrado que mencionam a apostasia são unânimes em prescrever ao apóstata uma punição futura, no dia do juízo final, por Allah – porém não se manifestam a respeito de um dever da *Umma* de punir o renegador⁷³⁹. É a opinião de Hashim Kamali:

*It may briefly be said that the Qur'an assigns no punishment for apostasy even though it refers to the subject on over twenty occasions. The death penalty for apostasy occurs only in a solitary (...) hadith, which I believe consists of temporary legislation (...) that has somehow remained with us to this day, and in the course of time it was presented as a permanent law.*⁷⁴⁰

Outro castigo que pode recair sobre o ex-muçulmano consiste na morte civil: uma vez que se coloca voluntariamente fora da comunidade dos crentes, ele passa a não ter mais lugar entre os vínculos criados pela *Sharia* – e, conseqüentemente, todas as suas relações e ações realizadas sob os auspícios desta são anuladas. O casamento, por exemplo, é automaticamente dissolvido. Esta era uma prática muito comum, e sancionada pelo direito positivo, em alguns países como o Kuwait, onde foi abandonada nas últimas décadas por servir de saída de emergência para esposas infelizes que não viam outra maneira de se divorciar. A apostasia da mulher encerrava imediatamente o casamento contraído sob a lei islâmica⁷⁴¹. No Egito, por

⁷³⁷ BIELEFELDT, Heiner, *op.cit.*, pags. 161-162. MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.149.

⁷³⁸ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pags. 123-125. GLENN, H. Patrick, *op.cit.*, pags. 208-209.

⁷³⁹ “E quem de vós renegar sua religião e morrer na descrença terá perdido este mundo e o outro. Esses serão os herdeiros do Fogo, onde permanecerão para todo o sempre.” (2:217) E “Aqueles dentre vós que renegarem sua religião, Deus os substituirá por outros que O amem e a quem Ele ame, humildes para com os crentes, soberbos para com os descrentes.” (5:54) Também: “Quem renegar Deus após O ter proclamado – exceto se for coagido, enquanto seu coração se mantém firme na Fé – e quem abrir o coração à descrença, sobre todos estes cairá a cólera de Deus. E seu castigo será grande.” (16:106) “E aqueles que romperem com o Mensageiro após o que lhe foi revelado, e abandonarem o caminho dos crentes, abandoná-los-emos a seus erros e queimá-los-emos na Geena. E que porvir lamentável!” (4:115)

⁷⁴⁰ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.220.

⁷⁴¹ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.153.

outro lado, a apostasia segue acarretando em diversos dissabores na vida civil, com o impedimento ou dissolução do casamento, a perda da guarda dos filhos, a recusa da mudança do status religioso nos documentos de identidade e a exclusão da sucessão⁷⁴².

Todas estas diferenciações entre muçulmanos e não muçulmanos, tais como as estabelecidas entre homens e mulheres, encontram amparo dúbio na *Sharia* e nos versículos do Corão.

4.4.3 Justificação de governos autoritários

O terceiro aspecto que se deseja levantar trata da relação entre a lei islâmica e direitos políticos. Este é um aspecto particularmente relevante hoje, quando praticamente todos os Estados que adotam a *Sharia* são governados de forma autoritária e antidemocrática.

O instrumento internacional já mencionado acima, a Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos, traz alguns artigos sobre liberdade, porém tomando o cuidado de não ser demasiado concreta:

II – Direito à Liberdade

- a. O homem nasce livre. Seu direito à liberdade não deve ser violado, exceto sob a autoridade da Lei, após o devido processo.
- b. Todo o indivíduo e todos os povos têm o direito inalienável à liberdade em todas as suas formas, física, cultural, econômica e política – e terá o direito de lutar por todos os meios disponíveis contra qualquer infringência a este direito ou a anulação dele; e todo indivíduo ou povo oprimido tem o direito legítimo de apoiar outros indivíduos e/ou povos nesta luta.

VI – Direito de Proteção Contra o Abuso de Poder

- a. Toda a pessoa tem o direito de proteção contra embaraços promovidos pelas instituições oficiais. Ela não é responsável por prestar contas de si, exceto quando para fazer a defesa de acusações que pesam contra ela ou onde ela se ache em uma situação em que a suspeita de seu envolvimento em um crime seja razoavelmente levantada.
- b. Sujeito à lei, todo indivíduo na comunidade (Ummah) tem o direito de assumir um cargo público.
- c. O processo de consulta livre (Shura) é a base da relação administrativa entre o governo e o seu povo. De acordo com esse princípio, as pessoas também têm o direito de escolher e exonerar seus governantes.

XIV – Direito de Livre Associação

⁷⁴² ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A., *Le changement de religion en Égypte*. Centre de droit arabe et musulman, 2010, pag. 30. Disponível em: <http://www.sami-aldeeb.com/articles/view.php?id=223&action=french-changement-de-religion-en>, acesso em 05.05.2011.

- a. Toda a pessoa tem o direito de participar individual ou coletivamente da vida política, social e religiosa de sua comunidade e de criar instituições e escritórios com a finalidade de permitir o que é direito (*ma'roof*) e impedir o que é errado (*munkar*).
- b. Toda a pessoa tem o direito de lutar pelo estabelecimento de instituições onde o gozo desses direitos seja possível. Coletivamente, a comunidade é obrigada a criar tais condições com o fim de permitir a seus membros o desenvolvimento completo de suas personalidades.⁷⁴³

Observe-se que, na esteira do apontado acima, o conceito traduzido como “lei” refere-se, na verdade, à *Sharia*. Ademais, questiona-se a eficácia do art.XIV quando este protege somente a liberdade de associações que promovam “*what is right*” (na redação em inglês, mais clara neste ponto). O que será “correto”, por evidente, será determinado pela lei religiosa, com o que não se avança nada em relação aos direitos humanos.

Interessante na Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos é o apêndice explicativo que dela consta, no qual cada artigo é relacionado com alguns versículos do Corão. É impossível deixar de observar que, na maioria dos casos, a correspondência só pode ser feita com uma grande dose de esforço próprio de parte do intérprete. Em relação aos três artigos acima transcritos, são indicadas as seguintes fontes corânicas, apresentadas abaixo na ordem em que mencionadas:

Art.2º (direito à liberdade):

41. Contudo, aqueles que se vingarem de uma injustiça recebida, não serão incriminados. (42:41)

41. Deus defenderá aqueles que, uma vez donos da terra, observarem a oração e pagarem o tributo dos pobres e recomendarem as coisas honradas e proibirem as coisas condenáveis. A Deus pertence o desfecho de todas as coisas. (22:41)

Art.6º (direito de proteção contra o abuso de poder): “58. E os que blasfemam os crentes e as crentes, sem que o tivessem merecido, carregarão o peso da calúnia e um pecado manifesto.”⁷⁴⁴ (33:58)

Art.14 (direito de livre associação):

108. Dize: ‘Este é meu caminho: prego Deus, em conhecimento de causa, eu e os que me seguem. Louvado seja Deus! Eu não sou um dos idólatras.’ (12:108)

104. De vós deve surgir uma nação que pregue o bem, e recomende a probidade, e proíba o ilícito. Esse é o caminho da vitória. (3:104)

2. Ó vós que credes, não profaneis as insígnias de Deus, nem o mês sagrado, nem as oferendas, nem as grinaldas, e não perturbeis os que se dirigem à Casa Sagrada à procura da graça de Deus e de Sua aprovação. Terminada a peregrinação, podereis caçar. E que vosso ódio dos que tentaram impedir vossa ida à Mesquita Sagrada não vos incite a agredi-los. E

⁷⁴³ Versão em português disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html#II>, acesso em 01.04.2011. Texto em inglês disponível em: <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html>, acesso em 01.04.2011.

⁷⁴⁴ Helmi Nasr escreve: “E os que molestam os crentes...”

ajudai-vos mutuamente na beneficência e na piedade, e não vos ajudeis no delito e na agressão. E temei a Deus. Ele castiga com severidade. (5:2)

A bem da verdade, ainda se encontram algumas remissões a *hadiths* não identificados, cujo texto, portanto, não pôde ser verificado. No entanto, é fácil de ver-se que os direitos supramencionados foram extraídos do Corão com uma grande dose de boa vontade e de contribuições pessoais dos intérpretes. O versículo sobre a peregrinação, assim como está, não representa qualquer incentivo à liberdade de associação. No entanto, tal esforço deve ser louvado como uma mostra do valor que a concepção de direitos humanos adquire no Islã. Contudo, adverte-se, na esteira do que lecionado por Mayer, que a insistência em considerar que os direitos humanos não representam nada de novo para o Islã, e que seu conteúdo já teria sido previsto com a fixação do Corão no século VII⁷⁴⁵, representa uma mera estratégia para impedir cobranças por violações de direitos humanos⁷⁴⁶. Os proponentes de uma “construção islâmica” dos direitos humanos não enxergarão, claro está, violação de direitos humanos em nenhum dos pontos que se aborda neste trabalho, pois todos eles são exigências da *Sharia*⁷⁴⁷.

Segundo Mashood A. Baderin, o Corão não faz referência a qualquer tipo específico de sistema político. Existem menções, embora relativamente obscuras, à permissão dada por Deus aos homens para que se organizem por si mesmos:

Àqueles dentre vós que creem e praticam o bem, Deus prometeu dar a herança da terra, como a havia dado aos que os procederam, e fortalecer a religião que escolheu para eles, e dar-lhes segurança após o medo. E disse: ‘Que Me adorem e não associem ninguém a Mim’ Após isso, só renegarão os depravados.⁷⁴⁸ (24:55)

Há silêncio sobre os princípios políticos que a organização do Estado islâmico deve obedecer; a presunção parece ser que, uma vez o governante sendo um bom muçulmano, jamais prejudicará a população, não importando a forma de governo que se adote. Raymond Charles⁷⁴⁹ aponta também o falecimento prematuro de Maomé, quando a comunidade

⁷⁴⁵ BIELEFELDT, Heiner: *op.cit.*, pags. 164-165.

⁷⁴⁶ Segundo Ann Elizabeth Mayer, “*authors of Islamic human rights schemes insist, despite the overwhelming historical evidence to the contrary, that human rights originated in Islam, pretending that the Western and international principles from which they are heavily borrowing are the derivative ones. Because the sources of Islamic law date from the seventh century, and all Islamic law is in theory derived from these sources, the authors seem to have concluded that human rights must be shown to have been established from the outset of Islamic legal history.*” MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag. 184.

⁷⁴⁷ *Idem*, pags. 177-178.

⁷⁴⁸ Na versão em inglês: “*Allah has promised to those of you who believe and do good that He will most certainly make them rulers in the earth as He made rulers those before them, and that He will most certainly establish for them their religion which He has chosen for them, and that He will most certainly, after their fear, give them security in exchange; they shall serve Me, not associating aught with Me; and whoever is ungrateful after this, these it is who are the transgressors.*” (grifo acrescentado)

⁷⁴⁹ CHARLES, Raymond, *Le droit musulman*. 6ª edição. Paris: PUF, 1956, pags. 12 e 29.

islâmica ainda não estava firmemente estabelecida sobre bases geográficas e políticas, como fator que impediu a inserção de mais regras políticas nos textos básicos da *Sharia*.

Ao longo da evolução da ciência jurídica islâmica, toda uma área de conhecimento foi especificamente dedicada a este tópico, sob o nome de *Siyasah Shar'iyah* (política orientada pela *Sharia*)⁷⁵⁰. Este conceito pode englobar tanto o que entendemos hoje por forma de governo e políticas públicas, quanto decisões judiciais que utilizam meios não previstos na *Sharia* para alcançar fins nela exigidos. Esta confusão evidencia a indeterminação da lei islâmica acerca de que tipo de pessoa ou órgão seria mais adequado para aplicar e zelar pelos princípios divinos.

A indicação corânica mais consistente refere-se ao princípio da consulta (*shura*):

159. Foi pela misericórdia de Deus que foste brando para com eles. Se tivesses sido rude e inexorável, ter-se-iam afastado de ti. Desculpa-os, implora o perdão para eles **e consulta-os**. E quando tiveres tomado uma resolução, confia em Deus. Deus ama os que confiam n'Ele. (3:159 – grifos acrescentados)

36. Tudo o que possuíis é gozo da vida terrena. E o que Deus tem é melhor e mais durável para os que creem e põem sua confiança no seu Senhor.

[...]

38. E para os que respondem a seu Senhor e praticam a oração **e resolvem seus problemas por consultas entre si**; e gastam do que lhes concedemos. (42:36-38 – grifos acrescentados)

Como se lê, até o Profeta possui certa obrigação, ainda que fraca, de consultar a comunidade, embora não estivesse vinculado ao resultado da consulta. No entanto, é preciso considerar a ênfase islâmica no caráter único de Maomé, que foi o derradeiro enviado de Deus, concluindo a revelação com o livro sagrado. Não há mais necessidade de revelação ulterior, logo, é inadmissível para o bom muçulmano a vinda de qualquer “mensageiro” de Deus que se assemelhe a Maomé. Portanto, a obrigação de consulta, imposta de modo brando ao Profeta, adquire um caráter mais objetivo em relação a seus muitos sucessores no comando das sociedades islâmicas.

Já o segundo trecho é bastante claro: conduzir os negócios da comunidade a partir de consultas mútuas é conduta muito grata a Allah. O governante possui, então, uma obrigação de aconselhar-se antes de editar seus preceitos.

No entanto, não convém exagerar a importância destas normas. Como se viu, nenhuma delas possui a praticidade e grau de imposição das regras corânicas acerca da sucessão e herança, ou do tratamento aos não muçulmanos. O dever de pedir conselho não se encontra elaborado ou estruturado – nada se diz, por exemplo, sobre o grau de vinculação do

⁷⁵⁰ KAMALI, *op.cit.*, pags. 225 e seguintes.

governante aos pareceres de seus conselheiros, nem se menciona quem estaria intitulado para exercer esta função consultiva. Entretanto, os juristas muçulmanos, desde a época do califado até os dias de hoje, extraíram destes versículos toda uma teoria das relações entre o Estado e o cidadão, teoria esta que não perde muito quando é aplicada com base nos modernos conceitos e ideias de democracia.

Assim, é sintomático que o estudioso indiano Abu'l A'la Mawdudi, identificado por Ann Elizabeth Mayer⁷⁵¹ como um dos líderes da resistência teórica islâmica às concepções ocidentais de direitos humanos, se manifeste em termos surpreendentemente encorajadores acerca do governo democrático:

It is the right of every Muslim either to have a direct say in the affairs of the state or to have a representative chosen by him and other Muslims to participate in the running of the state. (...)

The shura or legislative assembly should embrace the following principles:

1. *The executive head of the government and the members of the assembly should be elected by free and independent choice of the people.*
2. *The people and their representatives should have the right to criticize and freely express their opinions.*
3. *The real conditions of the country should be brought before the people without suppression of fact so that they are in a position to judge whether the government is working properly or not.*
4. *There should be adequate guarantee that only those people who have the support of the masses should rule over the country and those who fail to win this support should be removed from their positions of authority.*⁷⁵²

Por mais que todas estas ideias sejam plenamente compatíveis com a democracia num Estado contemporâneo, foram necessárias sem dúvida grandes doses de interpretação, criatividade e inovação para extrair tudo isso dos versículos monossilábicos acima expostos. Com efeito, Mawdudi não indica – ao menos no trecho apontado por Kamali, que também não o faz – nenhuma outra fonte para suas afirmações. O que deixa claro, então, que, por mais que o apoio do Corão a sistemas democráticos de governo seja dúbio, não há dúvidas de que o livro sagrado não contém nenhuma proibição a tais formas de organização política.

Repita-se que o supracitado jurista Mawdudi é um estudioso do século XX identificado com uma visão literal e restritiva do Corão e da Sunna em tudo o que diga respeito a liberdades e garantias fundamentais.

Parece, portanto, que os regimes autoritários que governam muitos dos países islâmicos hoje não podem aludir a um apoio – ao menos não literal – da *Sharia* para seu estilo

⁷⁵¹ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pags. 20-21.

⁷⁵² *Apud* KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 157-158.

de governo. Uma exceção a isto é possivelmente o ramo do Islã xiita, que tem em grande conta os descendentes diretos do profeta Maomé através da linha de seu genro e sucessor, o quarto califa Ali. O assassinato de Ali pelos aderentes a outro califa marca a divisão entre os muçulmanos sunitas (aceitaram o novo califa, Muawiya) e xiitas (permaneceram fiéis à memória de Ali). Os xiitas acreditam na autoridade infalível e apontada diretamente por Deus que residiria nos descendentes diretos de Maomé: estes seriam os líderes eleitos, tanto em assuntos espirituais quanto políticos, e não poderiam jamais enganar-se. Tais líderes seriam chamados de Imãs.

Existem divisões dentro do ramo xiita acerca de quantos Imãs existiram, sendo que a versão mais aceita originou a corrente chamada “Xiismo duodecimano”, por manter uma lista de doze imãs, o último dos quais é tido por oculto desde a Idade Média, destinado porém a reaparecer no fim dos tempos (o “*Mahdi*”).

Estas precisões nos levam a entender que, no ramo xiita do Islã, há um apelo maior ao clericalismo político e ao governo teocrático. Enquanto o último dos grandes Imãs infalíveis não retorna, serão os juristas e os estudiosos da lei (também chamados de imãs, mas sem o requisito da perfeição no saber) os depositários da revelação e da vontade de Deus – estes podem, ao contrário dos clérigos sunitas, serem comparados aos sacerdotes cristãos, no sentido (só neste!) de constituírem uma ponte entre o crente e Deus. Na denominação sunita, ao contrário, é só através do livro sagrado que o homem pode chegar ao Criador. Os imãs xiitas terão assim um papel político de mais destaque quando comparados a seus colegas sunitas. No entanto, não convém exagerar. A reunião do poder espiritual com o temporal só será realizada de modo perfeito com o advento do último (para alguns, décimo segundo) Imã infalível. Enquanto isso, o xiismo representa uma tendência – não mais do que isso – de colocar o poder político nas mãos dos líderes religiosos e impossibilitar qualquer questionamento de sua autoridade⁷⁵³. Esta tendência, na verdade, é encontrada em todo o Islã, por conta do conceito monolítico que aplicam à sociedade. Mas pode-se afirmar que é mais pronunciada entre os xiitas. Estes seriam então os muçulmanos que possivelmente oporiam maior resistência a uma eventual democratização e universalização do acesso ao poder⁷⁵⁴.

Será legítimo o Estado na ausência do *imam*? Geralmente o xiismo imamita responde que todo tipo de Estado é na realidade *ilegítimo* na ausência do *imam*, que é o único que tem o

⁷⁵³ “Yes, we can give the title of ‘Shia’ to that individual who follows the Imams (a.s.) in all aspects of character and speech.” SHIRAZI, Aiatolá Abdul Husayn Dastaghaib, *Greater sins: the complete book*. Bombaim: Islamic Study Circle, Capítulo 2. Disponível em: http://www.al-islam.org/greater_sins_complete/, acesso em 15.05.2011

⁷⁵⁴ CHARLES, *op.cit.*, pags.26-27, GIORDANI, *op.cit.*, pags.346-347.

direito de dirigir a Comunidade e sancionar suas leis. Como é de fácil compreensão, trata-se de um princípio abstrato sem validade prática: o Estado, ou melhor, os Estados continuam a existir e é necessário governá-los. Por isso, o xiismo imamita desenvolveu uma articulada e complexa doutrina do vicariato do *imam* (*wilaya*). A concepção sistematizada na idade contemporânea por Humayni⁷⁵⁵ sobre a *wilayat al-faqih*, o vicariato dos jurisconsultos, segundo a qual os doutores da Lei têm a faculdade de substituir o imam nas funções políticas, é na realidade o fruto de uma longa evolução doutrinal iniciada na Idade Média. Tal concepção foi favorecida por dois precisos elementos: a persuasão de que a opinião concorde dos jurisperitos seja sempre válida e o dever do crente de recorrer à autoridade de personagens dotados da necessária sabedoria religiosa para dirimir as dificuldades e afrontar as necessidades da vida social.⁷⁵⁶ (grifos no original)

Para terminar esta resenha acerca da compatibilidade entre democracia e Islã, podemos fazer referência a dois conceitos importantes, que já foram examinados quando se tratou das fontes da *Sharia*: *ijma* (consenso) e *maslahah* (bem-estar geral) – os quais são também fontes (embora subsidiárias, integradas ao raciocínio jurídico⁷⁵⁷) do direito muçulmano.

Estes dois conceitos podem ser vistos como um fator de democratização na interpretação da *Sharia* – e, por conseguinte, no regime político de um país muçulmano. Ao buscar o modo de resolver um caso que se lhe apresente, o jurista deverá levar em conta as opiniões da coletividade sobre o assunto, tanto em relação ao passado (pesquisando se um consenso sobre o tema já se formou entre a sociedade) quanto para o futuro (interrogando-se sobre qual solução melhor atenderá o bem comum). Valem aqui as restrições já apresentadas quanto aos legitimados para exercer tal investigação, o campo de pesquisa, etc.⁷⁵⁸ No entanto, tais restrições possuem caráter secundário, e a busca pelo consenso e pelo bem-estar geral formam um vetor que, se não requer diretamente a democracia, ao menos proíbe práticas demasiado autoritárias e arbitrárias no direito.

4.4.4 Fixação de punições cruéis, desumanas e degradantes

Há uma última alegação de incompatibilidade entre o Islã e os direitos humanos: a questão das punições excessivas ou cruéis.

⁷⁵⁵ Trata-se do aiatolá Khomeini, líder xiita da Revolução Islâmica de 1979 no Irã.

⁷⁵⁶ CAMPANINI, Massimo, *O pensamento político islâmico medieval*. In: PEREIRA, Rosalie Helena de Souza (org.), *O Islã clássico: itinerários de uma cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007, pag. 256.

⁷⁵⁷ Segundo KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.19.

⁷⁵⁸ Ver a discussão travada mais acima, neste capítulo, às pags. 192 e seguintes.

4.4.4.1 Os crimes corânicos

A *Sharia* prevê três tipos de penas para diferentes crimes⁷⁵⁹: existem crimes *hudud*, pelos quais a lei islâmica impõe uma punição fixa, crimes *qisas*, pelos quais a pena é retributiva, e crimes *ta'zir*, cuja consequência é um castigo discricionário, a ser determinado pelo juiz.

Em relação às duas últimas categorias, o poder do juiz ou do Estado em definir as penas é grande; até mesmo nas penas retributivas, a *Sharia* não impede que o valor e modo da restituição fiquem ao arbítrio do juiz⁷⁶⁰. Mas os crimes *hudud* são vistos de forma diferente: estes são entendidos como “direito de Deus”, isto é, meios pelos quais Deus impede que alguns comportamentos, abominados por Ele, sejam cometidos.

Os crimes *hudud*, com suas penas e a respectiva fundamentação corânica, são assim resumidos por Mashood A. Baderin⁷⁶¹:

O primeiro é o furto: sua pena é a amputação da mão, conforme o versículo: “Ao ladrão e à ladra, cortai as duas mãos em pagamento pelo que tiverem lucrado: um exemplo imposto por Deus. Deus é poderoso e sábio.” (5:38)

O segundo crime *hudud* é tipificado como rebelião, roubo armado ou assalto em estradas, que acerretam as seguintes penas: morte, crucifixão, amputação cruzada de mão e pé (corta-se um membro de cada lado) ou exílio:

O castigo dos que fazem a guerra a Deus e a Seu Mensageiro e semeiam a corrupção na terra é serem mortos ou crucificados ou terem as mãos e os pés decepados, alternadamente, ou serem exilados do país: uma desonra neste mundo e um suplício no Além. (5:33)

Há uma nota explicativa na tradução aos cuidados de Helmi Nasr especificando que o uso da pena de morte refere-se ao homicídio; a crucifixão corresponde à punição do crime de

⁷⁵⁹ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pags. 78 e seguintes. GIORDANI, Mario Curtis, *op.cit.*, pag.290.

⁷⁶⁰ Assim morreu o assassino do Imã Ali, genro e sucessor (quarto califa) de Maomé. Após golpear a cabeça do califa enquanto este rezava numa mesquita, Abd-al-Rahman ibn Muljam foi capturado por amigos e familiares de Ali. Este, ainda vivo, impediu que seus homens executassem o agressor, ordenando ao invés que o golpeassem na cabeça exatamente da mesma forma como ibn Muljam havia feito. Assim, caso sobrevivesse, este último estaria livre, pois a retribuição teria sido efetuada. Entretanto, tal como sua vítima, ibn Muljam não resistiu ao ferimento.

⁷⁶¹ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.79.

latrocínio; a amputação cruzada (mão direita e pé esquerdo) é aplicada ao assaltante que não mata; enquanto que o banimento castiga a tentativa. Partindo deste “tipo penal”, alguns juristas concluem que o homicídio simples também seria crime “*hudud*”. No entanto, nota-se que a letra do versículo é por demais ampla para afirmar isto com certeza. Mashood Baderin⁷⁶² e Hashim Kamali⁷⁶³ não arrolam o homicídio entre os *hudud*.

Também parece haver uma controvérsia em relação ao alcance deste tipo penal pouco definido: segundo Baderin e Raymond Charles⁷⁶⁴, pune-se qualquer roubo armado. Para Hashim Kamali⁷⁶⁵, trata-se somente de roubo em estradas. Uma tradição muçulmana narra que tal versículo foi ditado por Maomé após a captura de um grupo que roubara alguns de seus camelos⁷⁶⁶. Daí possivelmente a associação com o crime de assalto em estradas.

O terceiro crime *hudud* consiste no adultério ou fornicação, cujas penas são respectivamente morte por apedrejamento ou cem açoites. O adultério é a união carnal entre pessoas casadas (não entre si), ou entre um casado e um solteiro. Já a fornicação é a relação fora do casamento. O texto corânico assim dispõe: “2. À adúltera e ao adúltero, açoitai a cada um deles com cem açoites. E que não vos tome compaixão alguma por eles, no cumprimento do juízo de Allah, se credes em Allah e no Derradeiro Dia. E que um grupo de crentes testemunhe o castigo de ambos.” (24:2)

Aqui fica bem claro o entendimento dos crimes *hudud* como “direitos (subjativos) de Deus”, que decorreriam de uma ordem direta do Criador. É por esta razão que os juristas muçulmanos, como adiante se verá⁷⁶⁷, defendem a imutabilidade dos *hudud* com muita tenacidade.

Já em relação ao adultério, que trai o vínculo conjugal, a punição correspondente – lapidação – também é fixa, porém não se encontra prevista no Corão, e sim na *Sunna*⁷⁶⁸.

⁷⁶² *Idem, ibidem.*

⁷⁶³ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.190.

⁷⁶⁴ CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pag.35.

⁷⁶⁵ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.193.

⁷⁶⁶ SHIRAZI, *op.cit.*, cap.36.

⁷⁶⁷ Ver, *infra*, cap.6, pag. 305.

⁷⁶⁸ “Stoning is in the Book of Allah for those who commit adultery, men or women when they are muhsan and when there is clear proof of pregnancy or a confession.” MALIK IBN ANAS, Al-Muwatta, 41:1-10, disponível em <http://ahadith.co.uk/chapter.php?cid=91>, acesso em 10.04.2011.

Entretanto, parece figurar ali de modo claro, vez que todos os juristas islâmicos concordam com tal solução⁷⁶⁹. Isto, frise-se, apesar de o versículo corânico acima falar claramente em “adúltero”.

A quarta espécie de *hudud* é integrada pela falsa acusação de adultério, penalizada com oitenta açoites conforme este trecho: “4. E aqueles que acusarem de adultério uma mulher honrada sem apresentar quatro testemunhas, castigai-os com oitenta açoites, e nunca mais lhes aceiteis o testemunho. São eles os depravados.” (24:4)

Este trecho reforça a visão da mulher no Corão, que acima já se comentou⁷⁷⁰: seu maior bem parece ser a castidade, que é apresentada de forma quase obsessiva em alguns trechos, e separada de outras virtudes que também seriam desejáveis. Por outro lado, é verdade que a mulher é enxergada no Corão como mais necessitada de atenção do que o homem: é sintomático que, neste trecho, não se fale sobre a falsa acusação de adultério lançada contra um muçulmano homem, muito embora isso pudesse trazer sérios problemas ao crente, tendo em vista as punições fortes adotadas para com os perpetradores de tais atos. Neste versículo em particular, a mulher é mais protegida do que o homem. O que não significa que o tratamento daquela pela *Sharia* seja mais benéfico que o deste último.

Há duas outras condutas cujo lugar entre os crimes *hudud* é discutido: trata-se dos crimes de apostasia e de beber vinho.

Em relação à primeira, sua tipificação e pena não se encontram previstas no Corão da mesma forma que os demais *hudud*: os versículos que tratam da apostasia são unânimes em descrever a ira e os castigos de Deus na vida futura – porém não impõem à comunidade dos crentes o dever de punir o apóstata. Relembre-se que os crimes *hudud* são expressões de direitos de Deus. Por isso é que estão expressos de modo tão claros no Livro. Ora, a apostasia, ainda que abominável para Maomé, não está prevista no Corão como um dos direitos de Deus face à *Umma*.

4.4.4.2 A pena para a apostasia

⁷⁶⁹ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag. 79.

⁷⁷⁰ Neste capítulo, pags. 213-216 e seguintes, *supra*.

A base da condenação da apostasia e de sua pena (morte) está num *hadith*, supostamente pronunciado pelo profeta, constante da *Sunna*, cuja tradução para o inglês nos é fornecida por Baderin: “*anyone who changes his religion, kill him*”.⁷⁷¹ Outro *hadith* corre no mesmo sentido:

The blood of a Muslim who confesses that none has the right to be worshipped but Allah and that I am His Apostle, cannot be shed except in three cases: In Qisas⁷⁷² for murder, a married person who commits illegal sexual intercourse and the one who reverts from Islam (apostate) and leaves the Muslims.⁷⁷³

Muitos juristas, no entanto, encontram dificuldades em incluir tal conduta na categoria dos *hudud*, pois trata-se de uma tradição solitária, enquanto que o respaldo corânico é dúbio:

208. Ó vós que credes, submetei-vos a Deus e não sigais as pegadas do demônio: ele é vosso inimigo declarado. (2:208)

36. Não pertence a crente algum e a crente alguma, quando Deus e Seu Mensageiro decidirem algo, escolher outra opção. E quem desobedecer a Deus e a Seu Mensageiro comete um erro manifesto. (33:36)⁷⁷⁴

Encontram-se, no entanto, diversos versículos mais receptivos à liberdade religiosa:

256. Não há compulsão na religião. Pois já se separou a verdade do erro. Quem rejeita Tagut, o rebelde⁷⁷⁵, e crê em Deus, ter-se-á segurado a uma ansa⁷⁷⁶ que nunca quebrará. Deus ouve tudo e sabe tudo. (2:256)

108. Dize: Homens! Deus vos revelou a verdade. Quem a segue, é a si próprio que beneficia. E quem a rejeita, é a si próprio que prejudica. Não sou vosso tutor. (10:108)

Os precedentes da vida de Maomé também não apontam para uma atitude extremada em relação aos não crentes. Já os apóstatas são vistos de modo diferente: como traidores do caminho único formado por religião, povo, política e tradição. Quem sai do Islã deixa a comunidade – e, na época de Maomé, se voltava quase sempre contra sua antiga fé, inclusive

⁷⁷¹ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag. 124.

⁷⁷² Retribuição.

⁷⁷³ Este *hadith* está na coleção Sahih al-Bukhari, um dos seis repositórios oficiais de *hadiths*, em 9:83:17.

⁷⁷⁴ Estes versículos foram apontados como o fundamento da punição capital ao apóstata por Sayyid Muhammad Rizvi, consultado pelo fórum islâmico de peritos *Ahlul Bayt `Aalim Network* (disponível em: <http://www.al-islam.org/organizations/aalimnetwork/msg00529.html>, acesso em 16.03.2011)

⁷⁷⁵ Satanás. Foi mantido o termo original como apresentado na tradução para o português.

⁷⁷⁶ Acredita-se que a palavra correta aqui seria “alça”, conforme a tradução de Helmi Nasr e também a inglesa de Shakir, que exhibe: “*he indeed has laid hold on the firmest handle, which shall not break off*”.

adotando a força⁷⁷⁷. Mais adiante, voltaremos ao assunto, ao tratar das possibilidades de resposta e evolução da *Sharia*.

An-Na'Im aponta⁷⁷⁸ um versículo corânico no qual parece clara a possibilidade de apóstatas continuarem a conviver junto aos crentes. Este será aqui transcrito com os versos sucessivos, que darão uma ideia melhor da ideia que é transmitida nesta parte:

137. Aos que creram, depois renegaram, depois creram e renegaram de novo e insistiram na renegação, Deus jamais perdoará, e Ele jamais os guiará para a senda da retidão.

138. Anuncia aos hipócritas que um doloroso castigo os aguarda.

139. Aqueles que preferem a amizade dos descrentes à dos crentes, que esperam? A grandeza? Toda grandeza pertence a Deus.

140. Deus vos recomendou no Livro de não vos sentardes com os que conversam de Suas revelações, rejeitando-as e desrespeitando-as até que mudem de assunto. Se o fizerdes, sereis como eles. Deus juntará na Geena os hipócritas e os descrentes.

141. Os hipócritas vos espreitam. Se Deus vos der a vitória, dir-vos-ão: 'Não estávamos convosco?' E se vencerem os descrentes, dir-lhes-ão: 'Não éramos mais poderosos do que vós e não vos protegemos dos crentes?' Deus decidirá entre vós no dia da Ressurreição e jamais deixará os descrentes prevalecerem sobre os crentes.

142. Os hipócritas procuram enganar Deus, mas é Deus que os engana. E quando se levantam para as orações, levantam-se preguiçosamente, só para ser notados pelos homens, e pouco pensam em Deus.

143. Indecisos, mutáveis, não pertencem nem a uns nem aos outros. Aquele que Deus desencaminha, tu não o podes guiar.

144. Ó vós que credes, não preferais a amizade dos descrentes à dos crentes. Quereis dar a Deus uma prova pública contra vós? (4:137-144)

Note-se que a situação acima descrita é moralmente muito mais reprovável do que a simples perda da fé. No presente quadro, pessoas aderiram ao Islã (“creram”) e logo depois o deixaram (“depois renegaram a Fé”) levados unicamente, tanto no ingresso quanto no abandono, por interesses materiais mesquinhos, através de uma atitude mentirosa.

Com tudo isso, é sintomático que o Corão não preveja nenhum castigo para tais hipócritas, limitando-se a instruir os fiéis, com muito bom senso, que evitem tais companheiros oportunistas.

⁷⁷⁷ “Why does Islam not allow apostacy? Apostacy or irtidād in Islam is equal to treason. [...] In Islam, the concept of treason is not limited to political and military affairs, it also has a spiritual and cultural dimension to it. In the Islamic order of sacredness, Allāh, then the Prophet and then the Qur’ān occupy the highest positions. Tawhid, nubuwwa, and qiyāma form the constitution of Islam. Just as upholding and protecting the constitution of a country is sign of patriotism, and undermining it is a form of treason-in the same way open rejection of the fundamental beliefs of Islam by a Muslim is an act of treason. Apostacy, i.e., the public declaration of rejecting the fundamentals of Islam, has also negative influence on the Muslim society; it is indeed a major fitna. And that is why Islam has prescribed harsh punishment for irtidād. It must be emphasized that irtidād which we are discussing here involves open rejection, without any force and with the realization of what one's statements or actions imply. The punishment prescribed by the shari'a for apostacy is death.” RIZVI, Sayyid Muhammad, *op.cit.* (ver nota 774, *supra*)

⁷⁷⁸ AN-NA'IM, Abdullahi A., *Islam and...*, pag.119.

De qualquer modo, a aplicação da pena para a apostasia hoje é por vezes vista como sendo parte da *Sharia*, ainda que a lei nacional do país silencie a respeito⁷⁷⁹. A pena continua a ser a morte⁷⁸⁰.

Também há uma tendência, na jurisprudência islâmica, em alargar o campo da apostasia, considerando como tal outros comportamentos que seriam ofensivos à religião. Tradicionalmente, entendia-se que a apostasia poderia ocorrer de três modos: através de crenças⁷⁸¹, ações⁷⁸² e palavras⁷⁸³. Entretanto, também existem versões mais elaboradas de apostasia, por comportamentos ambíguos e que se estendem para além do tradicional “renegar a fé”. Por exemplo, um clérigo iraniano do século XX, o aiatolá Shirazi, menciona que o ato de rasgar o Corão está contido no pecado de apostasia. Também alguns pecados graves, pelo fato de serem eventualmente cometidos em Meca, considerada cidade santa, ou contra a Caaba (o santuário presente em Meca) podem ser equiparados à apostasia. O aiatolá Shirazi vai mais longe, e afirma:

Since disrespect of Qur'an is Harām and it is one of the necessities of faith if one wilfully tramples the Qur'an under his feet, or throws it in Najasat his action is evidently an act of disrespect of religion and denial of respect for Qur'an. In these circumstances this man is an infidel. It is allowed to spill his blood except that he confesses, that it was in a bout of anger and that he was not in his senses.^{784 785}

Abdullahi Ahmed An-Na'Im se preocupa com o fato de o pecado de blasfêmia (usar linguagem ofensiva contra Deus, Maomé, algum dos anjos ou dos profetas) ser considerado, por alguns estudiosos, como apostasia⁷⁸⁶. Também a equiparação da heresia à apostasia é problemática, pois, para muçulmanos mais severos, heresia é qualquer manifestação externa da fé que não pareça suficientemente sincera. O professor sudanês lembra ainda que tais

⁷⁷⁹ As discussões no âmbito do Conselho de Direitos Humanos que relatamos no capítulo 2, *supra*, mostraram que países como Irã, Iêmen e Ilhas Maldivas e alguns estados nigerianos criminalizam o abandono do Islã, enquanto que outros, como o Egito e a Indonésia, dificultam a vida do ex-muçulmano. Ver, nesta dissertação, cap.2, pag. 72, *supra*.

⁷⁸⁰ AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, *Human rights...*, pag. 534.

⁷⁸¹ Por exemplo, duvidando da existência de Deus. AN-NA'IM, Abdullahi A., *Islam and...*, pags.119-120.

⁷⁸² Por exemplo, ajudando a algum opressor. SHIRAZI, *op.cit.*, cap. 31.

⁷⁸³ Por exemplo, falando contra algum comando explícito do Corão. SHIRAZI, *op.cit.*, cap.23.

⁷⁸⁴ SHIRAZI, *op.cit.*, cap.49.

⁷⁸⁵ É importante notar que esta disposição é uma conclusão do estudioso xiita aiatolá Shirazi. O autor deste trabalho não dispõe de elementos para afirmar se a pessoa que desrespeita o Corão é vista como apóstata por todos os muçulmanos, daí esta passagem ter valor apenas exemplificativo. Mas, sem dúvida, o fato de este jurista citar tal pecado e tal punição indica que há um ramo da tradição por trás, pois todo o livro do aiatolá é permeado de citações e reenvios aos juristas e casos mais antigos.

⁷⁸⁶ AN-NA'IM, Abdullahi A., *Islam and...*, pag.121.

conceitos indeterminados e vagos encorajam a manipulação e abuso do termo “apostasia”, e sua utilização para propósitos políticos⁷⁸⁷. Lembra que juristas muçulmanos hoje tidos universalmente em alta estima, como os fundadores dos ritos hanafita e hanbalita, foram acusados de apostasia quando em vida.

Ainda, Ann Elizabeth Mayer denuncia que os aderentes da religião Baha’i no Irã e da seita muçulmana Ahmadita no Paquistão sofrem perseguição oficial por conta de uma interpretação elástica das disposições sobre apostasia: os primeiros são identificados como descendentes de antigos renegadores do Islã, uma vez que o movimento Baha’i, embora seja uma religião em separado, se originou no ambiente muçulmano. Já a situação dos segundos é mais dramática: eles são acusados tanto pela maioria sunita quanto pela minoria xiita e pelo governo de serem não muçulmanos – entretanto, os próprios ahmadis se consideram bons muçulmanos e não querem ser separados da *Umma*. Sua rotulação como apóstatas apresenta legitimidade dúbia, por ter sido veiculada através de uma ordem presidencial do governo paquistanês em 1984⁷⁸⁸.

Também o Sudão caracterizou-se por apontar oponentes políticos – como os “*Sudanese Republicans*” como apóstatas, abrindo o caminho para sua perseguição por parte do governo⁷⁸⁹.

4.4.4.3 O delito de ingestão de álcool

O último crime considerado *hudud* é a ingestão de bebidas alcoólicas. A proibição está prevista nos seguintes três versículos do Corão, os quais se encontram listados na ordem em que foram ditados:

43. Ó vós que credes, não vos aproximeis da oração enquanto ébrios, até que saibais o que dizeis. (4:43)

⁷⁸⁷ Como exemplo, Bielefeldt narra as agruras atravessadas pelo estudioso egípcio Nasr Hamid Abu Zaid, cuja defesa de uma leitura do Corão que levasse mais em conta as circunstâncias específicas nas quais foi elaborado causou sua condenação formal pelos tribunais egípcios como apóstata. Isto conduziu à anulação de seu matrimônio, pois a mulher muçulmana não pode permanecer casada com um infiel. BIELEFELDT, Heiner, *op.cit.*, pag. 177.

⁷⁸⁸ Disponível em: <http://www.thepersecution.org/50years/paklaw.html>, acesso em 18.03.2011.

⁷⁸⁹ Os três exemplos foram extraídos de MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.151.

219. Interrogar-te-ão sobre o vinho e os jogos de azar. Responde: ‘Neles, há culpa grave e alguma utilidade para os homens. Mas neles, a culpa é maior que a utilidade.’ [...] Assim Deus esclarece Suas revelações. Quiçá reflitais. (2:219)

90. Ó vós que credes, o vinho, os jogos de azar, os ídolos e as flechas da adivinhação são obras repugnantes do demônio. Evitai-os. E possais prosperar!

91. O que o demônio quer é introduzir o ódio e a inimizade entre vós por meio do vinho e dos jogos de azar e vos desviar da recordação de Deus e da prece. Não vos absteréis deles? (5:90-91)

Repare-se que a proibição foi instituída de modo progressivo: Num primeiro momento, o Corão só recrimina os que participarem da oração em estado de embriaguez. A seguir, foi ditado o versículo sobre o mal da bebida ser maior do que o seu bem, com o que se buscava conscientizar os crentes para que se dispusessem a abrir mão de tal prazer. Por fim, chegou-se à proibição drástica da quinta Sura, “das Mulheres”, na qual o álcool é identificado com a obra demoníaca.

Nota-se, entretanto, que a ingestão de bebidas alcoólicas não aparece como um crime com pena prevista. A proibição possui mais o caráter de recomendação. Hashim Kamali⁷⁹⁰ não considera o consumo de álcool como crime *hudud*, nem tampouco a apostasia, pois a pena não está indicada no Corão como nos demais crimes. Já Baderin⁷⁹¹ explica que a maioria dos juristas classifica a embriaguez como *hudud* (logo, tendo pena fixa), enquanto que outros a consideram um crime do tipo *ta'zir* (cuja quantificação da punição é deixada a cargo do juiz). Para os primeiros, a punição está prevista na *Sunna*, e comporta quarenta ou oitenta açoites, dependendo da escola jurídica⁷⁹².

O aiatolá Shirazi especifica que, na primeira vez em que é flagrado bebendo, o culpado é castigado com oitenta açoites. Caso haja uma segunda vez, o castigo será de 160 chibatadas. Outra recaída custaria 240 chicotadas, e a subsequente levará à pena capital⁷⁹³. O jurista recomenda ainda que a execução dos açoites seja pública, ou ao menos presenciada por alguns muçulmanos.

No seio do Conselho de Direitos Humanos da ONU, entretanto, não foram encontradas reclamações dirigidas aos Estados islâmicos por conta desta proibição. Muito provavelmente, a previsão de penas tão drásticas teve por efeito impossibilitar o comércio e distribuição de

⁷⁹⁰ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.191.

⁷⁹¹ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pag.79.

⁷⁹² ABIAD, Nisrine, *op.cit.*, pag.25.

⁷⁹³ SHIRAZI, *op.cit.*, cap.15.

tais bebidas nos países que dizem aplicar a *Sharia*, diminuindo com isso o número de ocorrências.

4.5 Síntese e conclusão do capítulo

Podemos concluir este capítulo com uma breve revisão de todo o exposto nesta descrição do direito da *Sharia*:

A *Sharia* guia o muçulmano não só nos aspectos que chamaríamos de jurídicos, mas em todos os pontos de sua vida. No entanto, ela não está codificada e suas normas se veem dispersas em vários meios distintos. As fontes principais que devem ser consultadas no estudo da *Sharia* são, em ordem de importância: o Corão, a tradição da vida de Maomé estabelecida na *Sunna* e o raciocínio jurídico (*ijtihad*) que a princípio pode ser empreendido por qualquer crente que se depare com um caso confiado à sua resolução. O passar dos anos introduz algumas condicionantes à prática do *ijtihad*, como possuir um nível de sabedoria reconhecido por alguma instância superior. Como o Corão e a *Sunna* são pouco organizados e contêm regras jurídicas sem sistematização, o jurista possui um papel fundamental na *Sharia*, pois é ele quem explicará como os textos ambíguos e indeterminados destas fontes serão aplicados na realidade. Desde o século XVI até o alvorecer do século XX, sua importância decaiu muito, em razão do crescente autoritarismo governamental que o território do Islã experimentou, e da reação defensiva frente aos avanços trazidos no campo jurídico com a colonização.

Apontamos, em seguida, três características básicas da *Sharia*: primeiro, sua pretensão de universalidade; depois, a ênfase posta nos deveres do indivíduo, ao invés de iluminar seus direitos. O terceiro aspecto consiste em sua fragmentação e falta de determinabilidade, que torna seu conteúdo objeto de disputas que por vezes se arrastam desde a Idade Média, enquanto que em outras partes ela resiste a qualquer tentativa de mudança.

Vimos também que a evolução da ciência da jurisprudência islâmica (*fiqh*) evidenciou um choque entre as pretensões controladoras dos sucessivos governos islâmicos e a integridade da *Sharia* garantida pelos juristas. Tal conflito acaba sendo vencido pelo Estado,

que impõe o fechamento da porta da *ijtihad*, proibindo na prática a atividade interpretativa por quinhentos anos, até sua alegada reabertura no século XX.

De modo a não nos perdermos entre as múltiplas disposições da *Sharia*, examinamos seu conteúdo apenas quanto aos pontos em que se percebe um conflito com os direitos humanos. Em apertada síntese, concluímos que o Islã impõe uma diferenciação prejudicial à mulher e aos adeptos de outras religiões. As regras da *Sharia* são poucas e imprecisas em relação à democracia, não permitindo afirmar que qualquer forma de governo é expressamente querida pela lei islâmica. Revisamos, por fim, algumas disposições do direito penal inspirado pela *Sharia*, focando nos delitos *hudud*, apresentados como mais reprováveis. Vimos que sua descrição no Corão, em alguns casos, é imprecisa e aberta, deixando margem dúbia para que mais condutas sejam abarcadas. Vimos também que, em todos os casos, a pena taxativamente imposta é um castigo corporal, o qual vai de açoitamento público até a morte por crucifixão, passando pela amputação de membros.

Este é, ao que parece, o esquema da lei islâmica, sobre o qual se apoiam os governos que resistem à aplicação de muitos dos direitos humanos em seus países. Será necessário, agora, examinar a consistência destas alegações. Esta tarefa será empreendida no próximo capítulo.

5 POSSIBILIDADES DA SHARIA

Enquanto o capítulo precedente foi mais descritivo, levando-nos a uma visão básica do que constitui, hoje e historicamente, a *Sharia* ou lei islâmica, as páginas desta seção evidenciarão um caráter primordialmente argumentativo. Neste apartado, buscar-se-á partir de uma visão histórico-crítica da *Sharia*, de modo a distinguir o que nela é essencial e o que é secundário. Acredita-se – esta é uma das teses que será defendida ao longo destas páginas – que a ação do Estado visando o domínio sobre a religião muçulmana como modo de afirmação levou a uma grande confusão entre os aspectos principais e acidentais da lei islâmica, pois o essencial tende a ser identificado sempre mais com as disposições favorecidas pela vontade dos governantes. O primeiro objeto deste capítulo, então, será fazer ressaltar, na história do Islã, o latente conflito entre o poder civil e a instância espiritual. Em seguida, tentar-se-á apresentar algumas das disposições da *Sharia* e do próprio Corão à luz de seu tempo original. Nesta tarefa, serão aproveitados os ditames já arrolados no capítulo 5, até por serem estes os que mais suscitam problemas em confronto com o direito internacional dos direitos humanos. Sustentar-se-á ainda que qualquer texto que se pretenda jurídico será necessariamente submetido a alguma atividade interpretativa. A *Sharia* não poderia, caso esta tese esteja correta, pretender furtar algumas de suas normas à interpretação renovadora e em consonância com as circunstâncias do tempo presente. Da inevitabilidade da interpretação passaremos, num exame rápido porém intenso do livro sagrado, ao tema da inevitabilidade da distinção entre os versículos jurídicos do Corão. A tese será a de que é impossível – não só indesejável, mas sim logicamente impossível – querer aplicar todos os trechos corânicos que digam respeito a deveres e obrigações externas com o mesmo grau de intensidade e sujeitos à mesma *ratio*. As derradeiras passagens desta seção concluirão meu argumento sobre a *Sharia*, retomando alguns pontos específicos do direito islâmico que já foram discutidos no capítulo precedente para defender a visão do Islã (ao menos em seus aspectos jurídicos, os quais nos encontramos menos desqualificados para debater) como uma evolução – não só face aos regimes pré-islâmicos, mas acompanhando o modo de ser das coisas e da convivência humana em sociedade.

5.1 Visão islâmica do Estado

O Islã não exige nenhuma forma especial de governo. O leitor do Corão se depara com um Maomé despreocupado em relação a sua sucessão e ao futuro político da nascente comunidade dos crentes. Não há dúvidas que serão encontrados numerosos versículos guiando a arte de governar, como recomendações sobre os julgamentos de muçulmanos: “105. Revelamos-te o livro com a verdade para que julgues entre os homens conforme o que Deus te mostrou. Mas não sejas para os pérfidos um defensor.” (4:105)

Também existem princípios para julgar os adeptos de outras religiões “do livro”:

42. [“Os judeus”] regozijam-se com as falsidades e procuram os tráficos ilícitos. Se vierem a ti, decide entre eles ou aparta-te deles. Se te apartares deles, em nada poderão prejudicar-te; mas se os julgares, julga com justiça. Deus ama os justos. (5:42)

47. Que os adeptos do Evangelho julguem conforme o que Deus nele revelou. E os que não julgam conforme o que Deus revelou, são eles os perversos. (5:47)

O governante é essencialmente um juiz entre os homens: “26. E dissemos-lhe: ‘Ó David, designamos-te califa na terra. Julga os homens pela justiça, e não sigas a paixão, pois ela te afastará do caminho de Deus. Os que se afastam do caminho de Deus receberão um castigo severo.’” (38:26)

E deve ser obedecido, o que é também uma prescrição religiosa: “59. Ó vós que credes, obedeci a Deus e ao Mensageiro, e aos dentre vós que dispõem de autoridade.” (4:59)

Cabe citar também o já mencionado trecho sobre o conselho:

38. E para os que respondem a seu Senhor e praticam a oração e resolvem seus problemas por consultas entre si; e gastam do que lhes concedemos. (42:38)

39. E para os que, agredidos, sabem defender-se.

40. O castigo de um mal é um mal igual. E quem perdoar e conciliar de Deus receberá sua recompensa. Ele não gosta dos opressores.

41. Contudo, aqueles que se vingarem de uma injustiça recebida, não serão incriminados.

42. Mas serão incriminados os que oprimirem os outros e agredirem na terra e cometerem injustiças. A eles será infligido um castigo doloroso. (42:38-42)

Encontramos também um parágrafo acerca de um princípio do direito penal muçulmano: “179. Na lei de talião está a proteção de vossa vida, ó homens sensatos. E possais temer a Deus.” (2:179)

Os princípios do governante muçulmano, piedoso e voltado para Deus, são assim sintetizados:

Àqueles dentre vós que creem e praticam o bem, Deus prometeu dar a herança da terra, como a havia dado aos que os precederam, e fortalecer a religião que escolheu para eles, e dar-lhes a segurança após o medo. E disse: ‘Que Me adorem e não associem ninguém a Mim.’ Após isso, só renegarão os depravados. (24:55)

Foi Ele [“Deus”] quem vos designou califas na terra. Quem descrê, carregará as consequências de sua descrença. A descrença só aumenta a aversão de Deus para com os descrentes. E ela não fará senão aumentar-lhes a perdição. (35:39)

Apesar de nenhuma forma de governo ser especialmente recomendada, os primeiros seguidores de Maomé decidiram, após sua morte, replicar o modelo da comunidade muçulmana medinense, na qual o profeta unia em si a liderança política e autoridade espiritual. No entanto, An-Na’Im explica porque, de um ponto de vista estritamente islâmico, tal forma de organização não pode mais ser imitada:

*The conflation/convergence ideal has been impossible to achieve since the time of the Prophet because no other human being can enjoy the Prophet’s combination of political and religious authority. (...) That experience was unique and cannot be replicated, because Muslims do not accept the possibility of prophets after the Prophet Muhammad.*⁷⁹⁴

Nesta mesma obra, o professor sudanês estuda os traços principais da ascensão e estabelecimento do Estado islâmico desde o primeiro califa, para mostrar como a autoridade político-militar não era automaticamente a autoridade religiosa⁷⁹⁵. O primeiro califa e sucessor de Maomé, Abu Bakr, foi eleito numa disputa tumultuada, na qual precisou vencer os adeptos de Ali, genro do Profeta (os quais não reconheceram a liderança deste califa nem de seus dois sucessores, designando-se a si mesmos por “*Shi’at Ali*”, “partidários de Ali”, denominação que originou o grupo xiita). A liderança do primeiro califa foi exercida em tempos de guerra, primeiro contra as tribos árabes que se opunham à nova religião, e depois contra os impérios Persa (Sassânida) e Romano (Bizantino). Um marco interessante é que a guerra contra as tribos árabes renitentes parecia ir contra os ensinamentos de Maomé: o motivo concreto para a mobilização das forças do califado fora a apostasia de algumas tribos, e a falta de pagamento do *zakah* (imposto recolhido pela comunidade muçulmana e revertido em benefício dos pobres). Enquanto a luta contra os apóstatas e idólatras da região estava relativamente chancelada pelo Corão (embora o livro fale mais em termos defensivos), a execução forçada do recolhimento da esmola não havia sido prevista pelo profeta, seja pelas leis escritas, seja por seu exemplo de vida. A questão foi tão tormentosa que alguns dos “companheiros” de Maomé pediram ao califa que anistiasse os devedores, e, diante da recusa deste, muitos (como Ali) sequer participaram da campanha. Tal comportamento, observa An-

⁷⁹⁴ AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed, *Islam and the secular State: negotiating the future of Shari’a*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008, pag.53.

⁷⁹⁵ *Idem*, pags. 53-62.

Na'Im, seria inimaginável caso o califa Abu Bakr exercesse o mesmo grau de liderança religiosa que Maomé. Ao contrário, os demais muçulmanos não enxergavam no califa nenhuma prioridade teológica advinda do cargo que ocupava. Havia uma distinção entre o comando religioso, que residia em Deus, no Corão e na tradição que se começava a formar em torno da vida do profeta, mediada por seus antigos amigos e pelos primeiros juristas e estudiosos da nova mensagem, e o comando político, firmemente em mãos do califa, e em respeito ao qual até os mais nobres e piedosos “companheiros”, embora objetando, não se revoltaram contra as ordens militares⁷⁹⁶.

Esta distinção, por vezes difícil de ser vista devido à ênfase islâmica no monoteísmo transposto a toda a realidade, permeia, na verdade, toda a história do califado. Com efeito, os primeiros sucessores políticos de Maomé tiveram que enfrentar guerras civis entre diversos pretendentes a sucessores. Três dos quatro primeiros califas (Abu Bakr, Omar, Uthman e Ali), especialmente venerados na denominação sunita, morreram assassinados por outros muçulmanos. Se contarmos também os dois filhos de Ali, um envenenado e outro morto em batalha, teremos um panorama da vívida e cambiante história política do Islã – sem que a religião fosse substancialmente afetada. É notável ver como a doutrina e princípios religiosos muçulmanos foram sendo desenvolvidos enquanto que os líderes políticos se matavam uns aos outros.

O próprio texto legítimo do Corão foi estabelecido pelo califa Uthman⁷⁹⁷, que morreu abandonado pelo povo e cercado de inimigos⁷⁹⁸, sem que sua versão do Corão sofresse em sua aceitação geral.

Também pode ser mencionado o fato de que, numa destas guerras civis, a própria cidade santa de Meca foi invadida, e o santuário da Caaba, danificado⁷⁹⁹. As lutas políticas pelo califado não se identificavam com disputas religiosas, e podiam até ultrapassar restrições absolutas da religião islâmica.

⁷⁹⁶ Outro episódio notável narrado por An-Na'Im (*op.cit.*, pag.59) diz respeito ao comandante militar do califa, Khalid ibn al-Walid, o qual matou um chefe tribal muçulmano que não pagara a esmola, e logo em seguida tomou para si a mulher daquele. Tal comportamento causou ultraje entre os demais combatentes, que retornaram a Medina e pediram ao califa a punição devida pelos crimes de homicídio e adultério (a lei islâmica determina um tempo de espera obrigatório para a mulher após o fim de um casamento). Entretanto, Abu Bakr recusou a imposição da pena – seguramente movido por considerações políticas, visto que Khalid ibn al-Walid era, de longe, o melhor de seus comandantes.

⁷⁹⁷ GIORDANI, Mário Curtis, *História do mundo árabe medieval*. Petrópolis: Vozes, 1985, pag.330.

⁷⁹⁸ *Idem*, pags. 66-67.

⁷⁹⁹ AN-NA'IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pags. 61-62.

Isto mostra que, desde seu princípio, o Estado islâmico era formado por governantes que detinham a supremacia política, administrativa e militar⁸⁰⁰ – porém não eram reconhecidos pela população como guias religiosos, no sentido de liderança espiritual e carisma que compartilham os líderes de outras religiões. O único guia do Islã como religião foi Maomé, e este não pode ser imitado por mais ninguém, acreditam os muçulmanos.

A dinastia dos Abássidas, que governou entre 750 e 1258, baseava sua legitimidade na ascendência comum à do profeta Maomé. No entanto, An-Na’Im⁸⁰¹ relata que, também entre os Abássidas, as esferas política e religiosa estavam separadas, e uma tentativa de uni-las à força foi o episódio conhecido como “inquisição islâmica” (833-861), no qual o califa Al-Ma’Mun impôs sua visão teológica acerca do Corão sobre seus súditos. A grande resistência encontrada, com dezenas de sábios estudiosos ou *ulama* sendo removidos, presos e até torturados e mortos, demonstra como a população em geral enxergava no califa a autoridade em assuntos temporais, mas resistia a submeter-se-lhe no plano religioso. Neste campo, eram os estudiosos do Corão os que gozavam de maior credibilidade. Com efeito, uma das consequências da “inquisição” foi o aumento do poder dos *ulama* e o declínio do papel do califa, visto como um tirano injusto que exacerbava de sua área de atuação. Ironicamente, An-Na’Im afirma que o principal efeito foi a separação tácita entre religião e Estado⁸⁰².

Como mostra An-Na’Im, o império islâmico se fundamentava sempre na religião, e todos os seus governantes se apresentavam como escolhidos por Deus e de acordo com o profeta. Entretanto, para além do que os próprios regentes faziam questão de transmitir, o Estado islâmico era uma entidade eminentemente política, e o uso que se fazia da religião nas altas esferas de comando era simplesmente instrumental e persuasório.

Isto se demonstra pelo fato de o grande território submetido ao Islã ter se desintegrado rapidamente numa sucessão de entidades autônomas ou semi-independentes amiúde em guerra entre si, sem que isso fosse diagnosticado como uma crise religiosa. A sucessão dos Omíadas pelos Abássidas⁸⁰³, destes pelos Fatímidas, Aljúbidas e Seldjúcidas, de todos estes

⁸⁰⁰ GIORDANI (*op.cit.*, pag.69) fala no laicismo da primeira dinastia islâmica, os Omíadas, que “aparece claro na primazia que se dá à razão de estado quando, por exemplo, se trata de recrutar altos funcionários indispensáveis ao bom andamento da máquina administrativa. [...] O estado omíada é pois um estado secular monopolizado pela aristocracia árabe no seio da qual o clã omíada detém a primazia. Note-se, todavia, que a secularidade estatal não significa de modo algum o abandono dos princípios religiosos islâmicos”.

⁸⁰¹ AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pags. 63 e seguintes.

⁸⁰² AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag.65.

⁸⁰³ GIORDANI, Mário Curtis, *op.cit.*, pag.85.

pelos Mamelucos, antes, e depois pelos Otomanos, a instituição de emirados independentes *de facto* na Espanha e Anatólia, a desintegração do Império Turco-Otomano e sua substituição pelos modernos Estados do Oriente Médio – tudo isso ocorreu sem prejuízo da religião, que permaneceu igual (em grande parte) e, nos aspectos em que foi modificada, o foi pelos juristas e estudiosos, em assuntos indiferentes ao Estado ou então forçados por ele, mas nunca de forma harmônica – o califa, emir ou sultão não era livre para modificar os preceitos religiosos como modificava suas táticas militares ou suas normas tributárias.

As grandes divisões religiosas refletiam-se na população (distinção entre karidjitas, sunitas e xiitas, ou, dentro destes, entre ismaíles e outros), e eram absorvidas pelos governantes. Mas a divisão da *Umma* entre diversas entidades independentes não foi a causa da divisão religiosa – esta já ocorrera no início da história do Islã, e de modo independente.

Em resumo, os Estados fortes que se formaram no Oriente e se declaravam islâmicos nunca o eram de um modo absoluto, caso se queira entender “islâmico” como mantendo uma unidade essencial entre religião e Estado. Antes, caracterizavam-se por uma espécie de negociação entre o poder político e o religioso: os *ulama* (mestres da lei) moviam o favor popular em prol do governante, e este os sustentava, principalmente dando-lhes autonomia nas interpretações jurídicas. Um importante fator da aliança residia nos *aqwaf* (singular: *waqf*), donativos muitíssimo comuns entre os muçulmanos, que consistiam na dotação de alguns bens de inalienabilidade e no direcionamento de seus proventos inteiramente a obras de caridade ou religião. Por exemplo, escolas, mesquitas e hospitais poderiam ser mantidos inteiramente por particulares através da instituição de um *waqf*. Ora, com a morte dos instituidores, os *aqwaf* não deixam de existir, visto que possuem caráter de perpetuidade – passam a ser geridos por um administrador ou pelo governo, de acordo com eventuais disposições testamentárias. Mas os fundos sempre provêm do bem gravado (por exemplo, terras cultiváveis, uma construção, um rebanho, etc.). A única restrição à gestão referia-se ao propósito da fundação: seu fim deveria ser sempre caritativo ou religioso, causando incômodo em muitos governantes, que geriam uma renda bem ao seu alcance mas fora de seu poder efetivo – não tinham competência para reverter o *waqf* para outras finalidades, como o sustento do exército ou alguma construção pública. Ora, uma saída encontrada para que o Estado pudesse lançar mão dos *aqwaf* foi o intermédio dos *ulama*, pois uma *fatwa* (parecer de um líder religioso) poderia permitir a mudança na destinação de tais recursos⁸⁰⁴. Os líderes

⁸⁰⁴ AN-NA'IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag.76.

religiosos podiam facilmente ser persuadidos a formular tais opiniões, caso o governante soubesse atraí-los com cargos públicos, funções de prestígio, etc. O sultão mameluco egípcio Bybars, por exemplo, ganhou o favor da classe religiosa – e, em consequência, do público em geral – quando decidiu elevar juízes das diferentes escolas simultaneamente ao patamar de juiz supremo⁸⁰⁵.

O que acima se descreveu merece um esclarecimento: contrariamente à opinião mais disseminada acerca da relação entre Islã e poder, não se trata de uma união entre política e religião. As situações apresentadas são exemplos claros de uma separação intrínseca – a palavra intrínseca é importante – entre o Islã religioso e o Estado islâmico. Esta separação não foi querida explicitamente por Maomé nem pelos “companheiros”, nem pelos califas. Foi uma característica que surgiu naturalmente desde o primeiro impulso evolutivo da religião muçulmana. Os califas não almejavam controlar a crença da população, e – repita-se – nem teriam legitimidade para tal se o intentassem. Sabia-se que eventuais adesão e seguimento absolutos a um líder religioso equivaleria a confiar num novo profeta, traindo Maomé.

Não foi por acaso que, nas primeiras guerras, os muçulmanos tivessem por adversários não só os maus pagadores de esmola, os apóstatas ou idólatras obstinados: a Arábia também assistiu a um pulular de supostos novos profetas, que exerciam uma liderança messiânica sobre alguma tribo e apartavam seus seguidores do curso monolítico do Islã.

As críticas que Maomé lançava aos demais “povos do livro” também exprimiam esta crença na suficiência da mensagem do último profeta: “[Os judeus e os cristãos] Tomaram seus rabinos e seus monges, assim como o Messias, filho de Maria, por Senhores em vez de Deus, quando lhes foi ordenado adorar somente ao Deus único. Não há deus senão Ele. Exaltado seja acima dos que Lhe associam!” (9:31)

Isto é: os muçulmanos não deveriam ter em sua religião uma classe de clérigos, pois estes poderiam atrair para si os louvores devidos exclusivamente a Deus. Além disso, a profissão de dedicação religiosa seria inútil, pois o Corão é visto como um guia completo e bastante para a plena orientação do fiel. Sem falar que, no Islã, não existem sacramentos, tampouco ritos que devam ser conduzidos por pessoas especiais⁸⁰⁶. O que comprova a afirmativa feita acima: o Islã não prevê a união entre religião e Estado: evita que os estudiosos

⁸⁰⁵ *Idem*, pag.75.

⁸⁰⁶ DAVUTOGLU, Ahmet, *Cultura global versus pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou diálogo e interação entre civilizações*. In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 136.

do Corão, juristas da *Sharia* e líderes da comunidade na oração e conselho sejam equiparados a uma classe de pessoas especiais, enquanto por outro lado não reconhece aos chefes políticos competência para intervir nas definições religiosas.

Com efeito, no Islamismo,

não houve nação, nem pessoa ou instituição, que fosse absolutizada como sujeito determinante de tempo e da história. Ao contrário do cristianismo, nem o profeta do Islã, nem seus seguidores ou instituições, reivindicaram uma existência metaistórica (sic); eles agiram na história e dentro das regras da história. Os milagres do profeta foram aceitos como indicações excepcionais do poder de Deus, e não como fenômenos permanentes de uma intervenção divina. Também é importante salientar que o milagre mais importante do profeta é o texto divino do Corão como fonte compreensível, interpretável e visível de conhecimento⁸⁰⁷.

Nos exemplos vistos acima, ocorreram situações nas que o político e o religioso se mesclaram. Entretanto, isto não teve tanto a ver com os dogmas islâmicos quanto com interesses imediatos do Estado ou dos juristas. As guerras civis e assassinatos pelo controle do califado mostram que divisões políticas não acarretavam divisões religiosas. (A exceção marcante constitui a denominação xiita, originária de uma disputa política. No entanto, a própria divisão entre sunitas e xiitas continuou sendo primariamente uma divisão política, e não religiosa⁸⁰⁸. As diferenças teológicas e jurídicas que hoje marcam as duas correntes foram aparecendo mais tarde, paulatinamente, como inevitável consequência de seu desenvolvimento em separado.) A “inquisição” foi uma tentativa de invasão da esfera religiosa pela política. Era tão ilegítima do ponto de vista estritamente islâmico que sua consequência foi o enfraquecimento do califado, que não conseguiu, por incompatibilidade absoluta, apossar-se do domínio religioso. O surgimento de vários Estados dentro da comunidade da *Umma* também reflete a separação, pois a coexistência entre diversos líderes independentes não afetou em nada a essência do Islã. E a eventual aliança entre governo civil e líder religioso, longe de refletir um mandamento corânico, acarretava em distorções arbitrárias nos princípios jurídicos da *Sharia*, como foi visto no exemplo atinente aos *awqaf*.

Portanto, a unidade entre Estado e religião não é uma necessidade exposta na *Sharia*. Antes, foi – e é – um expediente de que os governos de territórios muçulmanos apreciam valer-se de forma a consolidar sua legitimidade e aumentar seu controle da sociedade⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ *Idem*, pag. 117.

⁸⁰⁸ CHARLES, Raymond, *Le droit musulman*. 6ª edição. Paris: PUF, 1956, pags. 26 e 27.

⁸⁰⁹ Outro exemplo desta eventual união forçada é dado por Rafael Ramón Guerrero, ao descrever o combate intelectual entre o famoso jurista islâmico Al-Ghazali (1058-1111) e o grupo dos xiitas ismaelitas. Estes últimos acreditavam na necessidade da presença de um Imã infalível, de modo a eliminar as contradições a que inevitavelmente chegariam o esforço jurídico pessoal, as opiniões pessoais e o uso da analogia. Deste modo, sendo o desacordo visto como inevitável, a obediência cega ao

5.2 Os pontos de conflito com os direitos humanos e a mutabilidade da *Sharia*

Nos próximos parágrafos, algumas das regras da *Sharia* apresentadas no capítulo 5 serão passadas em revista sob os seguintes critérios: tentar-se-á enxergar cada uma destas normas como expressão de uma situação fática encontrada na época de Maomé. Assim, seremos conduzidos a identificar os princípios subjacentes a cada preceito específico, bem como seu propósito real, isto é, sua *ratio*, no contexto em que foi ditado. Enfim, avaliar-se-á o potencial de mudança da *Sharia* dentro de cada um dos temas apresentados no capítulo anterior como antinomia entre a lei islâmica e os direitos humanos.

5.2.1 Discriminações contra a mulher

O primeiro tópico da *Sharia* a que se fez referência foi a situação da mulher. Esta é apresentada, nas palavras de Raymond Charles, como “*cette éternelle mineure à l’ignorance extraordinaire des choses de la vie qui excèdent le harem*”.⁸¹⁰ Com efeito, por mais que os juristas e legisladores muçulmanos exaltem o papel da mulher como companheira inseparável do marido, pilar da família e sustentáculo da sociedade, ainda assim o Islã enxerga o sexo feminino com uma mistura de inimizade e protecionismo sufocante. Inimizade porque a mulher é vista como possuidora de uma capacidade misteriosa de alvoroçar o coração do homem, acendendo-lhe paixões muitas vezes devoradoras, irracionais e prejudiciais⁸¹¹.

Imã infalível seria o único modo de atingir alguma base estável de conhecimento. Al-Ghazali refuta esta elevação de um conselheiro religioso a *status* de domínio semipolítico, argumentando que a fé na suficiência da revelação, aliada a alguns elementos de lógica e a uma confiante observação da natureza, logriam suprir estes desacordos, conduzindo o homem para Deus sem necessidade de rebaixar-se a servir incondicionalmente outro homem. GUERRERO, Rafael Ramón, Al-Gazali: a defesa do Islã sunita. In: PEREIRA, Rosalie Helena de Souza (org.), *O Islã clássico: itinerários de uma cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007, pags.200-203.

⁸¹⁰ CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pag.56.

⁸¹¹ “49. Há dentre eles quem te diga: ‘Dispensa-me e não me tentes.’ Na tentação, eles já caíram! A Geena cerca os descrentes.” Em sua tradução do Corão para o português, Helmi Nasr assevera ser tal versículo uma referência a Al Jadd Ibn Qais, um dos companheiros do profeta que não se sentiu seguro a ir combater os bizantinos na Síria com receio de ser atraído pelas belas mulheres bizantinas.

Um bom exemplo desta visão se encontra no livro do iraniano aiatolá Shirazi, o qual, tratando do pecado/crime de fornicação, estatui que as mulheres devem adotar alguns comportamentos de forma a evitar que o desejo masculino aflore:

The Muslim woman is ordered to veil herself. She must not come before non-mahram without Hijab. She should dress in such a manner that strange men do not get an opportunity to glance at those parts of her body which arouse passion; and thus make her an object of desire. It is the responsibility of a woman to assume such poise and behaviour that she does not excite a man's passions. Even a glance of lust can infatuate a man and a seemingly harmless encounter eventually lead to mischief and corruption in society, destroying entire families. [...]

*The women are also ordered not to look at non-mahram men, and the men are similarly warned.*⁸¹²

Já o protecionismo excessivo se deve à percepção de que a mulher é mais fraca que o homem, e necessita de maior proteção.

Com efeito, o Corão é todo ele ditado no século VII, numa sociedade tribal que se caracterizava pela institucionalização de normas muito rígidas e desiguais no que dizia respeito ao sexo feminino. A poligamia, como já dito⁸¹³, era amplamente praticada com dezenas de esposas simultaneamente. A esposa era tão desvalorizada que podia ser livremente vendida ou trocada, numa miríade de formas de casamento arranjado. No casamento, podia ser livremente repudiada pelo marido a qualquer hora, e não recebia o dote – este era pago ao pai da noiva. Também o infanticídio feminino não era prática incomum⁸¹⁴.

Neste contexto, as prescrições da lei islâmica tiveram um significativo efeito liberalizante. O Corão dificulta a prática da poligamia, limitando-a a quatro mulheres e estabelecendo alguns requisitos que o esposo deve preencher⁸¹⁵. Há também um controle externo (assumido pelos juristas e depois pelos funcionários estatais) sobre o cumprimento das obrigações próprias do estado conjugal pelo marido. O casamento islâmico ainda não é

⁸¹² SHIRAZI, Aiatolá Abdul Husayn Dastaghaib, *Greater sins: the complete book*. Bombaim: Islamic Study Circle, capítulo 12. Disponível em: http://www.al-islam.org/greater_sins_complete/, acesso em 15.05.2011.

⁸¹³ Ver capítulo 5, pags. 220-222, *supra*.

⁸¹⁴ Maomé denuncia tal prática no Corão, através das seguintes palavras: “58. Pois, quando se anuncia a um deles [“dos politeístas hipócritas”] o nascimento de uma filha, seu rosto torna-se sombrio, e ele quase sufoca. 59. Esconde-se do mundo pela vergonha recebida e hesita entre guardar a filha, humilhado, e enterrá-la viva. Oh! A abominação desses preconceitos!” (16:58-59)

⁸¹⁵ “A propósito, por volta do final do século XIX, o então Grã-Mufti do Egito Mohammed Abduh, defendia o ponto de vista de que a poligamia nem estava prevista no Corão [...] A teórica possibilidade de um homem casar com mais de uma mulher estaria condicionada ao fato de ele tratar todas com igualdade (Sura 4,3) – condição essa que, conforme a Sura 4,129, é imutável. Com esse argumento, hoje, mesmo muçulmanos de tendência conservadora, advogam pela eliminação – ou melhor, pela não aplicação – da poligamia.” O versículo 129 diz: “129. Jamais podereis tratar da mesma forma todas vossas mulheres, embora vos esforceis. Pelo menos, não desprezeis nenhuma a ponto de a deixar como no ar.” (4:129) BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag. 170.

exclusivamente consensual, mas a esposa já possui alguns meios de se insurgir contra o pai ou tutor que lhe ordenem um enlace claramente prejudicial⁸¹⁶, em especial se já houve casamento prévio. É à mulher que deve ser pago o dote, sendo que a esta é reconhecida a capacidade de possuir e administrar bens⁸¹⁷. O repúdio da mulher pelo marido – absolutamente discricionário na Arábia pré-islâmica – passa a ter regras mínimas, como a espera de um período dentro do qual pode ocorrer uma reconciliação, a fixação de um limite para a sucessão de repúdio e retomada da esposa (pode ser repudiada três vezes e retomada duas vezes consecutivas⁸¹⁸). Uma novidade islâmica também é a possibilidade do divórcio por iniciativa da mulher, ainda que, na linguagem corânica, isto dependa sempre de um acordo com o marido, ou da devolução integral do dote⁸¹⁹. O infanticídio não é mais tolerado, pois a vida humana – especialmente a do crente, que, aqui, inclui a da mulher crente – é vista como sagrada⁸²⁰. E não é mais admissível a prática sórdida de lucrar através do corpo da mulher, forçando-a a se prostituir⁸²¹. O próprio marido passa a ter alguns deveres no casamento^{822 823} – embora expressos em linguagem incomparavelmente mais branda que os de sua contraparte, cujo descumprimento causa somente a ameaça de punições após a morte, e, quando muito, um bom motivo para a esposa se divorciar. Outra restrição feita ao cônjuge masculino diz respeito à permissibilidade das relações extraconjugais: estas são totalmente abolidas e castigadas como crime severo. Entretanto, é evidente que a obrigação de fidelidade pesa de modo

⁸¹⁶ “*Le consentement de la fille n’est requis, em somme, que si elle est émancipée, veuve ou divorcée, ou orpheline, ou lorsque son père veut la marier à un fou, un épileptique ou un homme difforme, ou lorsqu’on refuse de la marier et qu’elle a recours au cadi: le silence de la vierge équivaut à son consentement.*” (CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pag.45)

⁸¹⁷ “32. Não cobiceis o que Deus deu a uns mais do que a outros dentre vós. Aos homens um quinhão do que tiverem ganho e às mulheres um quinhão do que tiverem ganho. Rogai antes a Deus que vos conceda de sua generosidade.” (4:32)

⁸¹⁸ “229. O divórcio revogável é permitido até duas vezes. 230. O homem que repudia uma mulher não poderá desposá-la novamente até que ela se case com outro homem.” (2:229-230)

⁸¹⁹ “229. [...] E não vos é permitido retomar seja o que for do que lhes tiverdes dado – a menos que ambos receiem não poder obedecer às leis de Deus. Nesse caso, ela querendo sua libertação, é-lhe permitido pagar algo ao marido, e é permitido ao marido aceitá-lo. Tais são os limites de Deus.” (2:229) “128. E se uma mulher recear mau trato ou deserção por parte de seu marido, nenhum dos dois será censurado por estabelecerem termos de concórdia entre si. A reconciliação é o melhor caminho.” (4:128)

⁸²⁰ “93. Quem matar um crente com premeditação, seu castigo será a Geena onde permanecerá para todo o sempre, e a cólera de Deus, e a Sua maldição, e um terrível suplício.” (4:93)

⁸²¹ “33. E, na vossa ânsia pelos bens deste mundo, não constrajais vossas escravas à prostituição se preferem a castidade. Se forem compelidas, Deus as perdoará.” (24:33)

⁸²² “128. E se uma mulher recear mau trato ou deserção por parte de seu marido, nenhum dos dois será censurado por estabelecerem termos de concórdia entre si. A reconciliação é o melhor caminho. [...] Se, assim mesmo, fordes generosos e temerdes a Deus, Ele vê tudo o que fazeis.” (4:128)

⁸²³ “241. As divorciadas têm também direito a recursos para uma vida condigna. É dever para os homens de bem.” (2:241)

distinto sobre o homem e sobre a mulher: enquanto esta deve permanecer reclusa para guardar sua castidade acima de tudo, o marido tem limites mais amplos: pode relacionar-se com suas esposas e com suas escravas, e o Corão se preocupa muito menos com sua castidade conjugal⁸²⁴.

De todo modo, como resume Mayer,

*not only did the Qur'an dismantle existing institutions that contributed to women's degraded and vulnerable status, but Islam conferred rights on women in the seventh century that women in the West were unable to obtain until quite recently. Muslim women, for example, enjoyed full legal personality, could own and manage property, and, according to some interpretations of the Qur'an, enjoyed the right to divorce on very liberal grounds.*⁸²⁵

Além das evoluções que o próprio advento do Islã, com o Corão, trouxe em benefício da mulher, a prática da sociedade muçulmana também prosseguiu nesta senda de generosidade (pois não se poderá nunca falar em “igualdade”) para com o sexo feminino: é assim com o surgimento de uma figura não prevista pelo Corão mas já vislumbrada na *Sunna*, quando Maomé envia alguns companheiros para julgar litígios em regiões distantes segundo critérios islâmicos: o juiz ou *cadi*, que mais tarde, com o alvorecer do grande império islâmico e de seus Estados sucessores, passará a ser um cargo institucionalizado e adotado pelos governantes. Ora, todas as questões intraconjugais que poderão ser alegadas num divórcio passarão pelo *cadi*, especialmente na modalidade *khul'*, isto é, o divórcio, que mais se assemelha a um resgate, instituído pela mulher e que o Corão deixa dependente da boa vontade do marido e das negociações entre o casal⁸²⁶. O *cadi* irá, gradualmente, imiscuir-se em tais questões, inclusive apontando alguns comportamentos iníquos do marido que, se cometidos, darão azo ao *khul'*⁸²⁷. O papel deste funcionário, misto de jurista, guia religioso e burocrata, não é suficientemente levado em conta quando se estuda a evolução do direito islâmico. No entanto, sua atividade resultou em uma lista de obrigações maritais: há uma obrigação de consumir o casamento – se o marido não o faz, especialmente por algum defeito físico, pode-se pedir o divórcio. O não pagamento do dote também enseja a mesma consequência. Se o marido faltar com sua obrigação de manter a esposa, o caminho do divórcio estará aberto a esta última, inclusive se o não cumprimento se dever a uma situação

⁸²⁴ Lembre-se que castidade, inclusive no contexto corânico, significa o uso correto da faculdade sexual, que não se identifica (especialmente no Islã) com celibato.

⁸²⁵ MAYER, Ann Elizabeth, *Islam and human rights: Tradition and politics*. 3ª edição. Boulder, Colorado: Westview Press, 1999, pag.98.

⁸²⁶ 2:229 e 4:128.

⁸²⁷ CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pags. 53-54.

de indignância involuntária. Causas reconhecidas como hábeis ao pedido de *khul'* também são: o sofrimento de sevícias graves e prolongadas, a ausência do marido por mais de seis meses sem dar notícias e as injúrias graves feitas à mulher, como a visita, pelo marido, a um prostíbulo ou a exposição da mulher em público em situação que redunde humilhante para esta. A depender do *cadī*, até simples incompatibilidades de humor podem ser alegadas pela mulher para iniciar um divórcio – ela deverá estar ciente, no entanto, que o juiz examinará detidamente tais questões (que podem ser vexatórias) e indicará, neste último caso, alguns conciliadores para tentar manter o vínculo⁸²⁸.

Outra prática muçulmana não prevista explicitamente no Corão, porém adotada pela sociedade e inserida na *Sharia*, refere-se aos contratos pré-matrimoniais, pelos quais o marido poderia comprometer-se com a esposa em algum âmbito, outorgando-lhe o direito de divorciar-se unilateralmente caso descumprisse o combinado. Ou ainda, a estipulação pode prever o divórcio direto pela mulher pura e simplesmente⁸²⁹.

Por fim, o próprio “espírito” do Corão, isto é, os princípios que este não enuncia, mas que ficam claros a partir da leitura de suas regras concretas, acaba por favorecer uma mudança e evolução no *status* da crente muçulmana. Ela é apresentada como igual ao homem em numerosos aspectos – ambos possuem os mesmos deveres de piedade e crença em Deus, e, na lógica corânica, só se diferencia do sexo masculino em razão de características apresentadas como naturais, como a menor força física (que a impede de prover ao sustento da família) e as diferenças de personalidade (enxergadas por Maomé como fraqueza inerente de caráter).

Da mesma forma que a prática da *Sharia* beneficiou a mulher em alguns aspectos, deve ser chamada a atenção para algumas condutas sociais que visaram explicitamente a cassar alguns dos direitos que a mulher conquistara no Corão. Notaremos que a lei islâmica – até mesmo em sua fonte primária, considerada a própria palavra de Deus – não é tão imutável e insuscetível de adequação ao que se percebe como exigências da realidade prática (ainda que tais exigências, no caso que ora se apresentará, sejam bastante questionáveis).

⁸²⁸ Heiner Bielefeldt evoca o exemplo do direito de família turco-otomano, cujas disposições legais instruíam os juízes a inserir nos contratos de casamento cláusulas favoráveis à mulher, como a que lhe assegura o direito ao divórcio caso o marido tome uma segunda esposa. BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed. Unisinos, 2000, pag. 170.

⁸²⁹ BADERIN, Mashood A., *International human rights and Islamic law*. Nova York: Oxford University Press, 2003, pag.152.

A disposição corânica do *talaq*, ou repúdio, conferia ao marido um menor grau de controle sobre sua mulher do que o costume pré-islâmico análogo. Na prática antiga, que o Corão tomou cuidado para impedir, o esposo poderia ameaçar a mulher com o divórcio por quantas vezes entendesse, inclusive divorciando-se dela e retomando-a logo depois. Ele podia fazer isso quantas vezes quisesse, de modo que a mulher, que não podia viver sozinha à época, permanecia num estado de tensão permanente, sem saber se deveria voltar para a casa de seu pai ou continuar com seu marido. Outro modo de tornar insuportável a vida de uma esposa seria repudiá-la e retomá-la diversas vezes, de forma a não permanecer casado com ela, mas impossibilitar que, por conta do tradicional período de espera⁸³⁰, a repudiada pudesse casar-se com outro homem. Ficava, então, como que suspensa, em estado sumamente injusto, conhecido e proibido por Maomé, conforme já lemos.

Outro modo de prejudicar a esposa divorciada era pronunciar a fórmula de repúdio por três vezes seguidas. Isto consistia numa violação da literalidade do Corão, pois, após as três repetições da fórmula, só se contava um período de espera, reduzindo assim a correspondente obrigação do marido de sustentar a ex-mulher. Apressava-se o procedimento, desta maneira, de modo a liberar o esposo de suas obrigações o quanto antes. O terceiro califa Omar, no entanto, modificou tal costume, determinando que o repúdio triplo teria validade total, isto é, incluindo um triplo período de espera e sustento da mulher. Esta disposição de Omar, por mais que melhorasse a situação da divorciada, continuava indo contra o dispositivo do Corão, que não admitia o triplo repúdio. Ademais, esta ordem do califa também modificou a tradição estabelecida desde os tempos do profeta Maomé (*Sunna*), quando o triplo repúdio de uma só vez não era permitido, e valia como somente um divórcio⁸³¹.

Outra versão dá conta de que a mudança promovida por Omar almejava facilitar o divórcio irrevogável do casal, eis que o divórcio único sempre poderia ser anulado pelo marido. Ora, se o ex-marido desejasse casar-se de novo, a segunda noiva dificilmente concordaria sabendo da existência de um vínculo, ainda que mínimo, com a ex-esposa divorciada. Exigia-se então que o procedimento do divórcio triplo fosse acelerado, de modo a liberar completamente o homem de qualquer “tentação” de voltar atrás.

⁸³⁰ Trata-se da *iddah*, período de três meses dentro do qual a mulher não pode se casar de novo, por haver o risco de engravidar e surgirem confusões quanto à paternidade da criança. Ver, neste trabalho, cap.5, pags. 223-225, *supra*.

⁸³¹ KAMALI, Mohammad Hashim, *Shari'ah law: an introduction*. Oxford: One world, 2008, pag.229. Ver também o julgamento do próprio Maomé considerando o triplo divórcio pronunciado de uma só vez como um único. Em: http://www.irfi.org/articles/articles_151_200/triple__talaq.htm, acesso em 08.03.2011.

Outro motivo pelo qual o divórcio triplo era “interessante” consistia no maior grau de ameaça que passava a pender sobre a mulher durante o casamento: se esta fosse repudiada com uma tríplice afirmativa, ainda que pronunciada em uma única ocasião, não haveria retorno.

Seja como for, algumas escolas jurídicas admitem o triplo repúdio, enquanto outras o consideram um modo ilícito de escamotear o Corão. No entanto, Ibrahim Syed explica que uma maioria dos juristas das escolas hanafita, xafiita e malequita aceitam tal instituto, enquanto que a maioria dos expoentes da escola hanbalita não o aceitam. Os xiitas, em regra, possuem uma opinião tão ruim do triplo repúdio que alguns de seus juristas chegam a considerar que sequer houve um divórcio quando três rejeições são pronunciadas de uma só vez⁸³².

Assim, vê-se como as normas originais da *Sharia* sofreram diversas modificações no tocante à situação da mulher, em especial acerca da dissolução do vínculo conjugal. Dependendo do que se tratasse, as modificações beneficiavam ou empobreciam a situação das esposas. Mas o que deve ser ressaltado é que a lei islâmica não foi percebida como pura e simplesmente imutável, ainda que, na teoria, assim o proclamem muitos juristas.

Além das mudanças temporais, também deve ser considerada a grande variação na opinião das escolas de jurisprudência acerca dos temas envolvendo a relação com a mulher. Acima já mencionamos a divergência em relação ao triplo repúdio, mas seria um forte engano acreditar que as discordâncias terminam aí.

Por exemplo: quando o marido se divorcia da mulher, o Corão recomenda⁸³³ que o marido faça uma oferta de consolação, na forma de um presente, à ex-mulher. No entanto, a escola malequita vê esta conduta do marido como algo obrigatório. Já sobre o divórcio judicial, também há discrepâncias: os hanafitas só admitem que a mulher tenha recurso a tal

⁸³² SYED, Ibrahim B., *Triple Talaq*, publicado no website da *Islamic Research Foundation International*, disponível em http://www.irfi.org/articles/articles_151_200/triple__talaq.htm, acesso em 08.03.2011.

⁸³³ “236. Não sereis censurados por repudiardes as esposas que não tocastes e a quem não fixastes uma pensão. Mas provide-lhes as necessidades segundo os bons costumes, o rico conforme seus recursos e o pobre conforme seus recursos. É uma obrigação para os homens de bem.” (2:236) “49. Ó vós que credes, se vos casardes com mulheres crentes e as repudiardes antes de havê-las tocado, não tereis termos a cumprir. Dotai-as e libertai-as honradamente.” (33:49) “Ó Profeta, quando vós, homens, vos divorciardes das mulheres, divorciai-vos delas no fim de seus dias especiais e contai cuidadosamente esses dias, e temeí a Deus. Não as expulsei de seus lares e não as deixeis partir, a menos que tenham cometido um adultério comprovado.” (65:1)

via em caso de não consumação do casamento por motivo de alguma disfunção do marido, enquanto que as demais escolas admitem outros motivos⁸³⁴.

Em relação ao casamento, mais divergências: os malequitas sempre admitiram os pactos acessórios pré-matrimoniais, enquanto que as demais escolas só se renderam aos mesmos recentemente⁸³⁵. Qual a idade mínima para uma mulher poder casar-se? Os hanefitas são bastante rígidos em relação à marca da puberdade: antes de atingir tal estado, eventual casamento terá o valor de noivado, nada mais. Outras escolas valorizam mais o consentimento (real ou presumido) da mulher, ou sua aparência externa, ao invés dos aspectos mais biológicos da puberdade.

Os deveres do marido são outro ponto em disputa: para os hanefitas e xafitas, este cumpre definitivamente seu dever de consumir o casamento já na primeira vez em que esteja com sua esposa, ainda que seja a única⁸³⁶.

E a teoria sobre o regime de bens na vigência do vínculo tampouco é unânime: os malequitas mais uma vez se distinguem, defendendo a necessidade da aprovação do marido se a cônjuge entender dispor, para qualquer finalidade, de mais de um terço de seus próprios bens⁸³⁷.

Estes breves apontamentos já nos deixam clara a grande gama de soluções discrepantes que existem, no direito islâmico, para as diversas situações da vida. A *Sharia* pode sustentar sua imutabilidade sendo interpretada e desenvolvida de tantos modos diferentes?⁸³⁸

Acerca das inovações do Islã em relação à mulher, é preciso notar que eram plenamente desejáveis e benéficas na sociedade em que foram originalmente aplicadas. As

⁸³⁴ CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pag.54.

⁸³⁵ *Idem*, pag.49.

⁸³⁶ *Idem*, pag. 50.

⁸³⁷ *Idem*, pag. 49.

⁸³⁸ “Muslims differ widely in their interpretations of Islamic law and on the question of whether women and minorities can be afforded equality under Islamic law. That is, here, as elsewhere, there is no consensus among contemporary Muslims about what Islamic law requires. By and large, Muslims seem to be coming to terms with the idea that women should enjoy at least approximate equality with men in areas like employment, government service, and education, but there is resistance to accepting the idea that the traditional rules of Islamic family law should be reformed. There are Muslims who believe that women are meant to be equal partners in the family and others who think they have been assigned different, complementary roles, so that it is natural that men have superior rights within the family. According to the latter position, men are the masters and women the dependents, being subject to male authority and discipline.” IBRAHIM, Dina, *Human rights and Islamic law: are they comparable?* Entrevista com Ann Elizabeth Mayer. Disponível em: <http://www.starbacks.ca/CapitolHill/Parliament/3251/spring99/mayer.html>, acesso em 14.03.2011

soluções trazidas pelo Corão revestem-se de alto grau de humanismo e liberalidade no contexto patriarcal, tribal, coletivista e violento que desejavam modificar. Até mesmo muito do que hoje percebemos como restrições à liberdade feminina possuíam sua razão de ser diante das circunstâncias da Arábia no século VII. Por exemplo, os impedimentos à liberdade de circulação constituíam uma proteção à mulher num contexto em que, de todo modo, poucos eram os que efetivamente viajavam (excetuando os nômades, para os quais a viagem era o estado normal), e menos ainda os que se aventuravam a andar sozinhos. A disposição que ordenava à mulher só percorrer grandes distâncias acompanhada de algum homem pode ser entendida como uma obrigação, por parte do marido, de protegê-la. Da mesma forma, a proibição de que a mulher se casasse com um não muçulmano era um importante limite ao grande poder – que pré-existia ao Islã e não pôde ser por este abolido – que o pai e os membros masculinos da família exerciam sobre as moças. No fundo, o Corão proibiu que ela fosse forçada a casar-se com um infiel, o que redundaria em sua exclusão da comunidade. Pode-se legitimamente perguntar se a situação da moça vítima de um casamento arranjado efetivamente melhorou, independentemente da religião do marido. Pelo número de versículos do Corão que se preocupam em recomendar o bom tratamento da esposa pelo marido, parece que um casamento forçado com um bom muçulmano traz mais garantias – ao menos seguindo a literalidade do texto – do que com um dos famigerados “idólatras” tão criticados no livro sagrado.

5.2.2 Discriminações contra o não muçulmano

Passar-se-á agora às disposições referentes ao tratamento do não muçulmano pela *Sharia*. Tal como se procedeu no tópico atinente à mulher, aqui também o foco estará em examinar eventuais mudanças no estatuto do adepto de outra religião, tanto no aspecto temporal quanto na diversidade de regimes coexistentes numa mesma época.

Como se apontou no capítulo prévio⁸³⁹, o direito islâmico tradicional traça uma distinção entre os “povos do livro” e os demais não muçulmanos, que são denominados pejorativamente de “idólatras”. A situação dos primeiros é prevista de alguma forma pelo

⁸³⁹ Cap.5, pags. 225-231, *supra*.

Corão e é sensivelmente melhor que a sorte dos segundos. Entretanto, as disposições da *Sharia* já mencionadas sobre os judeus e cristãos já não são, em grande parte, aplicáveis aos modernos Estados que dividem a *Umma*. O primeiro dever dos “povos do livro”, além de não atacar seu governante muçulmano, estaria no pagamento da *jizya*, a taxa paga pelos não crentes na letra da disposição corânica⁸⁴⁰: “29. Dos adeptos do Livro, combatei os que não creem em Deus nem no último dia e não proibem o que Deus e Seu Mensageiro proibiram e não seguem a verdadeira religião – até que paguem, humilhados, o tributo.” (9:29)

Vale a pena transcrever a explicação sobre este versículo fornecida por Helmi Nasr, em sua tradução a serviço do governo saudita:

Al Jizyah: taxa monetária paga pelos não-moslimes (*sic*), que viviam em território moslim. Seu valor oscilava entre 12 e 48 dracmas por pessoa, e ela contribuía para o orçamento do país, e os protegia de qualquer agressão que fosse. Esta taxa se equiparava a **az-zakah** e a outras obrigações, que os moslimes deviam prestar, obrigatoriamente. **Al Jizyah** era da competência, somente, dos judeus e dos cristãos, e não dos idólatras, e sua cobrança visava a (*sic*) impor a obediência às leis do território, onde residiam. (Grifos no original.)

Az-zakah era a taxa cobrada dos muçulmanos e revertida, pelo governo, para fins exclusivamente caritativos.

Da mesma forma, a *Sunna* conta com numerosos *hadiths* que correm na mesma direção. Assim, o califa Omar, falando ao seu sucessor, expressa: “*I recommend him to abide by the rules and regulations concerning the Dhimmis (protectees) of Allah and His Apostle, to fulfill their contracts completely and fight for them and not to tax (overburden) them beyond their capabilities.*”⁸⁴¹

Em outra parte, narra-se a vitória sobre um príncipe cristão e o acordo feito para respeitar sua vida e a liberdade de seu povo em troca do pagamento da *jizya*: “*The Prophet (peace be upon him) sent Khalid ibn al-Walid to Ukaydir of Dumah. He was seized and they brought him to him (i.e. the Prophet). He spared his life and made peace with him on condition that he should pay jizyah (poll-tax).*”⁸⁴²

⁸⁴⁰ Esta é uma exceção à disposição normal deste capítulo, no qual intenta-se proceder a um trabalho mais crítico a partir das normas elencadas no capítulo anterior. No entanto, estes poucos parágrafos sobre a *jizya* devem constar deste lugar, e não do cap.5, porque, como aqui explicado, a *jizya* já está totalmente no campo da teoria, não sendo cobrada atualmente em nenhuma situação. Ela nos serve aqui de exemplo que ilustra as possibilidades de mudança da *Sharia* devido ao surgimento de novas circunstâncias.

⁸⁴¹ Sahih Al-Bukhari 2:23:475, disponível em <http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/texts/muslim/hadith/bukhari/023.sbt.html#002.023.475>, acesso em 14.05.2011.

⁸⁴² Sunan Abu Dawud 19:3031, disponível em <http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/texts/muslim/hadith/abudawud/019.sat.html#019.3031>, acesso em 14.05.2011.

Além dos povos do livro, também os zoroastristas eram incluídos entre os devedores de *jizya*: Acerca deles, Maomé teria dito: “*Follow the same sunna with them that you follow with the people of the Book.*”⁸⁴³

A *ratio* desta taxa estava em conscientizar os povos conquistados acerca de quem seriam seus novos senhores. Ela não se distinguiu de tributos semelhantes cobrados de povos estrangeiros pelos persas ou pelos bizantinos. E ainda trazia consigo o direito a uma espécie de aliança com os muçulmanos, pela qual o califado se comprometia a acompanhar o povo que pagava a *jizya* em suas guerras. Essa promessa de aliança acabou sendo naturalmente substituída, com o crescimento do poder do império islâmico, por um dever estatal de manter a ordem e proteger suas minorias religiosas. Como já evidenciado no comentário da tradução do Corão acima transcrito, a cobrança tem um paralelo com a *zakah*, devida pelos muçulmanos. Ainda que a finalidade desta última seja caridosa (a concessão da *zakah* é um dos cinco pilares da fé muçulmana) e se diferencie do propósito de humilhação da *jizya*, o fato é que, ao longo do tempo, as duas passaram a ser vistas como fontes de recursos do Estado.

Seja como for, o advento deste sistema também representou uma melhora para as minorias da época. Se é verdade que, em Meca, Medina e nos poucos meios urbanos da Península Arábica, os adeptos de diversas crenças conviviam mais ou menos sem repressão, o mesmo nem sempre ocorria no seio dos poderosos impérios que se formavam no Oriente Médio desde a Antiguidade. Estes costumavam manter uma religião oficial (como a religião zoroastrista no Império Persa-Sassânida, o primeiro a sofrer com a expansão muçulmana) e tolerar, de modo ambíguo e inconstante, a presença de outros credos. A novidade muçulmana consistiu em institucionalizar a tolerância, tornando a ilícita perseguição dos “descrentes” – ao menos no que tange os “povos do livro”; já trataremos dos demais. Como coletividades depositárias de uma parte da revelação divina, judeus e cristãos deveriam ser respeitados e sua presença no seio da comunidade islâmica não constituía uma ofensa.

Ora, apesar de prescrita expressamente no Corão e da existência de numerosos *hadiths* que consagram tal cobrança, a taxa da *jizya* passou por diversas modificações ao longo da história do Islã. Omar, o terceiro califa, por exemplo, inicialmente esclareceu que estava isento do pagamento dos tributos dos infiéis (*jizya* e *kharadj*⁸⁴⁴) todo aquele que se

⁸⁴³ Al-Muwatta 17:24:42, disponível em <http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/texts/muslim/hadith/muwatta/017.mmt.html#017.17.24.42>, acesso em 14.05.2011.

⁸⁴⁴ Raymond Charles (*op.cit.*, pag. 33) lembra que estes, além da *jizya*, cobrada *per capita*, deviam pagar outro tributo anual: o *kharadj*, referente à propriedade das terras em que viviam.

convertesse ao Islã. Isto causou conversões em massa por todo o território do califado, uma vez que os encargos financeiros dos muçulmanos eram sensivelmente inferiores aos dos “povos do livro”. Duvidando da lealdade e sinceridade destes novos irmãos de fé, o mesmo califa voltou atrás, afirmando que a conversão acarretaria na substituição da *jizya* pelo *zakah*⁸⁴⁵, mas não na extinção do *kharadj*. Foi uma mudança forte no sistema tributário islâmico, pois o califa estava contrariando os princípios corânicos que regiam a matéria. A razão de ser da distinção tributária entre crentes e não crentes era, segundo a letra do livro sagrado, a humilhação. E numerosos versículos do mesmo livro, por outro lado, proibiam qualquer atentado à dignidade do muçulmano. Além disso, a religião islâmica é, como o Corão deixa bem claro, uma religião missionária – logo, vai completamente contra o espírito do Islã e do Corão manter novos fiéis sob o jugo da *jizya*. No entanto, Omar preferiu fazê-lo, e não foi, ao que parece, contestado.

Outra mudança na aplicação da *jizya* é relatada por An-Na’Im ao estudar a Índia muçulmana. Após alguma hesitação, os conquistadores islâmicos perceberam que o velho, humilhante e genérico rótulo de “ídólatras” aplicado a todo crente politeísta não auxiliava em nada o governo sobre a maioria hindu. Por necessidade, então, os hindus foram assemelhados a “povos do livro”, permitindo-se-lhes continuar a viver nas terras ocupadas por seguidores do profeta, regular os assuntos de suas comunidades por suas próprias leis, e gozar da legitimidade e segurança oferecidos pelo sistema da *jizya*⁸⁴⁶.

O sistema sofre uma mudança radical com o ingresso dos Estados islâmicos na modernidade: desde o século XIX, não se cobra mais nenhuma taxa dos adeptos das religiões “do livro”. É o que testemunha, sem revoltar-se, o xeque Al Qardawi:

*The people of the pledge in Muslim lands used to pay a financial due to the Islamic state called by the Qur'an "jizyah" as a contribution towards the public expenditure of the state that provides them with protection, defense, social security, and disability, old age, and poverty insurance, like Muslims. This is clear in the action of Omar, who made these provisions when he saw some elderly jews begging at doors. The reality in Muslim countries today is that the people of the Book do not pay jizyah and reject the word itself. Is it thus possible that they should pay a substitute tax calculated like zakah but without the label of jizyah.*⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ Raymond Charles (*op.cit.*, pag.33, nota 1) menciona que nenhum dos dois poderia ser substituído. Já Mário Curtis Giordani (*op.cit.*, pag.168), que parece tratar do assunto de modo mais detido, afirma a isenção da *jizya*, mas não do *kharadj*. De qualquer forma, para a argumentação que desenvolvi aqui, este detalhe é de menor relevância – o que deve ser retido é que havia uma isenção de tributo corânico, que posteriormente foi revogada por motivos materiais.

⁸⁴⁶ AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag.145. BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag. 169.

⁸⁴⁷ AL QARDAWI, Yusuf, *Fiqh al Zakah*, vol.I, pag.35. Disponível em http://monzer.kahf.com/books/english/fiqhazakah_vol1.pdf, acesso em 06.05.2011.

Também não se notam, entre as reivindicações de grupos adeptos da aplicação estrita da lei islâmica, uma ênfase particular na reintrodução da *jizya*, contrariamente a aspectos como o vestuário feminino, o asseio masculino e restrições às opções de lazer. Ressalte-se que estes três aspectos mencionados não gozam de indicações corânicas tão claras quanto a tributação dos infiéis. Com efeito, a quantidade de *hadiths* tradicionais sobre os povos conquistados pelos muçulmanos que se conformavam com o pagamento deste tributo é expressiva⁸⁴⁸. Ainda assim, hoje a *jizya* é contada entre as relíquias do passado islâmico, ao ponto que causou verdadeiro furor no Egito a proposta de um clérigo ligado ao movimento radical Irmandade Muçulmana, de reintroduzir a taxa para a minoria de cristãos coptas, que contam 10% da população⁸⁴⁹. Segundo narra Ann Elizabeth Mayer, o repúdio da sociedade egípcia foi tamanho que o autor da declaração retratou-se publicamente⁸⁵⁰.

Notamos, então, que a *Sharia* efetivamente sofreu uma mudança em sua aplicação: hoje, mesmo em Estados que professam guiar-se pela *Sharia*, tanto muçulmanos quanto não muçulmanos estão sujeitos à mesma taxa. É interessante, neste aspecto, a discussão levantada pelo xeque Al Qardawi⁸⁵¹ acerca de um substituto aplicável aos não muçulmanos, porém que não discriminasse entre estes e os muçulmanos em termos de valor devido ou de consideração (Ele relembra vários exemplos da história islâmica nos quais povos se sujeitavam aos pagamentos exigidos pelos muçulmanos, porém solicitando que tais aportes não fossem designados por *jizya*, devido ao sentido pejorativo do termo.)

Sobre os povos “sem livro”, sempre identificados como politeístas “idólatras”, estes permaneciam fora do sistema da *jizya*. No que diz respeito a eles, parece que o Corão não inovou em relação ao que era costumeiro tanto entre alguns grandes impérios quanto nos pequenos grupos tribais: a pertença à comunidade social implica necessariamente na adesão à fé do grupo. Uma crença diferente não poderia ser tolerada. Quando se considera este pano de fundo, as disposições corânicas para com os não monoteístas não parecem de todo cruéis: é verdade que estes estavam em condição amaldiçoada e não tinham parte alguma com Deus. Mas os crentes não podem, somente por este motivo, tratar a estes povos de qualquer maneira;

⁸⁴⁸ 21 *hadiths* unânimes nas coleções presentes na base de dados do Center for Muslim-Jewish Engagement da University of Southern California. Ver em <http://www.usc.edu/cgi-bin/msasearch>, acesso em 14.05.2011.

⁸⁴⁹ Para o número, ver: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/eg.html>, acesso em 06.05.2011.

⁸⁵⁰ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag. 136.

⁸⁵¹ QARDAWI, *op.cit.*, pags. 33-38.

há limites claros. Pactos firmados com idólatras também devem ser respeitados⁸⁵², e podem obter um salvo-conduto para atravessar as terras do Islã, sem fixar-se nelas, até seu destino⁸⁵³. Até mesmo os trechos mais belicistas do Corão, que incitam ao ataque contra os idólatras, podem ser lidos como orientando uma defesa retributiva ou uma resposta a um eventual ataque por parte das tribos cétricas e hostis que rodeavam a primeira comunidade maometana⁸⁵⁴. Outros versículos ainda mais explícitos transmitem fielmente o estado de coisas da comunidade islâmica ao pé de Maomé, constantemente ameaçados pelos seguidores de outras religiões. Assim, quando os muçulmanos conquistarem algum território, os politeístas lá encontrados terão quatro meses para decidir-se entre adotar a nova fé ou mudar-se para outra terra. Caso não o façam, poderão ser mortos indiscriminadamente. Parece, entretanto, que tais versículos sempre foram entendidos no contexto de uma justiça estritamente retributiva: estariam dirigidos aos “descrentes” que haviam hostilizado os muçulmanos. Realmente, a severa sura 9, que tem por título “O Arrependimento”, abre-se com uma admoestação sobre a santidade dos tratados e acordos⁸⁵⁵, e mescla constantemente versículos beligerantes com outros que deploram o mal que os amigos de Maomé sofreram nas mãos dos idólatras.

Assim, embora o modo tradicional de interpretar o Corão não seja este⁸⁵⁶, é possível advogar por uma leitura global deste capítulo do livro, e dos demais versículos referentes ao tratamento dos povos “sem livro”, para dirigir os ataques que Maomé parece exigir de seus seguidores àqueles que efetivamente combateram sua religião. Tal interpretação estaria, de resto, de acordo com a prática muçulmana desde os primeiros califas. Ressalte-se a afirmação

⁸⁵² “4. Respeitai vossos compromissos para com eles [os idólatras que não tiverem atacado os muçulmanos] até o fim do prazo.” (9:4)

⁸⁵³ “6. Se um idólatra procurar tua proteção, protege-o até que ouça a palavra de Deus. Então, leva-o a seu lugar de segurança.” (9:6)

⁸⁵⁴ “55. As piores criaturas, aos olhos de Deus, são os que descreem e recusam sair da descrença. [...] 57. Se, pois, os capturares **na guerra**, separa-os de seus seguidores. Quiçá seus seguidores compreendam a advertência.” [Sobre a expressão “separa-os”, note-se que a tradução de Helmi Nasr usa o termo “trucida-os”; a versão inglesa de M.H.Shakir, de 1983, optou por “scatter”, que significa “espalhar, dispersar”. Ver <http://quod.lib.umich.edu/k/koran/browse.html>, acesso em 10.05.2011.] “61. Se eles se inclinarem para a paz, **inclina-te para ela também** e confia em Deus.” (8:55-61; grifos acrescentados) E também: “E combatei-os até que não haja mais idolatria e que a religião pertença exclusivamente a Deus. **Se desistirem, Deus observa o que fazem.**” (8:39; grifo acrescentado)

⁸⁵⁵ MAWDUDI, Abu’l A’la, *The meaning of the Qur’an*. Disponível em: <http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/texts/muslim/maududi/>, acesso em 13.07.2011.

⁸⁵⁶ É o que reconhece An-Na’Im, com a ressalva de sua opinião pessoal em contrário: “*despite theoretical differences among Muslim scholars and variation between theory and practice, it is beyond dispute that non-Muslims are not equal to Muslims under the traditional interpretations of Shari’a.*” AN’NA-IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag. 109. Também BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pags. 166-167.

neste sentido de Ann Elizabeth Mayer, de forma alguma caracterizada por excesso de brandura em relação ao Islã:

Despite incidents of mistreatment of non-Muslims, it is fair to say that the Muslim world, when judged by the Standards of the day and the European record, generally showed far greater tolerance and humanity in its treatment of religious minorities. [...]

With the rise of secular nationalism in the Muslim world in the nineteenth century, it seemed that the significance of distinctions between Muslim and non-Muslim was destined to diminish. Although the shari'a prohibition affecting intermarriage persisted and most Muslim countries retained the legal requirement that the chief of state be Muslim, in many respects non-Muslims gained the status of citizenship on a par with Muslims.^{857 858}

Também Mario Curtis Giordani é claro a respeito:

A rigor só deveriam ser considerados 'protegidos' [...] os povos da Escritura [...] isto é, os judeus, os cristãos e os sabeus. Esse *status* de tolerância foi estendido, mais tarde, aos zoroastrianos. As demais populações classificadas como materialistas ou idólatras deveriam ser exterminadas ou reduzidas à escravidão. Como essa tarefa evidentemente revelava-se impraticável, os árabes foram incluindo outros povos de diferentes religiões, além das já citadas, na categoria de 'protegidos'. Assim é que os próprios budistas passaram a ser considerados como tais.⁸⁵⁹

Notamos, então, que também neste aspecto ocorreu uma mudança em relação à literalidade original da *Sharia*. Talvez seja até exagerado falar em mudança, uma vez que o comando de extermínio dos idólatras possivelmente nunca foi posto em prática na totalidade.

Outro aspecto em que tal mudança pode ser notada é no emprego de não muçulmanos na administração pública: se os juristas afirmam que um crente nunca poderá, num Estado islâmico, estar submetido a um não crente (é o motivo principal porque uma mulher muçulmana não pode casar-se com um não muçulmano, enquanto que os homens podem fazê-lo), o fato é que os governantes islâmicos não receram, desde as primeiras conquistas, rodear-se da mesma elite político-administrativa que assessorava os sassânidas e os bizantinos⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pag.136.

⁸⁵⁸ No mesmo sentido, CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pag.21.

⁸⁵⁹ GIORDANI, *op.cit.*, pag.169.

⁸⁶⁰ *Idem, ibidem* e CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pag.31.

5.2.3 Justificação de governos autoritários

No capítulo precedente, ao estudo da situação do não muçulmano seguiu-se a análise da organização política almejada pela *Sharia*. No entanto, concluímos então que a lei islâmica efetivamente não promove qualquer sistema de governo específico, limitando-se a evocar alguns princípios gerais. Nestas páginas, agora, buscaremos compreender como a visão islâmica do bom governante pode fornecer algumas indicações sobre a forma de resolver a antinomia entre a *Sharia* e os direitos humanos.

O primeiro ponto que deve estar claro acerca da política no Corão é que o esquema muçulmano de governo depende das virtudes do líder. Todos os princípios previstos no livro efetivamente conduzirão a uma sociedade ajustada caso o líder os siga de boa fé. Isto é evidente e pode ter sido diretamente desejado por Maomé, pois o Estado islâmico que começava a surgir sob sua orientação se marcava pela união entre política e religião. Entretanto, como já estudado, esta união não logrou manter-se em nenhum momento após a morte de Maomé: seus sucessores tiveram sua legitimidade reconhecida para atuação político-militar, não para a religiosa. Ainda assim, lendo os preceitos da *Sharia* que poderiam orientar os movimentos do líder, nota-se que o centro das preocupações está no interior virtuoso deste.

É o que se depreende das descrições de Raymond Charles⁸⁶¹, que nota a desorganização do direito público muçulmano, decorrente, segundo ele, da transposição, motivada pela rapidíssima expansão territorial que caracterizou o Islã até o século X, da estrutura social dos árabes primitivos ao grande império do califado. Os esquemas sociopolíticos permaneceram os da família patriarcal e da organização tribal – incompatíveis com qualquer conceito de autoridade estatal.

O califado não deixava de ser um “grande clã”, no qual o califa era o chefe da tribo, os juristas se confundiam com os sacerdotes e os funcionários públicos, escolhidos livremente pelo líder por critérios subjetivos como sua piedade, desfrutavam de respeito e prestígio comparável ao dos melhores caçadores entre os povos pré-históricos.

Ora, o Corão e a *Sunna* nada dispunham sobre a organização de um grande império. O que mais se aproximava disto eram recomendações de Maomé aos emissários, guerreiros e

⁸⁶¹ CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pags. 29-31.

juízes que enviava às tribos árabes. Não é necessário insistir no caráter genérico e incompleto destas recomendações: oriundas do próprio mensageiro que então se encontrava sobre a terra, deixam claro que os casos de dúvida deverão ser remetidos a ele e resolvidos, talvez até com a ajuda de uma nova revelação⁸⁶². Mas tal modelo só poderá ser aplicado na presença do profeta, sendo dependente da presença de uma figura carismática de liderança política e espiritual – ora, tal presença, após a partida de Maomé, está excluída pela crença muçulmana.

O jurista xafiita Al-Mawardi lista os seguintes dez deveres do califa:

- 1) Manter o Islã de acordo com a tradição;
- 2) Fazer reinar a justiça;
- 3) Proteger as fronteiras;
- 4) Aplicar as penas que a lei prescreve contra os transgressores;
- 5) Impedir as incursões inimigas colocando tropas nas fronteiras;
- 6) Combater os infiéis que rejeitam as exortações do Islamismo até que se convertam ou se tornem tributários;
- 7) Cobrar taxas segundo as prescrições corânicas;
- 8) Regulamentar as despesas públicas;
- 9) Designar pessoas honestas e competentes para os cargos públicos;
- 10) Manter a administração e todos os negócios de Estado sob sua estreita vigilância pessoal.⁸⁶³

Estes deveres comprovam o que foi dito acima sobre a dependência da virtude do governante: o califa bom e prudente conseguirá, seguindo os conselhos de al-Mawardi, administrar bem o império. Mas não há traço de regra que possa conter um eventual califa mau e impulsivo. A única lei que servirá de limite para este será a *Sharia* que, já vimos, não é capaz de controlar todas as ações deste líder.

O que de mais concreto havia na organização do Estado islâmico foi tomado das culturas vizinhas: já foi narrado acima como os árabes adotaram entusiasticamente as formas de organização militar persa, de sistema judicial bizantino e de divisão política do território de ambos os impérios.

⁸⁶² Não são poucos os versículos do Corão que foram ditados como respostas a problemas específicos atravessados pela comunidade muçulmana ou a alguma dúvida que o povo levantava. O livro de Abu'l A'la Mawdudi sobre a interpretação do Corão traz uma introdução histórica a cada Sura, indicando as condições de sua elaboração. Por exemplo, a sura 33, da qual foram citados, neste trabalho, alguns trechos atinentes à relação entre os sexos no mundo islâmico, foi revelada quando os inimigos de Maomé propagavam diversos boatos escandalosos sobre sua família. MAWDUDI, Abu'l A'la, *The meaning of the Qur'an*. Disponível em: <http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/texts/muslim/maududi/>, acesso em 13.07.2011.

⁸⁶³ *Apud* GIORDANI, Mario Curtis, *op.cit.*, pags. 156-157.

Princípios fixos de administração pública e obrigações claras entre governante e súditos estão completamente ausentes da *Sharia* – e, portanto, somente serão introduzidos no califado de modo indireto, através da prática constante e do trabalho dos juristas.

O Estado islâmico sequer dispõe de meios para financiar-se⁸⁶⁴: o grande imposto da *zakah* é pago pelos crentes ao Estado, mas deve ser revertido de forma integral para os pobres, os escravos e os insolventes. A ênfase na obrigatoriedade deste pagamento desencorajava a cobrança de tributos propriamente “civis”, pois a velha estrutura tribal não via com bons olhos a limitação das propriedades clânicas em prol de algum poder central. O tesouro do califado será abastecido, na verdade, pelas contribuições dos infiéis através da *jizya* e do *kharadj*.

Na verdade, consoante Patrick Glenn, o esquema político original do Islã parece não ter previsto um papel importante para os governos das matérias civis:

*There is a remarkable lack of institutional support. In this, islamic law remains closest to its immediate predecessor, Arabic chthonic law. It is true that the qadi occupies a formal, institutional position, but beyond this islamic law is simply sustained by the islamic community. There is no islamic legislator (though there are now state legislators in islamic jurisdictions), no appeal or supreme courts (they too come with the state), nothing equivalent to a Grand Sanhedrin, and no institutionalized, hierarchical church. (...) Those learned in islamic law are not authorized or licensed in any way; they simply become learned and become known as such. So legal authority is in a very real sense vested in the private, or religious, community and not in any political ruler.*⁸⁶⁵

Esta falta de disposições precisas sobre direito público não impediu os califas de organizar, por conta própria e em diálogo e tensão com os juristas-clérigos, uma estrutura relativamente coerente de regras a orientar a constituição do império islâmico. Esta pode ser avaliada, do ponto de vista da *Sharia*, de acordo com três critérios: instituições inovadoras, sobre as quais a lei islâmica não se manifestava e que detinham, portanto, um caráter predominantemente laico; instituições contrárias à *Sharia* e instituições que visavam submeter o controle e aplicação da *Sharia* à autoridade estatal.

Um exemplo do primeiro tipo seria a burocracia estatal que os árabes necessitaram assim que começaram a administrar os butins de suas conquistas. O Corão silencia sobre funcionários públicos, e a prática de Maomé quanto à delegação de funções da administração pública resumia-se a apontar emissários, que se ligavam à sua autoridade pessoal exclusiva, e somente durante o tempo de sua respectiva missão.

⁸⁶⁴ CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pag.33.

⁸⁶⁵ GLENN, H. Patrick, *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*. 3ªedição. Oxford: Oxford University Press, 2007, pag.180.

A formação de ministérios, secretariados, conselheiros institucionais e o surgimento da classe dos escribas, encarregados de redigir as correspondências e decisões governamentais, são adendos à *Sharia*, e possuem natureza accidental, sendo criados de acordo com as necessidades concretas do tempo específico.

Mas também havia instituições que contrariavam a *Sharia*: por exemplo, esta prevê claramente as condições para que os não muçulmanos pudessem continuar a viver no império: o principal requisito consistia em que fossem levados a sentir-se “humilhados”. Ora, os primeiros califas, notando a extensão de seus domínios e a inevitável ignorância de seus ótimos guerreiros nas artes do governo de um ente mais complexo que a tribo, não puderam evitar que a “humilhação” dos funcionários governamentais sassânidas e bizantinos se convertesse na manutenção de seus postos de trabalho. Os árabes necessitaram admitir, como funcionários públicos, estrangeiros “infieis”, ainda que isso violasse a prescrição da *Sharia*. O mesmo ocorreu no exército, quando o fervor religioso das velhas tribos árabes começou a diluir-se em meio à crescente distância das fronteiras e dos cenários de guerra, das comodidades materiais que as conquistas traziam, e do *status* de “raça dominante” que os árabes assumiam frente aos povos conquistados. Por tudo isso, foi necessário recrutar e pagar, primeiramente por guerreiros muçulmanos não árabes, depois por não muçulmanos de nações aliadas, e enfim por meros mercenários e mercadores de escravos⁸⁶⁶.

Todas estas admissões violavam a *Sharia*, que permitia, quando muito, a aliança temporária com povos não islâmicos – porém nem a leitura mais cosmopolita do texto maometano permitirá concluir que combatentes não islâmicos seriam bem vindos debaixo do estandarte do Islã. A assunção de soldados de outras religiões no exército regular dos califas era manifestamente contrária aos princípios tanto do Corão quanto da *Sunna*⁸⁶⁷.

Por fim, é necessário reconhecer a existência de instituições estatais criadas com o propósito definido de controlar o conteúdo e aplicação da lei islâmica. O principal elemento aqui é a figura do *cadi*, ou juiz. Este funcionário, livremente nomeado pelo soberano ou pelo governador, exercia poderes consideravelmente amplos: se sua atuação primária se relacionava com as soluções judiciárias, ele também acumulará o cargo de notário (ou de chefe dos escribas, quando estes passam a consistir numa carreira independente), de curador

⁸⁶⁶ GIORDANI, Mário Curtis, *op.cit.*, pag.164.

⁸⁶⁷ Conforme Abdullahi Ahmed An-Na’Im, (*op.cit.*, pag.65), os *ulama* ou mestres da lei (juristas-clérigos) conformaram-se com tal “aberração” em troca da proteção, pelo Estado e por seus guerreiros profissionais, das instituições religiosas. No que fica claramente exposto, mais uma vez, a dualidade entre poder religioso e temporal.

dos incapazes por excelência, de controlador geral do culto (ainda que não seja ele o responsável pela mesquita nem por dirigir as orações) e de funcionário com exercício do poder de polícia⁸⁶⁸.

Com todas estas funções, o *cadi* não deixava de ser um mero subordinado do califa (ou, nas províncias, do governador, ele mesmo abaixo do califa, ainda que nominalmente), a exercer seus poderes por delegação⁸⁶⁹.

Em todas estas funções, o *cadi* possuía um poder discricionário muito forte⁸⁷⁰. Um papel interessante do *cadi* diz respeito ao seu papel de regulador do culto: ele exerce aqui uma espécie de controle externo sobre as cerimônias muçulmanas, que poderiam facilmente desembocar em histeria coletiva e em ataques a minorias religiosas ou a outras denominações muçulmanas. O *cadi*, portanto, poderia inclusive proibir alguma cerimônia, ou castigar os fiéis que participassem destas de maneira imoderada. Não deixava de ser – o que era muito conveniente do ponto de vista estatal – uma interferência da autoridade pública nos assuntos religiosos, facilitada pela visão geral do califa e de seus subordinados como protetores dos crentes. O caráter primariamente político de tal função fica claro quando se nota que “o califado fatímida do Cairo cria também nessa cidade o cargo de *cadi*-chefe, fato esse que pode ser interpretado como sinal da independência política do soberano egípcio em face do califa-abássida.”⁸⁷¹

Transparece aqui a realidade do uso do cargo do *cadi* para impor propostas políticas. Também An-Na’Im aponta a tentativa de intervenção dos califas, através destes magistrados a eles subordinados, na vida de fé dos súditos, especialmente no episódio conhecido como “inquisição”, a que já aludimos acima.

O uso de funcionários públicos para adquirir controle sobre a lei islâmica foi uma estratégia utilizada por praticamente todos os governantes islâmicos. Não que tivessem escolha: a seu cargo estavam grandes porções territoriais, repletas de súditos de costumes e até crenças contrastantes. Os governantes deveriam manter a paz em seus domínios, e conservá-los ao mesmo tempo fortes e fiéis para uma eventual guerra. Por fim, para manter

⁸⁶⁸ WOLKMER, Antonio Carlos, *Fundamentos do direito na cultura islâmica*. In: DAL RI Jr., Arno e ORO, Ari Pedro, *Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios*. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁸⁶⁹ GIORDANI, Mário Curtis, *op.cit.*, pag. 288; CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pags. 101-104; GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pag.123.

⁸⁷⁰ GLENN, H.Patrick, *op.cit.*, pags. 177-179.

⁸⁷¹ GIORDANI, Mário Curtis, *op.cit.*, pag. 288.

sua paz de consciência e sua legitimidade social, necessitavam ser vistos por todos como os efetivos guardiões do Islã. Tudo isso, numa organização que ainda lembrava as tribos nômades, regida por laços de fidelidade e obediência pessoal, e com legislação humana escrita – essa potencial concorrente do Corão – praticamente nula. Tudo deveria ser julgado com base na interpretação da *Sharia* pelo juiz.

Deste modo, é evidente que o bom governante maometano acabará por interferir nas questões religiosas – pois tais assuntos, na comunidade muçulmana, não são somente religiosos. Nota-se que o Islã, com sua ênfase rígida na unidade, inclina o governante para a religião. Mas a autoridade política não é, pela própria função que exerce, a mais adequada para tratar de assuntos espirituais e, quando tenta fazê-lo, o resultado, ao que vimos, é sua perda de legitimidade, ou o estabelecimento da religião ao serviço de interesses imediatistas do Estado, descaracterizando-a. E, pior, o governante que altera alguma prescrição religiosa por estar genuinamente preocupado com seu povo (como o califa Omar quando incluiu judeus e cristãos entre os destinatários da ajuda social que o Estado dava aos súditos) acaba abrindo caminho para alterações decorrentes de motivos menos nobres⁸⁷².

O Estado islâmico, portanto, erige-se sobre um sistema que depende essencialmente da virtude do bom governante, uma vez que este só detém a posição de poder em nome de Deus. Se for um verdadeiro líder, e estiver sempre em busca do bem comum de seu povo, as leis da *Sharia* o ajudarão nesta tarefa. Mas, caso se trate de um déspota egoísta, as leis da *Sharia* também o ajudarão – ou não serão eficazes para impedir – a tyrannizar os indivíduos que lhe estiverem sujeitos.

Tal sistema sempre necessitou da complementação humana para funcionar, como visto acima. Inclusive, contrariando em alguns aspectos a própria lei divina. Pode-se então questionar se hoje, diante da realidade dos Estados contemporâneos que marca todo o território do Islã, a ênfase na simples retidão de vida da autoridade principal não acaba por afastar os dirigentes das reais necessidades de seus povos. Posto que, no Estado moderno, a autoridade pública tem um papel muito mais relevante do que na organização tribal ou no império das múltiplas comunidades, as duas realidades que caracterizaram o desenvolvimento histórico do islamismo.

⁸⁷² Durante o século XX, a autoridade do *cadi* diminuiu muito, sendo inclusive substituído em diversos países muçulmanos por juízes laicos, encarregados de aplicar tanto as leis promulgadas pelos governantes quanto a própria lei religiosa, numa clara invasão da esfera religiosa pelo poder civil. Recorde-se que, anteriormente, o *cadi*, embora sofrendo as influências já narradas acima, possuía jurisdição incontestada sobre temas religiosos, sem precisar prestar contas ao governo. GILISSEN, John, *op.cit.*, pag. 123.

5.2.4 Fixação de penas cruéis, desumanas e degradantes

O último ponto de rusga entre a *Sharia* e os direitos humanos que se havia apontado consistia nas penas e castigos impostos pelo Corão. A partir do que se estudou no capítulo precedente, podemos afirmar que as punições previstas (açoitamento, exílio, amputação, crucificação, apedrejamento e morte) não destoavam da prática comum à época e ao lugar da elaboração do livro. Na realidade das sociedades nômades e das pequenas cidades de negociantes como Meca e Medina, os crimes possuíam um efeito desagregador incomparavelmente maior que os delitos hoje em dia. Além disso, os meios de investigar um crime e encontrar o criminoso eram extremamente falhos, e não havia autoridade pública encarregada de julgar ou punir eventuais perpetradores. Portanto, a ameaça da pena corporal não parece muito afastada da proporcionalidade recomendada por Aristóteles e São Tomás de Aquino⁸⁷³.

Neste contexto, o advento do Islã mais uma vez causa uma mudança no sentido positivo. Pois a pena, que anteriormente era deixada ao livre arbítrio da vítima ou de sua família, agora passa a estar limitada pela gravidade do dano causado (Talião), conforme uma prescrição expressa do Corão⁸⁷⁴, e por prescrições morais e genéricas recomendando a moderação e a paciência. Também se personaliza a pena, impedindo a vingança sobre a família ou tribo do ofensor – esta recairá somente sobre o agressor ou sua propriedade.

As penas dos crimes *hudud*, expressamente previstos na *Sharia*, foram impostas de acordo com a gravidade dos crimes. Para isto, é evidente que foram consideradas as circunstâncias concretas da época. Por exemplo, o crime de assalto em estradas revestia-se de caráter tão reprovável que era o único delito para o qual se utilizava a pena de crucifixão – enquanto um homicida poderia até mesmo ser perdoado, caso a família da vítima aceitasse suas desculpas. Por que motivo o bandoleiro era mais punido do que o assassino? A resposta, parece, está nas condições de vida da comunidade árabe ao redor de Meca e Medina: “assalto

⁸⁷³ Ver cap.4, pags. 135-138, *supra*.

⁸⁷⁴ “126. Se tiverdes de vos vingar, vingai-vos na medida em que fostes agredidos. E se tolerardes com paciência, melhor será para vós.” (16:126)

nas estradas” significava basicamente o saque às caravanas. Ora, para aquelas sociedades, as caravanas constituíam o único meio de contato com o mundo exterior: sem as caravanas, não haveria como deslocar-se de uma cidade para outra, devido às condições do deserto árabe. O comércio entre as cidades, tribos beduínas e povos além-mar dependia em sua totalidade das caravanas que faziam as mercadorias chegar à praia, e retornavam com novos produtos. Em geral, o único meio de manter contato com a tribo ou entre as tribos era acompanhando alguma caravana que viajava na mesma direção. O saque de uma caravana causava, não raro, a ruína de diversos comerciantes e o desabastecimento em alguma cidade ou aldeia. E, pior, a caravana passava por locais desabitados e inóspitos, onde não havia como estar protegida. Era um autêntico convite aos mal intencionados. Portanto, cada relato de caravana vitimada contribuía para o surgimento de novos bandidos, e para o aumento do temor na população em valer-se delas. Isto acabaria – caso a punição não fosse proporcional a todo este quadro apocalíptico que se descreveu – por isolar as comunidades umas das outras e impedir a continuação do modo de vida dos árabes. Considerados todos estes aspectos, nota-se como o saque de caravanas causava um mal não só aos diretamente atingidos como a toda a sociedade.

Já o homicídio, por seu turno, não era visto com a seriedade que o acompanha hoje, principalmente devido às condições de vida da época. Os indivíduos eram considerados autossuficientes em suas tribos ou suas famílias. Quem tivesse sua vida ameaçada deveria fazer valer sua condição de homem e defender-se por seus próprios meios. No ambiente rude do deserto árabe, considerava-se que o homicida violara o direito da vítima e do respectivo clã – mas, contrariamente ao saqueador de caravanas, não pusera o modo de vida de toda a sociedade em risco. A vida humana ainda valia principalmente pela importância que o grupo (tribo ou clã) lhe dava, e não tanto pela dignidade intrínseca do homem em si.

Por isto, entende-se a necessidade, que parece difícil rotular como desproporcional no contexto da época, de uma pena drástica, que equivalesse ao prejuízo material e social causado, gravasse em todos a injustiça do delito do assalto em estradas, reafirmasse de modo inequívoco a imunidade da caravana e desencorajasse qualquer ato contra este único meio de comunicação.

Isto é: a previsão do assalto em estradas e sua pena refletem, no Corão, condições específicas da vida na época e segundo os costumes de Maomé. Dificilmente pode ser aceito

um argumento no sentido da universalidade desta pena para este delito, eis que a importância de tal crime hoje claramente não é a mesma – inclusive, seria inferior ao homicídio⁸⁷⁵.

Da mesma forma, o crime de apresentar uma falsa acusação de adultério contra mulher casta tinha sua razão de ser à época: num ambiente que desvalorizava e oprimia o sexo feminino, essa previsão deve inclusive ser louvada como carregada de bom senso. Pois complementa de forma segura os outros dispositivos que promovem a castidade (sempre lembrando os níveis diversos de exigência para homens e mulheres que tal virtude comporta no Islã). Caso não houvesse previsão deste tipo de *hudud*, qualquer marido malicioso ou outro homem invejoso poderia livrar-se de uma mulher simplesmente testemunhando falsamente sobre seu comportamento.

A pena de oitenta açoites desencorajava, em primeiro lugar, o abuso contra as mulheres, que o Islã mantinha em situação submissa – logo, mais vulnerável.

E, em segundo lugar, protegia-se a veracidade no convívio entre os membros da sociedade – hoje, em nossas sociedades de massa, não é necessário que a mentira seja punida pelo Estado. Entretanto, entre os povos tribais, organizados ao redor de tribos e demais ramificações, e frequentemente convivendo segundo o modelo da família estendida, a mentira possuía um potencial desagregador incalculável – portanto, o Corão parece não se afastar muito das condições de vida da época ao rotular o falso acusador das mulheres de “perverso”, e recomendar que nenhum de seus testemunhos seja doravante aceito.

Já as disposições em relação ao apóstata⁸⁷⁶ tinham sua razão de ser no contexto da primitiva sociedade islâmica, na qual a religião pessoal conduzia invariavelmente a uma postura política, favorável ou não ao governo de cada sociedade. Com efeito, a oposição religiosa encontrada por Maomé ao início de sua pregação em Meca não demorou para tornar-se política, forçando seu exílio em Medina em 622. Os Estados islâmicos que se sucederam foram sempre baseados (de fato ou só por palavras) na religião muçulmana. As primeiras destas organizações eram extremamente frágeis e voláteis, e não poderiam permitir-se abrigar cidadãos que possivelmente traiçoiariam a comunidade quando tivessem oportunidade. Era desta forma que se via a proibição da apostasia – uma pessoa que abandonasse o Islã depois

⁸⁷⁵ Relembre-se, contudo, que a pena de crucificação era reservada aos criminosos que, após o roubo, cometiam homicídio. Ainda assim afigura-se desproporcional ao tratamento mais moderado reservado ao assassino.

⁸⁷⁶ Ver cap.5, pags. 231-233, *supra*.

de tê-lo aceito era uma pessoa que provavelmente passaria ao campo inimigo, das tribos ou dos povos que não aceitavam a nova doutrina.

Hoje, no entanto, a pena de morte para a apostasia não só vai contra uma das características básicas do homem, que é a liberdade de pensamento, mas também é absolutamente contraproducente num grande Estado moderno. É impossível, na época em que vivemos, tentar recriar as condições dos antigos impérios islâmicos. Os países de hoje possuem uma população muito mais numerosa que a dos grandes Estados da Idade Média, a população se encontra sensivelmente menos atrelada ao seu governo, as ideias circulam com facilidade cada vez maior, a vida humana é sempre mais incerta e cheia de possibilidades, o que exige uma liberdade de pensamento e orientação bastante apurada, os países estão abertos – quer queiram quer não – às influências externas e precisam dialogar com outros povos e culturas, etc. Tudo isso, o conjunto de características do Estado contemporâneo, rechaça a ideia da pena de morte para a apostasia.

Manter qualquer punição ao apóstata significa promover um comportamento estatal que é incompatível com a forma moderna de Estado. Com efeito, o governo de um país islâmico – dotado de recursos incomparavelmente mais complexos e poderosos que o do mais forte Estado islâmico medieval – não tardará a se apropriar da determinação sobre o que constitui apostasia, utilizando tal rótulo a seu bel-prazer, de preferência contra seus opositores⁸⁷⁷.

O tema da apostasia e de sua eventual punibilidade pode ser percebido, assim, como um exemplo de aplicação rígida e literal da *Sunna*, com apoio ambíguo no Corão, de modo contrário à configuração moderna de Estado como adotada em todos os países muçulmanos⁸⁷⁸.

Outro crime para o qual a *Sharia* prevê uma punição forte é o estupro, punido com o apedrejamento do ofensor:

A pena para os não muçulmanos parece degradante e desumana, mas para os muçulmanos ela expressa a repulsa da sociedade em face do crime. Justifica-se a penalidade sustentando-se que o ato do esturador coloca-o, por sua bestialidade, fora da convivência humana e retira-lhe a sua dignidade. O argumento moral dos muçulmanos sustenta que essa condenação mobiliza as energias sociais e reafirma a autoridade dos valores violados pelo esturador.

⁸⁷⁷ É o que denuncia Ann Elizabeth Mayer (pag.156), afirmando que o rótulo de “apóstata” pode ser livremente aplicado pelos governos a qualquer opositor, seja muçulmano ou não.

⁸⁷⁸ A discussão sobre necessidade de compatibilização entre o conteúdo da *Sharia* e o Estado moderno será o tema do capítulo 6, a seguir.

A resposta que Vicente Barretto fornece a tal argumentação merece ser retida, por consistir um bom exemplo de ligação entre o fundo cultural próprio de uma sociedade e as exigências objetivas da realidade:

O argumento muçulmano, aparentemente coerente, tem, entretanto, alguns aspectos que demonstram uma interpretação errônea do ato e da natureza da responsabilidade do seu autor. A dignidade baseia-se na humanidade do criminoso, que não é negada por um ato isolado. Isto porque a dignidade é constituída não de uma capacidade, mas de diversas capacidades que são conservadas e, por essa razão, o criminoso pode ser reformado, reintegrado na vida social ou mesmo isolado para que cumpra a sua pena em condições, sem negar as suas capacidades que não foram afetadas pelo ato criminoso. Apedrejar um ser humano até a morte representa, portanto, desrespeitar a dignidade humana de todos os homens, culpados ou não, além do que não existe comprovação empírica⁸⁷⁹ sobre a diminuição dos crimes de estupro nessas culturas em virtude da pena.

É possível que as comunidades muçulmanas não contassem, em suas origens, com possibilidades reais de segregar o criminoso para apostar em sua reabilitação. Imagine-se a carga que possa representar, para uma pequena tribo, manter um prisioneiro permanente, com necessidades alimentares, de guarda, etc. Da mesma forma, é compreensível que o contexto clânico e tribal não consiga suportar uma violação a mulher cometida em seu seio, e que o dano cometido não possa ser recomposto enquanto o violador permanecer na comunidade, que é pequena e restrita. Ainda, entende-se que tal crime causa um dano incomparavelmente maior a uma pequena sociedade semifamiliar do que à grande sociedade de massas despersonalizadas, onde o escândalo e o mau exemplo se diluem em meio ao desconhecimento do crime e à reprovação geral. Por fim, pode-se argumentar com certo grau de razão que existem sociedades (e o contexto da elaboração do Corão mostra ter sido a sociedade árabe uma delas) nas quais a violência é, por vários motivos (em geral ligados à sobrevivência), mais aceitável e a influência desta sobre a coesão social e o caráter dos indivíduos, menor. Tal pode ter sido o caso (sempre na dependência de comprovações históricas) em algumas sociedades tribais de pequeno porte. Portanto, a aplicação de uma pena de tamanha crueldade por todos os homens da tribo nem sempre representa algo tão desproporcional como hoje se critica.

No entanto, todos os fatores enumerados no parágrafo anterior, que talvez justificassem a lapidação do estupro, não mais se encontram presentes no seio dos Estados islâmicos. Nem sequer os países que ainda possuem organizações tribais podem alegar que vivem sob as condições dos árabes e demais nômades do século VII. Eis que suas “tribos” e seus “nômades” vivem, com plena consciência disto, no interior de Estados, relacionando-se

⁸⁷⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo: *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?* In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 302.

com as autoridades estatais, e inclusive portando-lhes suas demandas e dependendo das mesmas para alguns suprimentos básicos. Portanto, não parece haver mais justificativa para uma punição tão drástica para qualquer crime⁸⁸⁰.

Desta forma, podemos ver como os crimes previstos de modo especial no Corão constituíam uma resposta da nova religião a problemas efetivos que ameaçavam a vida dos árabes à época da elaboração do livro sagrado. Evidentemente, esses problemas não permaneceram os mesmos na sociedade contemporânea: num Estado superpopuloso, como o são quase todos os países modernos, a mentira já não causa, por si, uma ruptura social. O roubo em estradas não causa danos particularmente sensíveis à economia das cidades. E a mudança de religião não acarreta, de forma alguma, uma atitude de confronto ao Estado, como ocorria quando Maomé lutava para ensinar a seus discípulos o caminho de Deus. Havendo mudado as circunstâncias de forma tão drástica, não é necessário seguir ao pé da letra as disposições penais específicas do Corão. O modo como elas serão harmonizadas com as exigências do século XXI, no entanto, é uma discussão que deve ser travada no interior das sociedades muçulmanas. O que se intentou neste capítulo foi apresentar as possibilidades e exigências de mudança que estão latentes na *Sharia*, mas não fornecer receitas mágicas que encerrarão subitamente os litígios entre visões do Islã e ideias de direitos humanos universais.

No campo do direito penal islâmico, Nisrine Abiad fornece numerosos exemplos que só ratificam como a interpretação é parte absolutamente necessária na aplicação da *Sharia*: a pena para o crime de beber vinho foi definida num *hadith* atinente à vida do profeta Maomé, que puniu um homem que havia perpetrado tal conduta com 40 chibatadas. Mais tarde porém, o terceiro califa Omar prescreveu o número de 80 açoites⁸⁸¹, em uma analogia com o crime de falsa acusação de adultério, pois quem toma álcool pode embriagar-se, e, conseqüentemente, tenderá a dizer mentiras com muita facilidade⁸⁸². Hoje, a escola xafiita pune tal ato com 40 golpes, enquanto as outras escolas seguem a tradição de Omar, aplicando 80 chibatadas. Já

⁸⁸⁰ Não se pode olvidar, também, do caráter extremamente raro que tal crime assumia nas sociedades tradicionais, que não pode ser comparado ao número impressionante de delitos sexuais contabilizados pelas sociedades modernas – inclusive as islâmicas que se organizaram na forma de Estados.

⁸⁸¹ ABIAD, Nisrine: *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: a Comparative Study*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008, pag.25.

⁸⁸² MALIK IBN ANAS, Al-Muwatta, 42:2, disponível em <http://ahadith.co.uk/searchresults.php?q=wine+lashes>, acesso em 09.05.2011.

vimos⁸⁸³ como alguns clérigos xiitas recomendam uma escala nas punições relativas aos reincidentes, alcançando inclusive a pena de morte.

O tratamento das relações homossexuais também varia entre as escolas, com a interpretação de alguns juristas defendendo sua equiparação, para efeitos de punição, às relações heterossexuais ilícitas, enquanto outros permitem ao juiz uma discricionariedade na escolha do modo de eliminar o agente. Além disso, o crime de *zina*, relação sexual extramarital, também necessita certa dose de interpretação – ainda que os juristas se arrisquem a ingressar em terreno indecoroso – de forma a definir que tipo de ato, dentre os vários tipos de condutas sexuais, constitui exatamente o tipo penal integrante do Corão⁸⁸⁴.

O aparentemente simples crime de furto, para o qual a pena é a amputação da mão, também exige uma instância interpretativa. De início, o texto do Corão permite interpretações exigindo o corte de uma ou das duas mãos. A tradução para o português de Mansour Chalita dispõe: “38. Ao ladrão e à ladra, cortai as duas mãos em pagamento pelo que tiverem lucrado.” (5:38)

Já o texto fornecido por Helmi Nasr apresenta: “38. E ao ladrão e à ladra, cortai-lhes, a ambos, a mão, como castigo do que cometeram.” Neste, há ainda uma nota explicativa afirmando que, “conforme as leis islâmicas, quando o ladrão rouba, pela primeira vez [...], corta-se-lhe a mão direita; se reincide, corta-se-lhe o pé esquerdo; e, sucessivamente, se continuar a reincidir, a mão esquerda e o pé direito.”

O Corão em inglês traduzido por M.H.Shakir⁸⁸⁵, por sua vez, escreve: “38. *And (as for) the man who steals and the woman who steals, cut off their hands as a punishment for what they have earned.*”

Uma tradução francesa de 1883⁸⁸⁶, ainda, possui o seguinte teor: “42. *Coupez les mains des voleurs, hommes ou femmes, em punition de leur crime.*”⁸⁸⁷ A nota de rodapé também faz referência à amputação da mão direita, seguida, em caso de reincidência, pela perda de outros membros do corpo.

⁸⁸³ Cap.5, pag. 247, *supra*.

⁸⁸⁴ ABIAD, Nisrine, *op.cit.*, pag.24.

⁸⁸⁵ Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/k/koran/>, acesso em 20.05.2011.

⁸⁸⁶ “*Le Koran*”, tradução de M.Savary, Paris, 1883.

⁸⁸⁷ Note-se que a numeração dos versículos nesta versão difere ligeiramente das demais

Os juristas fixaram, ao longo do tempo, requisitos mínimos para que um ato seja considerado furto punível de acordo com o *hudud*. Estes são: o objeto deve ser tirado de modo subreptício; deve tratar-se de bem móvel; o agente não pode estar parcialmente na posse do bem nem este lhe ter sido emprestado; a coisa roubada deve estar em local fechado ou vigiado. Tais requisitos, como visto, não estão presentes no versículo corânico que torna o furto uma espécie de *hudud*, e também sua fundamentação na *Sunna* é discutida. Algumas das especificações feitas pelas diversas escolas jurídicas incluem⁸⁸⁸: o valor do bem roubado deve equivaler a, no mínimo, 8,91 gramas de prata ou 1,06 gramas de ouro (escolas malequita e xiitas) ou 29,7 gramas de prata (escola hanafita); a pena não será aplicada para roubo de comida perecível (escola hanafita); na execução da pena, só se amputará quatro dedos, eis que o polegar e a palma da mão são necessários para as orações (xiitas); quando algo é roubado de uma casa, o bem deve ser completamente retirado da casa para caracterizar o crime *hudud*⁸⁸⁹.

Vale ressaltar a existência de uma tradição islâmica a qual refere que Omar, o segundo califa, determinou que, “em épocas de fome e extrema necessidade, a pena de amputação da mão imposta a ladrões não fosse aplicada”⁸⁹⁰.

Também se discute sobre a extensão em que o arrependimento evitaria a punição. Em relação a este último elemento, vale trazer à baila uma interessante observação de Hashim Kamali⁸⁹¹. Este professor malaio observa que todos os versículos corânicos que prescrevem algum crime *hudud* com sua pena são imediatamente seguidos por outro verso admitindo a remissão da pena pelo arrependimento. Realmente, é o que ocorre no caso do furto:

38. Ao ladrão e à ladra, cortai as duas mãos em pagamento pelo que tiverem lucrado [...]

39. Quem se arrepender e se emendar após cometer uma prevaricação, por Deus será perdoado. Deus é clemente e misericordioso. (5:38-39)

Também para assalto em estradas:

33. O castigo dos que fazem a guerra a Deus e a Seu Mensageiro e semeiam a corrupção na terra é serem mortos ou crucificados ou terem as mãos e os pés decepados, alternadamente, ou serem exilados do país: uma desonra neste mundo e um suplício no Além,

34. Com a exceção daqueles que se arrependem antes de serem dominados por vós. Deus é perdoador e misericordioso. (5:33-34)

⁸⁸⁸ ABIAD, Nisrine, *op.cit.*, pag.23.

⁸⁸⁹ IBN ANAS, Imã Malik, *Al-Muwatta*, 41:31. Disponível em: <http://ahadith.co.uk/chapter.php?cid=91>, acesso em 10.04.2011.

⁸⁹⁰ BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag. 168.

⁸⁹¹ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 190-194.

E tanto para o adultério quanto para sua falsa comunicação:

2. A adúltera e o adúltero, castigai cada um deles com cem açoites; e não tenhais pena deles na religião de Deus se credes em Deus e no último dia. E que um grupo de crentes assista ao castigo.

[...]

4. E aqueles que acusarem de adultério uma mulher honrada sem apresentar quatro testemunhas, castigai-os com oitenta açoites e nunca mais lhes aceiteis o testemunho. São eles os depravados,

5. Exceto os que se arrependem e se emendam. Deus é perdoador e misericordioso. (24:2-5)

Portanto, a conclusão de Kamali possui um certo peso: este jurista acredita que, diante das disposições em sentido contrário previstas logo abaixo dos versos penalizantes, o resultado é um espaço de liberdade conferido ao juiz, que aplicará a pena que entender melhor. Nada parece impedir, então, o estabelecimento, pelo Estado, de leis penais que regulem adequadamente a questão, visando auxiliar o juiz e dotá-lo de parâmetros para suas decisões.

Bielefeldt dá nota de uma tendência encontrada em diversos governos e cursos de direito islâmicos, de manter a “validade teórica” da pena, questionando, contestando ou até dificultando sua aplicabilidade. As penas dos crimes hudud são, então, consideradas de modo análogo, como uma expressão gráfica da reprovabilidade dos atos penalizados. Mesmo os países que dizem aplicar tal aspecto da *Sharia* costumam impedir tacitamente sua execução, diminuindo os prazos prescricionais, dificultando a comprovação dos crimes e restringindo a interpretação dos tipos penais em questão⁸⁹². Outro modo de diminuir a aplicabilidade dos *hudud* é apoiando-se nos tribunais recursais (nos quais a influência do governo costuma ser maior) para cassar as sentenças de primeira instância, em geral aproveitando-se de falhas formais ou de comprovação (vista como) deficiente⁸⁹³.

⁸⁹² BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag.169.

⁸⁹³ Como exemplo, ver a Compilação preparada pelo ACNUDH contendo comunicações de organizações não governamentais sobre a Nigéria, pag. 4. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/NG/A_HRC_WG6_4_NGA_3_E.pdf, acesso em 01.05.2011.

5.3 As possibilidades de evolução da *Sharia*

Podemos concluir o capítulo listando alguns argumentos que foram apresentados de modo disperso nestas páginas, surgindo de modo complementar aos diversos temas de que tratamos. Proponho centrar esta conclusão na resposta a duas perguntas: dentro da visão de mundo muçulmana, pode-se afirmar legitimamente que a *Sharia* é imutável, ao menos na parte expressa no Corão? E, como responder aos eventuais argumentos islâmicos que, partindo do *status* superior que enxergam nos crentes maometanos, desejam impor suas ideias aos demais pela força?

5.3.1 A *Sharia* é imutável?

A primeira pergunta pode ser respondida assim: a *Sharia* é uma lei, e toda lei que visa regular assuntos humanos é mutável na medida em que estes assuntos mudem. Uma lei imutável e eterna só poderia ser aplicada a situações também rígidas e constantes. É por isso que São Tomás de Aquino, como visto⁸⁹⁴, tem o cuidado de diferenciar entre lei e direito, e, dentro desta distinção, entre direito natural e lei natural. Relembremos que o único destes conceitos que se pode dizer com algum acerto ser invariável é a lei natural, pois esta corresponde a aquilo que podemos perceber como constante na natureza. A lei positiva, porém, seja humana ou divina, que regula situações concretas e não é apenas descritiva como a lei natural, deve necessariamente estar de acordo com as circunstâncias de lugar e tempo às quais se aplicará. Isto é, a lei muda de acordo com seu objeto, não necessariamente de acordo com o sujeito que a publica. Ou seja, a eventual mutabilidade da *Sharia* não prejudicaria a infalibilidade, onipotência e onisciência divinas. Mas, sendo a *Sharia* uma lei voltada a regular as relações dos muçulmanos entre si, ela deverá, para ser aplicável, referenciar-se pelo contexto em que estes muçulmanos vivem. Tal como o fazia quando de sua primeira elaboração, no texto do Corão do século VII. Assim, a *Sharia* deverá sofrer mudanças exatamente devido ao seu caráter de lei. Caso isto não seja aceito pelos órgãos e pessoas

⁸⁹⁴ Cap. 4, *supra*, pags. 138-141 e 148-149.

responsáveis por sua custódia e aplicação, as mudanças de adaptação seguirão ocorrendo ainda assim, eis que são inevitáveis – porém ocorrerão às escondidas e, muito provavelmente, para beneficiar os ocupantes do poder.

An-Na’Im formula claramente a necessidade lógica de interpretação do texto legal:

It should also be emphasized that Shari’a principles are always derived from human interpretation of the Qur’an and Sunna; they are what human beings can comprehend and seek to obey within their own specific historical context. (...) Striving to know and observe Shari’a is always the product of the ‘human agency’ of believers – a system of meaning that is constructed out of human experience and reflection, which over time evolves into a more systematic development according to an established methodology.

Em outras palavras – segue o raciocínio do professor sudanês – sempre que um muçulmano se volta para a *Sharia*, seu olhar não é perfeitamente neutro ou desprovido de valorações e fatores resultantes de diversos graus de interpretação que foram realizados na história e transmitidos até ele. Isto é tanto mais verdade como se observa que, na prática, o crente islâmico prefere procurar a opinião de um *alim*, ou mestre da lei, para solucionar seu caso concreto. Se já a leitura individual dos textos da *Sharia* inevitavelmente carregará a marca das características pessoais do leitor, isto será potencializado quando outro agente faz a ligação entre a escritura legal e a situação concreta⁸⁹⁵.

Ora, este ofício de interpretar a lei é, sem dúvida, uma maneira poderosa de influenciar a conduta das pessoas. Desta forma, não há dúvidas de que, quanto mais autoritário e controlador for o Estado, mais fará questão de monopolizar a ciência da interpretação. Nos Estados islâmicos modernos, que se caracterizam pela configuração antidemocrática, os governantes têm atuado neste sentido, fazendo confundir arbitrariamente política estatal e interpretação da lei religiosa. É neste sentido que devem ser enxergadas as opções de alguns países muçulmanos por escolas jurídicas particulares. O Império Otomano se distinguiu por ser o primeiro Estado islâmico a adotar uma codificação da *Sharia*, afirmando explicitamente que a doutrina hanafita seria considerada a doutrina estatal. Hodiernamente, a Arábia Saudita confere valor legal, automaticamente e com exclusividade, a todas as conclusões da escola hanbalita, desprezando as contribuições das demais. Tais escolhas estatais contrariam o espírito da *Sharia*, eis que esta admite o dissenso como algo intrinsecamente bom e necessário à manutenção do vínculo com a realidade⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pags.10-11.

⁸⁹⁶ Conforme o seguinte hadith de Maomé: “As divergências de opinião que reinam na minha comunidade são uma manifestação da graça de Deus.” GILISSEN, John, *op.cit.*, pag.120.

A mão do Estado também se manifesta na escolha dos *ulama* que poderão promover a *ijtihad*, o raciocínio jurídico independente. Conforme manifesta An-Na’Im⁸⁹⁷, os estudiosos do segundo e terceiro séculos do Islã desenvolveram algumas restrições quanto ao exercício da *ijtihad*, definindo quais áreas da *Sharia*, não abarcadas por textos categóricos do Corão e da *Sunna*, poderiam ser objeto desta interpretação, e que qualificações o jurista deveria possuir para ser um reconhecido promotor de *ijtihad*. Entretanto, os critérios para tais escolhas necessariamente serão postos através de um trabalho de interpretação humana, que buscará definir os melhores meios para concretizar a palavra dos textos sagrados. Não é preciso muito engenho para concluir que, nos atuais Estados dotados de burocracia sofisticada e do monopólio do uso da força, sem falar na vocação para o autoritarismo e no interesse em controlar a vida da população, o peso do governo nestas decisões será determinante. Ilustra este ponto o fato de muitos dos grandes clérigos do Islã serem funcionários estatais, ou então indicados pelo governo civil. É o caso dos chamados “Grandes *Muftis*”, juristas de respeitabilidade reconhecida numa determinada comunidade muçulmana, os quais redigem pareceres não vinculantes para auxiliar consultantes ou juízes. Ora, o título de Grande *Mufti* é, em geral, outorgado pelo chefe de Estado – até no pequeno e conturbado território da Palestina⁸⁹⁸ — e reveste-se de importância tanto religiosa quanto política. Kamali lista alguns Estados islâmicos que apontaram *muftis* com *status* de funcionários públicos a partir de meados do século XX: Arábia Saudita em 1953, Líbano e Malásia em 1955, Iêmem em 1962 e Indonésia em 1975. Mas adiciona que, desde então, estes funcionários religiosos não passaram de executores de ordens governamentais⁸⁹⁹.

O controle sobre a religião é tamanho que a opinião jurídica do *mufti*, a *fatwa*, originalmente um simples parecer não vinculante, em tempos modernos foi transformada em verdadeira fonte de direito positivo. É o que constata Hashim Kamali, diferenciando a *fatwa* como foi concebida sob a *Sharia* (original, acrescentaríamos) de seu uso contemporâneo:

Whereas fatwa in Shari’ah is not a binding instrument, under statutory law it has generally been given this role. A basically voluntary and investigative concept has been turned into an instrument of mandatory and binding rule-making. Fatwa under the Shari’ah is also a vehicle that facilitates the free flow of thought and expression in religious issues, whereas now it has

⁸⁹⁷ AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag.13.

⁸⁹⁸ Em julho de 2006, o xeque Ikrima Said Sabri, Grande Mufti de Jerusalém, foi demitido por Mahmud Abbas, presidente da Autoridade Nacional Palestina, que, logo em seguida, apontou outro clérigo para a posição. <http://www.spme.net/cgi-bin/articles.cgi?ID=1280>, acesso em 12.05.2011.

⁸⁹⁹ O mesmo pode ser dito do *cadi*, que, antigamente, representava um juiz

*in many countries become an instrument of restriction on freedom of expression in religious matters.*⁹⁰⁰ (grifos no original)

Na Malásia natal do autor, chegou-se ao extremo de tipificar como crime qualquer manifestação contrária a uma *fatwa* – o que já seria contrário ao sentido desta instituição se sua elaboração fosse realmente pautada por critérios religiosos de sabedoria; ao invés, são a fidelidade ao governante e a habilidade em encaixar os preceitos islâmicos na política estatal que compõem os critérios para a indicação como *mufti* hábil à produção de *fatwas*. Portanto, a Malásia encontrou nada menos do que uma forma de elaborar legislação sem a necessidade de passar através do crivo do parlamento⁹⁰¹.

Também pode ser mencionado o caso da *fatwa* ordenando a morte do escritor indiano Salman Rushdie, promulgada pelo líder iraniano aiatolá Khomeini por conta de uma obra (“Versos Satânicos”) considerada blasfema e ofensiva à memória de Maomé. A legalidade desta *fatwa* foi objeto de intenso debate entre os muçulmanos⁹⁰², com reações variadas indo desde o apoio entusiasmado ao mais aberto criticismo⁹⁰³. Seja como for, o instrumento da *fatwa* conheceu, no episódio, uma reviravolta notável, passando de mera opinião qualificada pela sabedoria de seu formulador a expressão de comando que se pretende sagrado.

No Islã xiita, em especial no Irã, temos o título de “*Ayatollah*”, a princípio devido ao jurista que completasse certos estudos superiores em teologia islâmica, porém hoje, de fato, uma posição com alta influência política através do órgão chamado “Conselho dos Guardiães”, que controla todo e qualquer ato político no país. O “aiatolá”, portanto, é um clérigo que tem atuação política determinante no país. Trata-se de outra mistura de religião e Estado, na qual aquela é utilizada para finalidades políticas⁹⁰⁴.

Portanto, vemos que, como lei, a *Sharia* necessariamente passará por um processo de interpretação e renovação. Caso este processo não ocorra às claras, devido à persistente negação por parte de juristas, clérigos e políticos da possibilidade de mutações, ocorrerá

⁹⁰⁰ Kamali, *op.cit.*, pag.175.

⁹⁰¹ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pags. 175-176.

⁹⁰² *Idem, ibidem.*

⁹⁰³ MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pags.167-168.

⁹⁰⁴ Um exemplo eloquente é fornecido por Ann Elizabeth Mayer, denunciando as ameaças e vexações sofridas pelo liberal aiatolá Hussein-Ali Montazeri, por parte de outros dois aiatolás, o chefe do Judiciário, Mohammad Yazdi, e o jurista supremo Ali Khamenei, por conta de questões referentes à condução do Irã, que em si nada tinham de religiosas. *Idem*, pags. 30 e 74-75.

forçosamente às escuras, promovido por empregados do governo visando manter o poder deste sobre a população.

O fato é que, como já vimos com uma miríade de exemplos, a *Sharia* já mudou diversas vezes ao longo da história. Podemos listar numerosas mudanças no tempo: hoje não se usa mais a pena de crucificação, os judeus e cristãos não pagam mais a *jizya*, as penas físicas só são aplicadas em uma minoria de Estados islâmicos⁹⁰⁵, a lapidação é uma grande excepcionalidade, a poligamia foi praticamente banida, funcionários públicos de outras religiões podem ser aceitos, as relações internacionais dos países islâmicos não se orientam unicamente pela religião dos demais, a lei estatal tem um papel crescente, até mesmo para tornar a *Sharia* aplicável a alguma situação, os clérigos e juristas religiosos estão a serviço do Estado, o divórcio pode ser pedido pela mulher ao juiz em numerosos casos, criou-se um código rígido de vestimentas para a mulher, mudaram-se diversas regras da peregrinação a Meca⁹⁰⁶, etc.

De fato, o alegado “fechamento da porta da interpretação”, após o estabelecimento das escolas jurídicas no século X, não deixa de ser uma construção humana e uma interpretação específica da história do Islã. Mas nada, na literalidade da *Sharia*, impede a reabertura desta via⁹⁰⁷, com a revalorização do *ijtihad* (raciocínio jurídico independente) e a retomada dos estudos não meramente exegéticos dos sábios de eras passadas. Muitos juristas e professores muçulmanos clamam por tal reabertura⁹⁰⁸, sendo sistematicamente reprimidos por seus governos, aos quais tal liberdade doutrinal não convém.

From an islamic point of view, no human authority was or is entitled to declare that ijtihad is not permitted, though there may have been consensus on this matter among Muslims. There is

⁹⁰⁵ O organizador da versão francesa do Corão de 1883 menciona que, à época, o Império Turco Otomano não aplicava a pena de amputação prevista para o crime de furto, substituindo-o por bastonadas. (Nota ao versículo 5:42)

⁹⁰⁶ Especialmente nos últimos anos, o governo da Arábia Saudita alterou algumas das regras mais formais do *hajj* (peregrinação a Meca), devido aos acidentes e mortes causados pelas grandes multidões. Um exemplo: hoje é muito difícil obter visto para realizar um segundo *hajj*, uma vez que a infra-estrutura e a logística da peregrinação impõem limites ao número de participantes. Outro exemplo é a substituição dos tradicionais pilares usados para “apedrejar o diabo” e mencionados em *hadiths* antigos (MALIK IBN ANAS, *Al-Muwatta*, 20:7, 223, 225, disponível em <http://ahadith.co.uk/chapter.php?cid=53>, acesso em 10.03.2011) por compridas paredes, para facilitar o trabalho dos fiéis. http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/4600310.stm, acesso em 12.05.2011.

⁹⁰⁷ KAMALI, Mohammad Hashim, *Shari'ah law: an introduction*. Oxford: One world, 2008, pags. 166-174. GLENN, H. Patrick, *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*. 3ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2007, pags. 203-204.

⁹⁰⁸ BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pag. 171.

*nothing, therefore, to prevent the emergence of a new consensus that ijtiḥad should be freely exercised to meet the new needs and aspirations of Islamic societies.*⁹⁰⁹

5.3.1.1 Islã e Estado

Diante do exposto, podemos reafirmar a resposta à primeira pergunta formulada na conclusão deste capítulo: a *Sharia* não só já mudou muito, como ainda deve mudar: ela deve ser vista como uma realidade mutável e à espera de novas mudanças, de modo a corresponder às exigências concretas do mundo atual. Isto se prova pelo seguinte:

Todas as sociedades governadas por muçulmanos dispostos a adotar os princípios islâmicos estão organizadas segundo a forma do Estado de modelo europeu. Não importa, para o objetivo deste trabalho, investigar porque isto ocorreu, se aconteceu de forma justa ou injusta, se os muçulmanos foram ludibriados pelo Ocidente, etc. O fato é que, hoje, não há sociedade que não se reporte, responda ou identifique com algum Estado. E um retorno ao mundo pré-estatal tampouco parece possível. Torna-se necessário, então, apartar-se da visão simplista que identifica o Estado contemporâneo com um modelo “ocidental”, “europeu”, “colonial”. Estas asserções, ainda que fossem verdadeiras, somente descreveriam o surgimento de tais Estados – estariam presas ao tempo pretérito, e manteriam os países não ocidentais, não europeus e surgidos das cinzas do colonialismo perpetuamente ligados a seu passado, limitando-se a justificar de forma canhestra todos os problemas que enfrentam através de invocações do período colonial e de supostas dívidas morais dos quais seriam credores junto aos antigos colonizadores. Não haveria nenhuma chance, aí, de se voltarem ao seu presente, deixando o passado, compreenderem as características da nova formação estatal, e extraírem daí as consequências necessárias para seus sistemas jurídicos.

Nesta mesma linha, An-Na’Im considera que: *“By retaining this specific form of state organization after political independence, Islamic societies have chosen to be bound by a minimum set of national and international obligations of membership in the world community of territorial states.”*⁹¹⁰

⁹⁰⁹ AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed, *Islam and the secular State: negotiating the future of Shari’a*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008, pag. 15.

⁹¹⁰ AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag.19. Também MAYER, Ann Elizabeth, *op.cit.*, pags. 9-11.

Deste modelo de Estado, almejado de alguma forma ou outra por todos os países do mundo, fazem parte as seguintes características:

Apresenta uma organização burocrática, com divisão funcional dos poderes e cargos, regras claras de funcionamento que limitam o arbítrio do governante e uma hierarquia administrativa obediente a princípios internos próprios.

Diferencia de forma clara órgãos do Estado de entes fora do Estado, chamados, em regra, de particulares ou privados.

Exibe uma capacidade de atuação e um poder de realização que é mais extenso e forte que o de qualquer outra organização.

Possui soberania interna, através do qual lhe é reconhecido o monopólio do uso da força, a aptidão para determinar o direito e a ausência de concorrência de poder em seu território; e externa, no exercício da qual é reputado como igual aos demais Estados e sem superior na ordem internacional. Tais soberanias ligam-se às funções estatais e as tornam possíveis.

Detém o monopólio do uso da força e da capacidade legítima de coerção.

Trata-se de uma realidade definida e limitada territorialmente, isto é, corresponde, no mundo físico, a uma determinada parcela de território.

Promove, por fim, uma ligação emocional com os indivíduos que nele habitam, que cria um vínculo baseado numa ideia de pertencimento – sem que esta seja, no entanto, uma característica absolutamente necessária.⁹¹¹

Nota-se como estas características, apenas esboçadas, exigem algumas condutas do Estado sob pena de o modelo tornar-se impraticável – e, insista-se, não é isso o que as sociedades muçulmanas almejam, mas permanecer no modelo estatal. Não há meio capaz de trazer de volta os impérios islâmicos⁹¹² ou a confederação tribal. Tais condutas do Estado também incluirão, por força, uma mudança em sua atitude em relação à lei, e acarretarão em alterações no próprio conteúdo desta. Veremos, nos parágrafos subsequentes, que os pontos de conflito entre o direito islâmico e os direitos humanos, identificados neste capítulo e no

⁹¹¹ AN-NA'IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag.87.

⁹¹² E ainda deve ser atentado para o fato de que, como mostra A.A. An-Na'Im em esclarecedor capítulo sobre os califados *Rashidun* e Omíada na Arábia, e os Estados fatímida e mameluco no Egito, o Estado islâmico nunca passou de um ideal, e estas entidades históricas veneradas hoje por tantos muçulmanos na verdade apresentavam uma utilização do religioso pelo político. AN-NA'IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pags. 45-83.

anterior, se devem a uma interpretação temporalmente limitada da *Sharia*, que deixa, indevidamente, de levar em conta as mudanças ocorridas na sociedade e as exigências concretas apresentadas pelo modelo atual de Estado. Trataremos, então, seguidamente, dos temas atinentes à igualdade (tanto entre homens e mulheres, quanto entre crentes e não crentes), à democracia e às penas.

Não é possível, hoje, gerir de modo satisfatório um Estado abrindo mão do princípio da igualdade entre as pessoas. Na sociedade tribal e familiar, era possível enxergar as pessoas por suas características que as diferenciavam, em vez de enfatizar os aspectos comuns. Nisto não havia muito problema, pois, como já reconhecia Aristóteles⁹¹³, na família os membros não são iguais. E uma pequena sociedade mantida pela solidariedade familiar não deve se preocupar em tratar a todos os seus membros de forma igual, pois esta igualdade já está dada, no que é mais importante. Não na equivalência dos patrimônios ou nas funções sociais, mas na pertença a uma mesma realidade comunitária. Os membros da tribo são todos igualmente importantes, ainda que uns tenham função que pareça mais destacada que outros, sobre os quais podem pender várias limitações. Ainda assim, o clã persiste unido porque todos se reconhecem iguais entre si – portadores de uma igualdade “de fundo”, intuitiva, que não reconhecem nos membros externos à tribo. Portanto, não haveria sentido em buscar princípios igualitários numa sociedade familiar, eis que sua própria existência só é possível porque os membros se reconhecem mutuamente e a todo o tempo como iguais, independentemente de previsão legal. É o que possibilita que os membros mais fracos sejam sustentados pelos demais, que as crianças sejam educadas em conjunto, que todas as tarefas sejam repartidas, e que, no mundo hostil e perigoso no qual estas pequenas sociedades existem, seus integrantes tenham a certeza absoluta de que não estão sozinhos, pois têm o restante da tribo a encorajá-los e a depender deles ao mesmo tempo. Em suma, na sociedade clânica, não há problemas em estabelecer diferenciações entre os integrantes, pois uma certa igualdade já está garantida pelo mero fato de aqueles indivíduos viverem juntos. Neste contexto, tratar a mulher de modo distinto corresponde tanto a algumas de suas características que a distinguem do homem (menos força para caçar, por exemplo, ou capacidade de gerar) quanto a situações concretas encontradas na realidade (a mulher efetivamente precisaria de maior proteção, por ser mais

⁹¹³ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Koury, 4ª edição. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 2001, Livro V, 1134b.

fraca)⁹¹⁴. Diga-se o mesmo em relação ao estrangeiro e ao integrante da tribo que tivesse pensamentos rebeldes.

Hoje, no entanto, não só faltam todas estas justificativas para fazer distinções, como a concretização e manutenção do princípio da igualdade é requisito cardinal para qualquer Estado que deseje se apresentar como tal. Como o Estado é, em seu território, o ente incomparavelmente mais poderoso, tendo em sua atuação multifacetada, escopos diversificadíssimos, ele não pode permitir-se fazer distinções entre os cidadãos, eis que estas, necessariamente, teriam consequências muito mais drásticas do que o tratamento diferenciado entre os povos antigos. O indivíduo é extremamente mais dependente do Estado contemporâneo do que o era de qualquer organização anterior – seja do conselho tribal ou da corte de juristas do califa ou sultão. Atualmente, nota-se de pronto que, sem o auxílio do Estado, o indivíduo encontra dificuldades até mesmo para nascer (basta pensar nas tristes consequências e inevitáveis dificuldades que se encontrará na vida caso não se tenha sido registrado civilmente ao vir à luz).

Além disso, o Estado é, nos países que se aproximam do modelo ideal, o ente mais desenvolvido e complexo presente na sociedade. Seu poder é imenso e, exatamente por isso, deve permanecer diluído em meio a uma burocracia estatal que lhe dê eficiência sem agressividade. Isto só será logrado caso seja mantida uma imparcialidade estrita na relação entre o Estado e os cidadãos. Se, ao contrário, alguma classe de indivíduos for privilegiada em detrimento de outra, o governo não conseguirá limitar de modo satisfatório a perda dos desfavorecidos. O poder atual que o Estado detém é tão imenso, e a dependência do mesmo na qual os indivíduos se veem é tão grande, que a falta do favor estatal conduzirá necessariamente a um tratamento muito desigual da parcela da população em desvantagem, o que impossibilitará a própria sobrevivência pacífica da sociedade, visto que os favorecidos deverão encontrar meios para manter sua supremacia em detrimento dos oprimidos.

Tudo isto decorre de características atuais do Estado (seu tamanho e, ao mesmo tempo, sua proximidade e seu controle sobre a vida dos cidadãos) virtualmente ausentes de outras formas pretéritas de organização social. A sociedade tribal possuía tamanho diminuto, mas o compensava com uma forte proximidade entre os líderes e os liderados. Já os impérios e domínios islâmicos exibiam extensões por vezes descomunais – mas o poder daí resultante

⁹¹⁴ É evidente que, com isso, só se justificam algumas das disposições discriminatórias contra a mulher. A poligamia extremada praticada pelos árabes pré-islâmicos, por exemplo, não encontra justificativa nem se consideradas as condições daquela sociedade – parece responder mais ao desejo da luxúria masculina do que a qualquer condição concreta.

era temperado pela distância entre o soberano e os súditos, causada pela falta de tecnologia e pouca comunicação entre o centro e as periferias do poder. O Estado moderno, no entanto, apresenta as duas características que promovem o poder estatal (grandes recursos à disposição do governante, e capacidade de aplicá-los virtualmente em qualquer lugar do território), sem nenhuma das marcas que o limitavam. É por isso que ele deve assegurar um tratamento igualitário aos seus cidadãos e, se não o fizer, acabará por inviabilizar-se num excesso de injustiça para com alguns, que necessariamente conduzirá a um estado de violência ou latente guerra civil.

De qualquer modo, a continuação da discriminação contra as mulheres e os adeptos de outras religiões não corresponde ao que os próprios Estados islâmicos desejam para si. É sintomático que o governo saudita, um dos mais intolerantes para com qualquer manifestação externa de fé, financie a construção de diversas mesquitas ao redor do mundo⁹¹⁵, os que os representantes do Egito e do Irã tenham feito críticas à liberdade religiosa na França, quando este país foi objeto do Exame Universal Periódico em sede do Conselho de Direitos Humanos⁹¹⁶. Ou seja, os países muçulmanos, enquanto parte da sociedade internacional e tendo papel ativo nesta, desejam relacionar-se com os demais Estados. Isto só pode ser feito, nas condições atuais do Estado e do mundo, tratando a todos os cidadãos como iguais.

Também é ilustrativa a denúncia, repetida à exaustão ao longo das enumerações feitas no capítulo 2, acerca dos imigrantes estrangeiros dos quais muitos países muçulmanos dependem. Ora, se o governo cria e estimula programas de importação de mão de obra, a consequência inevitável e proporcional será a obrigação de respeitar estas pessoas – inclusive quanto a sua religião.

Portanto, a afirmação de que a cultura e religião islâmicas impõem um tratamento discriminado aos não muçulmanos é mentirosa no sentido de que os governos que a manifestam não se incomodam em violar tal proibição quando lhes convêm, importando imigrantes de outras religiões ou advogando pela liberdade religiosa ampla quando se trata de humilhar países europeus.

⁹¹⁵ http://www.dagbladet.no/2010/10/19/nyheter/jonas_gahr_store/saudi-arabia/innenriks/13903104/, de acordo com a tradução em http://atlasshrugs2000.typepad.com/atlas_shrugs/2010/10/foreign-minister-will-prevent-saudi-arabia-from-financing-mosques-in-norway.html, ambos acessados em 03.03.2011. Também <http://abcnews.go.com/US/Politics/islamic-center-backers-rule-taking-funds-saudi-arabia/story?id=11429998>, acesso em 12.05.2011 e <http://www.usnews.com/usnews/news/articles/031215/15terror.htm>, acesso em 05.03.2011.

⁹¹⁶ Relatório final sobre o Exame Universal Periódico da França, disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/140/92/PDF/G0814092.pdf?OpenElement>, acesso em 13.05.2011.

Da mesma forma, a discriminação contra a mulher costuma ser defendida com apelos aos valores familiares⁹¹⁷. Entretanto, como visto nos parágrafos acima, a situação de dependência da mulher só pode ser vista como exigida pela conformação familiar nas sociedades tribais antigas – nas quais até mesmo a maioria dos homens era “dependente” do patriarca ou da coletividade.

Hoje em dia, manter a mulher num estado de submissão vai contra o valor que tal conduta deveria manter: a expressiva taxa de violência doméstica, maus tratos, divórcios e repúdios observada entre os países islâmicos é clara no sentido de que a superioridade do homem não assegura um casamento feliz. Assim sendo, a manutenção deste estado de coisas viola o próprio sentido indicado como justificador.

Por isso, a desigualdade entre homem e mulher, entre nacional e estrangeiro, e entre muçulmano e não muçulmano, não pode ter lugar num Estado do século XXI, eis que viola a própria conformação do Estado. Um governo islâmico que seguisse tais normas estaria indo contra as finalidades da organização que o sustenta (a ele, governo). Seria um procedimento contraditório, portanto racionalmente injustificável, e causaria um grave dano a muitos cidadãos.

5.3.1.2 Islã e democracia

Outra característica exigida diretamente pelo modo de ser dos Estados contemporâneos é o regime de governo democrático⁹¹⁸. A experiência histórica mostra que a democracia parece o método de governo mais adequado para gerir os grandes e complexos entes nos quais se divide o mundo. Divergências sobre o modelo exato e concreto de democracia surgirão, decorrentes tanto dos diferentes panoramas encontrados em cada país quanto das diferentes maneiras de concretizar o governo da maioria. Mas o que parece inquestionável é que, para o Estado moderno, “só o povo e seu mandatário podem legislar”⁹¹⁹.

⁹¹⁷ HIJAB, Nadia: *Les femmes sont aussi des citoyennes: Les lois de l'État, la vie des femmes*, pag. 5. Disponível em: <http://www.pogar.org/publications/gender/nadia/summaryf.pdf>, acesso em 11.04.2011.

⁹¹⁸ Luis Recaséns Siches (*Tratado general de filosofía del derecho*. Cidade do México: Porrúa, 1959, pags. 594-596) apresenta os “direitos democráticos”, cuja concretização menciona dever ser adequada à situação e escolhas de cada povo.

⁹¹⁹ AQUINO, São Tomás de, *Suma de Teología* I-II, q.90 a.3 ad 2. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

Por motivos de eficiência, e também para manter a finalidade estatal. O controle democrático permite que mais vozes sejam ouvidas, que decisões apressadas sejam revistas, e que abusos governamentais sejam conhecidos e reprimidos, levando o Estado a um melhor aproveitamento de seus recursos. Por outro lado, o sistema democrático de governo é o que mais se coaduna com os fins do Estado, pois, como visto no capítulo 4, o bem comum é o bem geral, e este, para ser alcançado, exige que as necessidades concretas da população como um todo sejam conhecidas e obtenham respostas do Estado⁹²⁰.

O modelo do bom governante islâmico guiado tão somente pela *Sharia* e legitimado por sua piedade e devoção ao Islã e aos crentes não atingirá este objetivo. Pois, em primeiro lugar, a sociedade é muito mais complexa do que qualquer coisa que se possa extrair das normas históricas da lei islâmica. O governante se verá forçado a aconselhar-se com especialistas e peritos nas diversas áreas do governo. Porém, num governo autoritário, a eficácia destas consultas será duvidosa, pois ninguém constrangerá o líder a seguir os pareceres, e não há modo de assegurar a correção dos mesmos, que sempre poderão ser feitos sob medida para agradar ao político chefe.

Em segundo lugar, todos os Estados hoje se caracterizam por um altíssimo número de habitantes raramente encontrado nos impérios antigos. (Nos quais, mesmo quando tal contingente populacional era atingido, a imensa maioria dos particulares não apresentava a dependência do governo que hoje se manifesta.) E a *Sharia*, em sua elaboração tradicional, está dirigida a um grupo relativamente pequeno, unanimemente reunido ao redor do profeta ou de seus califas. Nada mais distante do cosmopolitismo globalizado que invade – por mais que se montem resistências artificiais – o mundo islâmico. O líder muçulmano cujos títulos de governo se resumem em uma alegada designação por Deus e em sua piedade pessoal, portanto, não estará em condições de compreender e compartilhar os interesses de toda a população, por mais que acredite que os princípios da *Sharia* respondam satisfatoriamente a todos os dilemas da vida humana. E o Estado hodierno – diferentemente dos impérios, reinos feudais e grupos tribais – existe para refletir e corresponder a, se não todos, grande parte dos anseios individuais.

⁹²⁰ Isto não constitui uma norma imutável embasando um direito à democracia, mas é indubitável que, nos padrões políticos em larga medida compartilhados por todo o mundo, a democracia aparece como o melhor meio para garantir a igualdade. Pode-se falar, dentro destes parâmetros, na emergência de um direito à democracia. É expressiva aqui a cautela do professor alemão Matthias Herdegen quando, ao discutir a existência de um tal direito, nota que ainda não se pode falar num direito individual ao regime democrático – mas que o mesmo já existe na Europa como direito costumeiro. Tal afirmação está em consonância com o que se defendeu nesta nota, pois os países da Europa apresentam grande semelhança entre suas características políticas e sociais (semelhança considerando as diferenças a nível mundial, frise-se). HERDEGEN, Matthias, *Völkerrecht*. 9ª edição. Munique: C.H.Beck, 2010, pags. 393-395.

Em terceiro, a religião, no Estado, não é o único fator a reunir a população. Por seu tamanho e funções, o Estado necessita, absolutamente, englobar todos os seus habitantes, alinhando-os sob critérios equivalentes para todos. Diferenças na religião não podem ser tomadas como fator de inclusão ou exclusão, pois o ente estatal contemporâneo volta-se ao governo da coletividade como um todo, não de algumas de suas partes.

E, por fim, o ideal do bom governante piedoso não prosperará, por mais que o Islã predomine de modo absoluto no país, porque o próprio Islã é, como vimos, multifacetado e comporta uma série de escolas de pensamento que fornecem respostas contrastantes para as questões jurídicas. Por mais que deseje manter a literalidade da *Sharia*, o bom governante será levado a fazer escolhas entre possíveis interpretações da lei islâmica. Caso não se esteja diante de algum órgão democrático, estas escolhas serão feitas de modo individual pelo mandatário, acarretando a imposição de sua visão, sem qualquer deliberação pública ou discussão, aos demais indivíduos. Isto viola o princípio, encontrado na própria *Sharia*, da preferência jurídica ou *Takhayyur*, através do qual o jurista pode, diante de uma variedade de possíveis soluções, escolher a que lhe parece mais conveniente, sendo inclusive permitida a mescla entre disposições de correntes diversas de pensamento⁹²¹.

De forma que, em relação à compatibilidade da democracia com a *Sharia*, é preciso observar que esta não faz qualquer previsão, seja encorajando ou desencorajando tal sistema – que, no entanto, é universalmente aceito como o mais adequado para um Estado moderno que cumpra sua função primordial de zelar pelo bem estar mínimo de sua população. Alegações de que a *Sharia* impõe um governo dos piedosos não podem ser aceitas.

Também a ideia de que, ainda que obedeça a algumas regras democráticas, o governo deva estar nas mãos de muçulmanos, não prospera. Em primeiro lugar, porque seria uma falsa democracia, o que não poderia auxiliar na concretização dos fins do Estado – haveria uma latente discriminação contra as minorias religiosas, e um clima permanente de confronto pela falta de proteção destas. Em segundo lugar, porque isto promoveria uma vinculação entre o poder civil e o espiritual que impossibilita o trabalho essencial do Estado. Como anteriormente comentado, este ente deve, para corresponder aos princípios sob os quais foi estabelecido, abarcar as opiniões de toda a população de modo equânime e ponderado, sem diferenciações por aspectos que dizem com a identidade última dos indivíduos.

⁹²¹ KAMALI, Mohammad H., *op.cit.*, pag.95. Já John Gilissen reporta um *hadith* da *Sunna* segundo o qual Maomé teria dito: “As divergências de opinião que reinam na minha comunidade são uma manifestação da graça de Deus.” GILISSEN, John, *op.cit.*,

Portanto, ainda que muitos muçulmanos enxerguem na democracia um latente perigo de desmoralização da sociedade e afastamento da religião, e acreditem que a tarefa principal do Estado seja promover a verdadeira fé, objeta-se que o Estado de que falamos é o Estado de modelo europeu, como configurado desde o século XVIII aproximadamente. Ainda que os governos islâmicos estejam sempre prontos a apontar suas “especificidades locais e culturais”, o fato é que, em termos de organização básica do Estado, os países muçulmanos adotam o mesmo modelo que os ocidentais. A diferença está em que, no Oriente (generalizando), o modelo é adotado parcialmente, somente nas partes em que o governante se beneficia, e não nas partes que beneficiam a população.

Uma rápida vista de olhos sobre o mundo islâmico mostrará que, efetivamente, todos os países que o compõem se organizam segundo o padrão do Estado contemporâneo: todos reivindicam soberania em suas duas acepções; ressentem-se de influências externas sobre seu território; mantêm órgãos de governo, ministérios, repartições, províncias ou outras divisões; possuem até mesmo algum tipo de Judiciário; promulgam leis e decretos; seguem as mesmas formalidades nas relações internacionais; possuem exércitos nacionais; enxergam o governo como garantidor exclusivo da ordem e segurança públicas; reconhecem obrigações prestacionais para com a população, etc. É evidente que todos estes dados devem ser matizados a depender do país. Assim, além dos órgãos de governo, podem existir órgãos paragovernamentais e órgãos governamentais secretos; o Judiciário pode estar presente, mas ser ineficiente, corrupto, submisso ou pouco técnico; as leis e os decretos podem ser poucos, autoritários e de valor meramente formal; as relações internacionais podem caracterizar-se pela hipocrisia e confrontos estéreis; os exércitos nacionais por vezes são meros mecanismos de controle da população; a garantia da ordem com frequência é um pretexto para retirar direitos individuais; as promoções de direitos econômicos e sociais mascaram habitualmente restrições abusivas em outros campos. No entanto, não se afirma que o modelo ocidental de Estado é o Estado perfeito. Antes, um “modelo” significa exatamente um padrão, ao qual as distintas realidades tenderão. O que se observa no mundo muçulmano – e, de resto, em todo o mundo⁹²² – é a adoção deste modelo de Estado. Uma vez que isto esteja claro, é possível voltarmos-nos à realidade concreta de cada país islâmico e ver como sua concretização particular do modelo se aproxima ou se distancia das finalidades essenciais do Estado. Caso haja um distanciamento muito grande, a conclusão não será no sentido da afirmação de um

⁹²² Com exceção de poucos povos nômades com reduzida ligação com o exterior que vivem, efetivamente, fora do modelo do Estado. Mas até mesmo estes povos remanescentes contam com a proteção dos órgãos do Estado pois, de não ser assim, já teriam sido extintos.

modelo “alternativo”, “não ocidental”, “não eurocêntrico”, etc., mas dever-se-á entender que ocorreu uma transposição fracassada do modelo. Ainda assim, é hoje impossível encontrar algum governante – de país islâmico ou não – que deseje renunciar ao modelo europeu de Estado. Isto não é sequer imaginável no mundo do século XXI. Portanto, as características essenciais do Estado, que identificamos acima, e suas consequências básicas, duas das quais (sobre igualdade e sobre democracia) já examinamos, não são negociáveis. Isto não por uma exigência dos órgãos internacionais, mas pela própria maneira de ser do Estado.

Sob tal perspectiva, podemos analisar a *fatwa* emitida pela “Academia Islâmica das Ciências Jurídicas”, órgão dependente da Organização da Conferência Islâmica, em 1998:

1) *La laïcité (qui signifie la séparation entre la religion et la vie) est née en réaction aux abus commis par l'Église.*

2) *La laïcité a été diffusée dans les pays musulmans par les forces coloniales et leurs collaborateurs et sous l'influence de l'orientalisme. Elle a divisé la nation musulmane, semé le doute dans sa croyance juste, défiguré l'histoire brillante de notre nation, créé l'illusion dans la génération qu'il existe une contradiction entre la raison et les textes de la shari'ah, œuvré pour le remplacement de notre noble shari'ah par des lois positives, propagé le libertinage, la dissolution des mœurs et la destruction des nobles valeurs.*

3) *La laïcité a donné naissance à la majorité des idées destructrices qui ont envahi nos pays sous différents noms comme le racisme, le communisme, le sionisme, la franc-maçonnerie, etc. Ceci a conduit à la perte des richesses de la nation et à la détérioration de la situation économique, et a contribué à l'occupation de certains de nos pays comme la Palestine et Jérusalem, ce qui prouve son échec à réaliser le moindre bien pour notre nation.*

4) *La laïcité est un système de droit positif basé sur l'athéisme, ce qui l'oppose à l'islam dans sa totalité et dans ses détails. Elle se rencontre avec le sionisme mondial et les doctrines libertines et destructrices. Elle est, par conséquent, une doctrine athée rejetée par Dieu, son Messager et les croyants.*

5) *L'islam est une religion, un État et une voie de vie complète. C'est le meilleur en tout temps et en tout lieu. Il ne peut accepter la séparation entre la religion et la vie, mais exige que toutes les normes soient dérivées de la religion et que la vie pratique soit colorée par l'islam dans les domaines de la politique, de l'économie, de la société, de l'éducation, de l'information, etc.*⁹²³

Nota-se a afirmação da unidade entre Estado e religião no Islã. No entanto, nota-se da mesma forma o caráter agressivo da *fatwa*, concebida – lê-se pelo próprio texto – como um instrumento de propaganda para os governos muçulmanos. Tanto que, logo abaixo, acrescentou-se um pedido às autoridades políticas muçulmanas: “*de protéger les musulmans et leurs pays contre la laïcité et de prendre les mesures nécessaires pour les en prévenir*”. Não é difícil observar que a religião islâmica está aqui sendo utilizada para promover determinados fins políticos.

⁹²³ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A., *Les droits de l'homme entre l'Islam et l'Occident*, pag. 18. Disponível em: <http://www.sami-aldeeb.com/articles/view.php?id=277&action=french-les-droits-de-l-homme-entre-l-islam-et-l-occident>, acesso em 05.05.2011.

5.3.1.3 Islã e direito penal

O mesmo diga-se em relação às penas: ainda que, como argumentado *supra*, estas fossem relativamente proporcionais e adequadas às circunstâncias do mundo em que vieram à luz, o Estado moderno não precisa e não pode permitir-se a aplicação de penas cruéis e degradantes.

Primeiramente, não há necessidade da aplicação de tais castigos. À época do Corão, punições como a perda da mão do ladrão e o açoitamento do falso acusador de adultério possuíam um grande efeito “didático”, demonstrando a retribuição entre o mal causado pelo criminoso e a resposta da comunidade. Possuíam a função de reafirmar a oposição da sociedade àquelas práticas, cuja perniciosidade e repercussão, já se viu, eram significativamente mais retumbantes do que os mesmos crimes diante da imensidão das sociedades atuais. Hoje o perigo de que um crime venha a causar a desintegração da sociedade inexistente, e portanto, as penas drásticas perdem muito de sua razão de ser.

Além disso, a justiça comutativa impõe que a pena deva ser medida pela gravidade do delito⁹²⁴. Ora, nas sociedades antigas, os meios de conseguir a retribuição eram muito limitados, e a consciência do que exatamente compunha a retribuição “equivalente” também variava. O ambiente moderno, pelo contrário, dispõe de todo um arsenal de penas variadas e de um Estado repleto de agentes a assegurar a retribuição devida. Portanto, a equivalência entre o crime e o castigo pode ser obtida de formas muito menos gravosas e invasivas do que na comunidade tribal de Medina. Ademais, os modernos esquemas de dosimetria penal refinam a atividade do juiz, auxiliando-o a responder aos fatores únicos e específicos de cada caso: dois ladrões não são necessariamente punidos de forma igual – o que não significa, por óbvio, que tenham sido tratados de forma desigual. A fixação das penas em abstrato no Corão, além de representar uma aplicação desproporcional e exagerada, ainda traz o risco de lidar com situações bem distintas de uma mesma maneira, promovendo a desigualdade e, portanto, a injustiça.

Ainda, é preciso reconhecer que, devido às circunstâncias de nosso modo de vida, convivemos com muito mais crimes do que os árabes do século VII. É verdade que muitos

⁹²⁴ ARISTÓTELES, *op.cit.*, Livro V, 1132 a-b.

muçulmanos objetariam que o aumento dos crimes deve-se ao modo de vida especificamente ocidental, e pode ser que haja alguma correção nesta alegação – mas o que não pode ser negado é que, seja no mundo ocidental, seja no oriental, as relações humanas se multiplicaram exponencialmente, tanto em termos subjetivos (cada vez mais pessoas vivem próximas das outras e entram em relações de troca) quanto em termos objetivos (podemos relacionar-nos com os outros a partir de uma infinidade de situações, buscando uma infinidade de fins, através de uma infinidade de formas). Disto decorre, necessariamente, o aumento das situações ilícitas que será preciso penalizar.

Ora, adotando-se o modelo de punição da *Sharia* tradicional, estar-se-ia mantendo o mesmo esquema de prioridades da sociedade medinense que Maomé conheceu – o que constituiria um claro absurdo frente ao mundo atual. Se a falsa acusação de adultério seguisse merecendo oitenta açoites, como penalizar o crime de falso testemunho em juízo – que, além de prejudicar a honra alheia como no crime da *Sharia*, ainda causa danos materiais à vítima e ameaça todo o sistema de justiça estatal? Se o assalto em estradas merece amputação cruzada, o que fazer com o “pivete” que rouba um passageiro no ônibus? Se o furto é punido com a perda da mão, em que medida castigar o político que desvia milhões do Estado? Se todos os países podem livremente permitir ou recusar o ingresso de estrangeiros, como aplicar a pena de banimento?

Também é preciso reconhecer que o Estado moderno necessariamente verá o cidadão de uma forma mais respeitosa e individualizada do que as organizações pré-estatais. Isto é uma decorrência direta do poder incomensurável que tal ente assume nos confrontos com o indivíduo – poder este que nunca foi alcançado em outros modelos. Os grandes impérios podiam dar-se ao luxo de tratar os súditos como vermes – a possibilidade que o governo tinha de causar um mal aos súditos era muito limitada, pelos comparativamente poucos recursos que este tinha à disposição e pela incapacidade física de alcançar e vigiar a imensa maioria dos habitantes. Já o Estado moderno possui recursos que lhe habilitam um controle total do indivíduo – não é por outro motivo que o conceito “totalitarismo” anda de mãos dadas com a época moderna. Como oferece maior perigo à liberdade individual, o Estado tenderá a enxergar o indivíduo de modo extremamente cauteloso, pois sabe que, se confrontá-lo diretamente, o esmagará. Por tudo isso, o Estado moderno precisa garantir a seus cidadãos uma esfera de liberdade indevassável, e precisa preocupar-se com o respeito à dignidade humana destes.

É esta uma das razões porque, no modelo hodierno de organização estatal, a aplicação de penas aos indivíduos deve ser acompanhada das maiores cautelas. Quanto maior o poder do executor, mais ele deve restringir este poder, para que o Estado não se torne um fim em si e olvide sua finalidade última, que é o bem estar geral dos cidadãos. Logo, a aplicação de penas corporais por um Estado organizado segundo o modelo contemporâneo contraria o funcionamento básico deste ente, que impõe uma autolimitação nos confrontos com os indivíduos.

Os contra-argumentos neste tema das penas iriam no sentido da caracterização dos crimes *hudud* do Corão como “direitos de Deus”⁹²⁵, alegadamente estabelecidos por Ele e exigidos literalmente dos homens.

*The hudud punishments are thus classified as the rights of God (huquq Allah). They are prescribed as punishment for violating divine injunctions that protect public interest and are therefore not remissible. Al-Mawardi had pointed out that the hudud are ‘deterrent punishments prescribed by God to prevent Men from committing what He forbade...’ For the above reasons Muslim jurists hold that their severity cannot be questioned.*⁹²⁶ (grifos no original)

Tais afirmações, no entanto, contradizem a própria evolução da *Sharia*, pois, conforme já apontado, estas punições sofreram algumas alterações ao longo da história⁹²⁷.

Além disso, caso se faça uma breve incursão pela visão que defende os “direitos de Deus”, é necessário afirmar que um direito subjetivo não permanece necessariamente igual, imutável e indiferente às circunstâncias concretas de seu entorno. Pode-se retomar aqui o clássico exemplo de São Tomás de Aquino⁹²⁸: outra pessoa pode ter o direito subjetivo de receber de volta a espada que me emprestou, mas eu não deverei devolvê-la (o direito se

⁹²⁵ CHARLES, Raymond, *op.cit.*, pags.34-35.

⁹²⁶ BADERIN, Mashood A., *op.cit.*, pags. 81-82. A citação de Al-Mawardi foi extraída de AL-MAWARDI, A., *The laws of islamic governance*, 1996.

⁹²⁷ Um notável exemplo é fornecido por um trecho do relatório enviado pelo governo líbio ao Conselho de Direitos Humanos como preparação para o Exame Universal Periódico. Neste, se lia: “*Abolition of the death penalty in the Libyan Arab Jamahiriya is a matter of decision for the people’s congresses, which are the legislative authority. The question of abolition has been tabled before them on several occasions and they resolved to retain the penalty for reasons relating to Islamic law on the one hand and for social reasons on the other relating to the desire to prevent any resurgence of the phenomenon of revenge. Abolition of the death penalty remains a goal of Libyan society. The legislative policy in the Libyan Arab Jamahiriya generally seeks to minimize to a great extent the application of the penalty in that many opportunities are provided in the legislation for it not to be applied where the relevant legal criteria are met.*” (Relatório nacional preparado pela Líbia, pag. 21. Disponível em: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session9/LY/A_HRC_WG.6_9_LBY_1_Libya_E.pdf, acesso em 03.05.2011) Isto é, o governo parece acreditar que a pena de morte é exigida pela *Sharia* (o que só corresponde ao texto corânico nos poucos crimes *hudd*, como vimos), mas tal crença não o impede de proclamar que a sociedade líbia buscará a abolição da pena de morte. Inclusive, a própria política legislativa do país, caso aja efetivamente como descrito neste trecho, já está alterando as prescrições do livro sagrado, ao optar por uma aplicação restritiva.

⁹²⁸ *Summa II-II*, q.57, a.2, ad 1.

extingue) caso o proprietário enlouqueça e deseje se matar com a espada, ou indique que a utilizará em aliança com os inimigos da pátria. O mesmo poder-se-ia argumentar em relação aos direitos de Deus: Deus não nos exigirá a aplicação das penas expressas no Corão se estas venham a arruinar a sociedade humana – e já foi demonstrado que não há maneira de manter um Estado aplicando as penas severas previstas no livro sagrado.

As afirmações do parágrafo anterior representam somente uma tentativa de mostrar como a *Sharia* pode acomodar-se aos tempos modernos, sem qualquer pretensão de realizar teologia islâmica. De qualquer modo, a maneira como se fará a compatibilização entre os “direitos de Deus” e os direitos humanos fica a cargo dos estudiosos muçulmanos⁹²⁹, únicos qualificados para tal⁹³⁰: a proposta deste trabalho, neste ponto, é simplesmente levantar e defender a possibilidade de tal compatibilização.

5.3.2 Como responder ao argumento da superioridade intrínseca da *Sharia*?

A segunda pergunta que se havia levantado⁹³¹ versava sobre o modo de responder aos muçulmanos que, embora compreendendo todos os motivos acima expostos, acreditam que qualquer tese não islamizante apresente um vício de origem, por considerar todas as religiões iguais, coisa que elas não seriam. É possível responder a esta inquietação sem recorrer a argumentos de força?

⁹²⁹ “Devem-se criar espaços para que outras tradições do mundo se desenvolvam e formulem suas próprias visões homeomórficas correspondentes ou opostas aos ‘Direitos’ ocidentais. Ou, mais precisamente, **essas e outras tradições mundiais devem criar espaço para si próprias, pois é improvável que alguém mais o faça**. Essa é uma tarefa urgente, caso contrário, a sobrevivência de culturas não-ocidentais seria impossível, e mais impossível seriam as alternativas viáveis ou mesmo um complemento razoável. Aqui, é fundamental o papel de uma abordagem filosófica intercultural.” (grifos acrescentados) PANIKKAR, Raimundo: *Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?* In: BALDI, César Augusto, *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁹³⁰ Heiner Bielefeldt cita algumas tentativas neste sentido, como a hierarquização promovida por An-Na’Im entre as suras corânicas reveladas em Meca (seriam atemporais) e as de Medina (relativas ao contexto específico da primitiva sociedade islâmica). Outra argumentação é fornecida por Nasr Hamid Abu Zaid, que busca entender o contexto histórico do Corão e relacionar, a partir daí, os trechos corânicos com a realidade atual. BIELEFELDT, Heiner: *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: ed.Unisinos, 2000, pags. 173-177. Sami Aldeeb também menciona a visão, mais radical, dos “coranistas”, que rejeitam a Sunna e só se ligam às palavras do Corão, além da perspectiva mais independente que apresenta o Corão e a *Sunna* como ponto de partida histórico para uma legislação cambiante de acordo com o tempo e lugar, rejeitando a visão da *Sharia* como uma moldura fixa. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami, *op.cit.*, pags. 15-16.

⁹³¹ *Supra*, pag. 288, neste capítulo.

An-Na’Im fornece diversos tipos de resposta. Em primeiro lugar, menciona que a liberdade é fundamental para a manutenção de qualquer crença autêntica, pois ninguém pode ser forçado a crer. Ora, a liberdade de crer implica necessariamente na liberdade de não crer. Portanto, se a religião do Islã é para ser tomada a sério – insiste o autor –, os fiéis de outras crenças devem ser respeitados. Do contrário, todos os muçulmanos que vivem em países autoritários em matéria de religião seriam, na verdade, crentes pela força. Poderia tratar-se de um tipo sutil de hipocrisia, no qual a aceitação do Islã é unicamente um modo de escapar de problemas na vida civil. Para impedir tais oportunismos (condenados por Maomé expressamente, lembre-se⁹³²), o Estado que deseja promover o Islã deve permitir que a adesão a este seja livre – e não há adesão livre sem possibilidade livre de abandono. É esta a razão da afirmação cortante com a qual o professor sudanês inicia seu livro:

*In order to be a Muslim by conviction and free choice, which is the only way one can be a Muslim, I need a secular state. By a secular state I mean one that is neutral regarding religious doctrine, one that does not claim or pretend to enforce Shari’a – the religious law of Islam – simply because compliance with Shari’a cannot be coerced by fear of state institutions or faked to appease their officials.*⁹³³

É também o motivo pelo qual o Corão repete a todo o tempo a advertência de que Deus conhece o interior dos indivíduos⁹³⁴: a religião se volta às intenções, e os comportamentos externos são principalmente maneiras de demonstrar o que vai dentro da alma.

Em segundo lugar, An-Na’Im lembra que, caso a reivindicação por um Estado islâmico fosse respeitada, ela não o seria por muito tempo, eis que, como já demonstrado neste trabalho à saciedade, quem assumiria o poder não seria “o Islã”, mas um grupo determinado de muçulmanos, detentores de visão própria sobre os muitíssimos temas nos quais há diversidade de interpretações na *Sharia*⁹³⁵. Portanto, o advento de um Estado

⁹³² “137. Aos que creram, depois renegaram, depois creram e renegaram de novo e insistiram na renegação, Deus jamais perdoará, e Ele jamais os guiará para a senda da retidão.” (4:137)

⁹³³ AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pag.1.

⁹³⁴ “108. Conseguem esconder-se dos homens, mas não de Deus. [...] Deus está a par de tudo quanto fazem.” (4:108) “51. Deus sabe o que há em vossos corações. Deus é conhecedor e clemente.” (33:51) “Não reparaste que Deus sabe o que está nos céus e na terra? Não há colóquio secreto entre três sem que ele seja o quarto.” (58:7) “282. E teme a Deus. Ele vos ensina, e Ele tem conhecimento de tudo. [...] 283. E não escondais o testemunho; pois quem o fizer peca no seu coração. Deus sabe tudo o que fazeis. 284. A Deus pertence tudo o que está nos céus e tudo o que está na terra. Quer manifesteis os sentimentos que estão em vós, quer os oculteis, Deus vos pedirá contas deles.” (2:282-284)

⁹³⁵ Ann Elizabeth Mayer, já muito citada neste trabalho, afirma: “*There is no one authoritative version of Islamic law that can be said to qualify in all Muslims’ eyes as the correct form of shari’a, only competing interpretations of Islamic requirements. Some are compatible with human rights and some are not. Of course, in Islam, the foundation of everything must lie in the Qur’an. However, we know that from the death of the Prophet Muhammad onward, Muslims have disagreed over the implications of the Qur’an. So, even this foundational document is contested.*” IBRAHIM, Dina, *op.cit.*

islâmico acarretaria necessariamente na repressão a outras formas de Estado islâmico, que a doutrina tradicional entendia tão legítimas quanto a oficial. Relembre-se que, no Islã, o dissenso entre os estudiosos não é uma desgraça, mas uma prova do caráter divino da legislação. Logo, o Estado islâmico é uma impossibilidade de fato, pois uma das características da *Sharia*, que é a multiplicidade das escolas doutrinárias, necessariamente será escamoteada pelos novos governantes integralistas.

Outro argumento alinhado pelo mesmo autor diz respeito ao caráter do Estado: segundo ele, o Estado é uma instituição política, e não pode ser religiosa. A veracidade deste argumento já foi demonstrada neste capítulo e no precedente. Vimos que o Estado se dirige a finalidades específicas e que, caso tente juntar tais finalidades com uma missão religiosa, necessariamente prejudicará os indivíduos que lhe estão sujeitos e descumprirá sua finalidade precípua. Ademais, vimos que os eventuais casamentos entre Estado e religião que ocorreram no mundo islâmico sempre se caracterizaram por uma incompatibilidade de fundo entre os “nubentes” – o que houve foi uma tentativa constante do Estado de dominar a sua “cônjuge” religião, com governantes sucessivos apoderando-se dos instrumentos da religião de forma a promover finalidades políticas.

An-Na’Im recorre também a outro argumento extraído da prática: desde a primeira guerra civil islâmica, poucos anos após a morte de Maomé, nunca houve consenso entre os crentes sobre o que significaria um “Estado islâmico” – e jamais um ente político foi universalmente reconhecido como exemplo válido e modelo para todo governante islâmico. Falamos acima sobre a figura do califa, e como este possuía legitimidade política e não religiosa até a queda de Bagdá, tornando-se depois uma voz da religião a serviço dos sultões mamelucos e turco-otomanos. Na verdade, o único modelo ao qual muçulmanos em todo o mundo e circunstâncias podem recorrer é a primitiva comunidade de Medina, reunida ao redor de Maomé. No entanto, tal comunidade não constituía um Estado, seu domínio territorial era mínimo e encontrava-se ainda constantemente ameaçado. Portanto, a reivindicação por aplicação exclusiva da *Sharia* é utópica, eis que nenhum Estado ou entidade política jamais se regeu somente pelas disposições da lei islâmica.

Por fim, o autor assevera que será impossível para qualquer Estado manter-se seguindo única e totalmente os princípios da *Sharia*. Isto porque a *Sharia* não contempla qualquer forma de autoridade pública – seus aplicadores por excelência são os *ulama*, os mestres da lei. Ora, estes não podem assumir o poder, do contrário, se converterão em governantes, perdendo sua qualificação de estudiosos desinteressados, próximos da população

e sempre dispostos a aconselhar os fiéis⁹³⁶. Caso se tente, como no Irã, seguir um modelo de “governo dos juristas”, terminar-se-á por obter somente um corpo de “juristas do governo”. Ademais, é contraproducente tentar governar a sociedade com deduções retiradas da interpretação em abstrato das fontes jurídicas que compõem a *Sharia*. Qualquer sistema jurídico necessita um mecanismo de recepção, assimilação e resposta das expectativas e mudanças sociais. A ênfase exclusivista e imobilista na lei islâmica impede o bom funcionamento deste sistema. Assim, vemos que a *Sharia* traz em seu próprio bojo a necessidade de um governo independente, que a aplique a partir de princípios de direito público, não expressos na *Sharia* porém não excluídos por ela, condizentes com a sociedade em questão.

5.4 Síntese do capítulo e conclusão

É tempo de concluir nossos estudos sobre a *Sharia* e suas possibilidades. Passemos, portanto, a uma apertada síntese do que até aqui se discutiu neste capítulo:

Iniciamos afirmando que a *Sharia* não impõe qualquer forma de governo em especial. Além disso, a história do Islã mostra que o Estado e a religião não foram vistos como entidades idênticas, mas marcharam em paralelo, com o primeiro tentando constantemente invadir a seara da segunda – em geral para aumentar o poder do governante sobre a população.

A seguir, examinamos os quatro pontos mais turbulentos na relação entre a *Sharia* e os direitos humanos tentando justificar as respectivas disposições da *Sharia* a partir de um ponto de vista histórico que levasse em conta as especificidades do contexto no qual a lei islâmica surgiu.

Estudaram-se os prováveis motivos que levaram às especificações do Corão e da *Sunna* sobre a situação da mulher. Concluímos que, em geral, esta se apresentava mais favorável quando comparada à realidade que valia na Arábia pré-islâmica. No entanto, as disposições desiguais permaneciam, mas não poderiam ser enxergadas como imutáveis e

⁹³⁶ AN-NA’IM, Abdullahi A., *op.cit.*, pags.10, 16 e 285.

eternas, eis que o tema sempre se caracterizou por mudanças e reinterpretações de normas a princípio de fácil entendimento.

O mesmo padrão se apresentou no tocante ao tratamento dos povos de outras religiões: as prescrições corânicas, ainda que longe de igualitárias, constituíram um inegável avanço em relação ao panorama anterior, pois a ausência de regras e desconfiança de todo estrangeiro foram substituídas pelo dever de manter os pactos e pela proibição da perseguição dos “povos do livro”, enquanto que a guerra total e indiscriminada foi temperada com os versículos corânicos que tendiam a favorecer a guerra como resposta, e não como finalidade essencial.

Tal como em relação à mulher, também aqui o passar dos anos assistiu a algumas mudanças importantes em temas regulados expressamente no livro sagrado, em especial a partir dos últimos dois séculos, com a maior integração entre povos não muçulmanos e seguidores do Corão.

O tema da democracia e do governo não são, praticamente, tratados pela *Sharia*. Na verdade, vimos que esta deixa o governo em tal desamparo que este se viu forçado a intervir na produção do direito religioso, obtendo alguns ganhos dos clérigos, que lhe permitiram montar uma estrutura de poder não prevista pela lei islâmica e não antecipada na comunidade original de seguidores do profeta em Medina.

Outra consequência desta indeterminação corânica sobre política reside na grande dependência da virtude pessoal do governante: caso este não seja uma boa pessoa, a *Sharia* poderá ser utilizada para fins menos nobres eis que suas disposições muito genéricas sobre o governo admitem uma interpretação torcida.

O quarto ponto de discórdia entre a lei islâmica e os direitos do homem reside nas penas aplicadas pelas jurisdições da *Sharia*, em especial as previstas no Corão, por serem alegadamente dotadas de caráter imutável, vez que exprimiriam desejos/direitos literais de Deus. Em relação às punições, investigamos sua motivação considerando os bens importantes para a sociedade que Maomé conhecia. A seguir, observamos as mudanças que estas sofreram ao longo do tempo, também decorrentes da interpretação de juristas e chefes de governo. Vimos ainda que todos os crimes cuja pena está expressamente prevista no Corão exibem imediatamente abaixo alguma disposição referente ao perdão (de Deus ou do executor da pena?) devido ao criminoso arrependido.

Reunindo os elementos pesquisados nos tópicos anteriores, nos concentramos, na segunda parte do capítulo, na resposta a duas perguntas: seria a *Sharia*, como legislação

diretamente querida por Deus, absolutamente imutável? E uma eventual resposta negativa teria condições de ser comunicada a muçulmanos radicais?

A primeira resposta é negativa. A *Sharia* não é imutável, e alinhamos os seguintes argumentos a este respeito:

Em primeiro lugar, toda lei que visa regular diretamente um conjunto de relações humanas deve adequar-se ao seu objeto. Caso este seja mutável (como o são as relações humanas), a lei também deverá acompanhar as novas circunstâncias.

Em segundo, a mera tarefa de aplicação do texto à realidade demanda algum grau de interpretação e, portanto, alguma mudança no sentido dado ao texto. Caso tal operação não seja feita de modo claro, o será às escondidas, correndo-se o risco de beneficiar somente o governo.

Em terceiro lugar, temos que a *Sharia*, efetivamente, já mudou em diversas de suas disposições capitais desde sua instituição. E tais mudanças foram sendo absorvidas sem maiores problemas pela comunidade islâmica.

Além de tudo isso, a adequação da lei islâmica às condições da realidade é uma exigência concreta da configuração do Estado moderno – que é o modelo (ao menos parcialmente) adotado e almejado por dez entre dez países islâmicos.

Em relação à segunda pergunta, citamos as respostas elaboradas por An-Na’Im: para ele, a reivindicação por uma imposição à força da *Sharia* não tem sentido, sequer partindo-se de uma visão que considere o Islã como tão superior às demais religiões que a liberdade religiosa e a defesa do secularismo não pudessem ser alegados.

O autor sudanês lembra que a aplicação forçada de normas religiosas impossibilitaria a verdadeira crença que decorre de uma vontade livre; que a aplicação de um direito islâmico sempre se fará por meio de pessoas que imporão sua própria interpretação; que o Estado é um conceito político e não religioso; que nunca houve consenso entre os muçulmanos acerca de quem constituiria um governante modelar do ponto de vista islâmico; e que o Estado não conseguirá dar conta de todas as situações que deverá resolver simplesmente aplicando a *Sharia*.

O que é necessário, para o objetivo desta dissertação, reter deste sexto capítulo? A ideia clara de que a mera crença subjetiva no caráter divino da *Sharia* não impediu tanto os governantes quanto os juristas muçulmanos de promoverem nela diversas mudanças ao longo

da história. Paradoxalmente, a noção de imutabilidade acaba servindo ao propósito dos políticos que desejam interferir na determinação do conteúdo e aplicação da lei religiosa, eis que tal “dogma” inibe a ação dos *ulama* (mestres da lei) e favorece a equiparação do governante civil com um guardião da religião, além de permitir-lhe camuflar as suas próprias interpretações *ad hoc* da lei como se fossem normas diretamente requeridas pela *Sharia*. A união entre Estado e religião, no Islã, quando ocorre, é de modo forçado e tendente a beneficiar o governo, em detrimento da maioria da população.

6 CONCLUSÃO

6.1 Síntese do trabalho

Na introdução a este trabalho, foram apresentadas as duas questões seguintes, a cuja resolução a dissertação se dedicaria:

As questões são: (1) O Conselho de Direitos Humanos consegue promover um maior respeito pelas liberdades básicas da pessoa nos países de forte característica islâmica? O que pode ser feito para melhorar sua abordagem? (2) A lei islâmica constitui de fato um obstáculo à observância dos padrões internacionais de direitos humanos?

Conforme notamos no capítulo preambular, a resposta a estas indagações traria – esperava-se – um novo alento à discussão acerca da universalidade e da fundamentação dos direitos humanos. A forte concretude da *Sharia* constituiria um teste significativo para as alegações acerca do caráter global e material dos direitos humanos.

Após o desenvolvimento do tema nos cinco capítulos precedentes, é hora de responder às perguntas propostas, concluindo assim o trabalho. Para isso, far-se-á um rápido repasso de quanto foi concluído nos apartados acima.

O capítulo 2 foi dedicado à análise dos Estados islâmicos selecionados no Exame Universal Periódico do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em breve resumo histórico, vimos que o Conselho foi estabelecido como sucessor da Comissão de Direitos Humanos, desacreditada por sua pouca efetividade, por tornar-se um palco de concessões diplomáticas ao invés de denúncias de violações dos direitos humanos, e pela alegada parcialidade em desfavor dos Estados subdesenvolvidos. Estudamos a estrutura e composição do Conselho, formado por 47 integrantes, e possuindo funções tanto de resposta a violações graves de direitos humanos quanto de coordenação do sistema universal de proteção dos direitos humanos que se desenvolve sob a proteção da ONU. Ficou claro, por fim, sua dupla função, consubstanciada num foro de discussões e no estabelecimento e armazenamento de fatos relativos aos direitos humanos a nível mundial. E tratamos também, à ocasião, dos aspectos gerais relativos ao Exame Universal Periódico, técnica de avaliação e discussão de

todos os países membros das Nações Unidas no que tange ao respeito que exibem pelos direitos básicos de seus habitantes.

A passagem dos Estados selecionados pelo mecanismo do Exame permitiu dividir seus problemas relativos a direitos humanos por uma classificação quadripartite, que foi mantida em outros capítulos da dissertação. Os principais tópicos de dissonância entre os padrões internacionais e disposições legais encontradas nos países islâmicos estudados diziam respeito à discriminação contra as mulheres, à discriminação contra os não adeptos do Islamismo, à previsão de penas cruéis, desumanas e degradantes em seus ordenamentos internos e a questões atinentes ao autoritarismo e falta de democracia.

Em relação à mulher, nota-se⁹³⁷ que muitos dos países estudados possuem disposições discriminatórias em suas constituições e textos legais. Alguns Estados mantêm a figura do guardião da mulher, entendendo que esta não pode viver autonomamente sem a proteção de um tutor do sexo oposto. Muitos também constroem as mulheres que necessitam locomover-se sem a presença do esposo. Em alguns países, a esposa só obterá passaporte quando autorizada pelo marido. Na família, os governos também impõem algumas diferenciações, como uma idade mínima núbil feminina mais baixa do que a masculina. Há ainda costumes que degradam a posição da mulher no casamento, como a poligamia, os casamentos forçados, a entrega de mulheres como compensação pela prática de algum crime e a falta de criminalização ou investigação da violência marital doméstica. Em geral, a mulher muçulmana não pode casar-se com um não muçulmano, enquanto o mesmo não vale para os homens. Muitos países islâmicos também interferiam na liberdade de vestuário das mulheres, tanto com a imposição de véus e trajes quanto pela proibição destes. O divórcio também é um campo no qual os homens possuem muito mais vantagens que suas esposas. E a estrita proibição do adultério que vigora em diversos Estados islâmicos costuma ser aplicada às mulheres vítimas de estupro ou de maridos descontentes. Por fim, as trabalhadoras domésticas de origem estrangeira estão entre a parcela mais vulnerável da população, pois não são reconhecidas como cidadãs e permanecem completamente à mercê de seus empregadores.

Os não muçulmanos tampouco têm vida fácil em muitos dos países do Islã que foram examinados neste trabalho. Conforme mostra a continuação do capítulo 2⁹³⁸, muitos países sequer preveem a liberdade religiosa em seus ordenamentos jurídicos. Pessoas adeptas de

⁹³⁷ Cap.2, pags. 54-67.

⁹³⁸ Cap.2, pags. 67-74.

outros credos costumam estar proibidas de exibir os símbolos de suas religiões em público, bem como de praticar qualquer ato externo de culto. O proselitismo é fortemente reprimido e perseguido. Foram mencionadas notícias de conversões forçadas e perseguições às denominações islâmicas que se afastem da oficial, adotada pelo governo. Representantes de outras crenças não podem, por vezes, manter estabelecimentos de culto e nem mesmo de ensino. Manifestações vistas como ofensivas à religião dominante são puníveis, em alguns países e casos podendo ser alcançadas pela pena de morte. É preciso notar também a tipificação penal de condutas como a blasfêmia (ofender a religião e Deus) e a apostasia (passar do Islã a outra fé), sendo que podem ser retribuídas com a pena capital. Em alguns países, se intenta restringir a cidadania dos não muçulmanos, impedindo-os de possuir direitos ou reconhecendo somente algumas religiões como minorias protegidas, deixando outros grupos, que se deseja perseguir, de fora.

Em relação às penas desproporcionais⁹³⁹, os países islâmicos sofreram diversas críticas pelo uso de punições corporais como açoitamento, amputação de membros do corpo e aplicação cruel da pena de morte, por exemplo através de lapidação. Também constitui um ponto de preocupação o fato de estas execuções serem, muitas vezes, públicas. Além disso, em muitos países, condutas como adultério e fornicação são punidas com castigos físicos pesados, enquanto que diversos atos praticados contra o regime governante acarretam na aplicação da pena de morte. Por fim, os Exames analisados também se referiram criticamente aos baixos limites para a maioria penal em diversos países islâmicos, bem como ao fato de crianças serem submetidas às penas corporais e, por vezes, até à morte.

Por fim, falou-se sobre violações aos direitos humanos decorrentes de comportamentos totalitários do Estado⁹⁴⁰. Nota-se que diversos Estados muçulmanos não impedem que seus agentes apliquem tortura em custodiados e prisioneiros, visando extrair confissões. Ademais, a tortura também é utilizada de modo deliberado pelo Estado, como forma de intimidar e calar vozes opositoras. Outros problemas apontados foram a falta de transparência no sistema carcerário, incluindo condições de incomunicabilidade, a existência de tipos penais amplos e indefinidos, dirigidos a jornalistas, ativistas e demais críticos do governo e o bloqueio estatal à internet. Para mais, alguns grupos étnicos ou religiosos são por vezes escolhidos pelo governo como alvos de ataques especiais. Por fim, embora não fosse

⁹³⁹ Cap.2, pags. 74-79.

⁹⁴⁰ Cap.2, pags. 79-90.

um dado levantado no Exame, apontamos que pouquíssimos dos Estados islâmicos são “verdadeiramente” democráticos, consistindo basicamente na Turquia e Indonésia, além dos três subsaarianos (Máli, Níger – democracia claudicante – e Nigéria).

A quais conclusões nos levou este capítulo com seus relatos de atrocidades?

Em primeiro lugar, nota-se que uma expressiva parcela dos casos de desrespeito aos direitos humanos é em maior medida uma consequência do regime autoritário do Estado que de exigências propriamente religiosas. O campo das violações que se reportam ao Islã é formado basicamente pelas relações familiares e pelo *status* jurídico do não crente. Já temas como a crueldade das penas apresentam uma fundamentação remota na religião (que pede algumas punições como amputação de membros), e outra mais próxima na vontade do governo (o catálogo das condutas puníveis com a morte é inflacionado para além do que prevê o Corão). Por fim, as rusgas atinentes à repressão da população civil em geral encontram sua razão de ser na sede de poder da liderança política.

Outra conclusão, complementar à primeira, é que a *Sharia* islâmica, ao menos na maneira em que é interpretada pela maioria dos governos envolvidos, parece conduzir a algumas violações de direitos fundamentais. Colocando, assim, em jogo os argumentos pela compatibilidade entre Islã e os direitos humanos.

O capítulo 3 ateu-se à reação dos Estados e à análise do procedimento do Exame e das demais tarefas do Conselho, visando estabelecer os princípios gerais que guiarão este órgão. Em relação ao primeiro ponto, observamos⁹⁴¹ que os países de afiliação maometana, quando confrontados com críticas incisivas, se valem de três artifícios: negar ou relativizar as acusações, defender seus atos com base em exigências particulares de sua religião ou cultura específicas, ou (de modo preferencial) a atuação em bloco com outros países destinatários das mesmas críticas.

Já acerca da atuação do Conselho de Direitos Humanos como um todo, o primeiro princípio que se encontrou⁹⁴² foi denominado “estatismo”, pelo qual se acredita que a realização dos direitos humanos do indivíduo dependa essencialmente da atuação positiva do Estado. Caso este venha a omitir-se, o indivíduo não terá como realizar seus direitos. Corolário desta tese é a crença de que dificuldades econômicas estatais conduzirão à

⁹⁴¹ Cap.3, pags. 91-94.

⁹⁴² Cap.3, pags. 95-106.

impossibilidade, pelos habitantes, do gozo de seus direitos individuais. Portanto, Estados mais pobres pleitearão, com base neste princípio e com o apoio de diversas resoluções do Conselho que foram apresentadas no capítulo em foco, uma imunidade às críticas por não garantirem os direitos de seus cidadãos. Quando o Estado é visto como absolutamente necessário para que os indivíduos tenham direitos, a falta de recursos do Estado acarreta a falta de direitos dos indivíduos. Eis porque diversos Estados habitualmente violadores dos direitos humanos costumam alegar, em benefício próprio e de seus aliados, a ausência de recursos materiais.

Em contrapartida, tal visão acaba por desprezar o entendimento dos direitos humanos como intitulados pelo homem independente da aceitação ou não pelo Estado. Uma vez que se admite que o governo seja a forma de realizar os direitos do homem, fica claro que, se o governo não tiver os meios, o homem não poderá aspirar à realização de seus direitos. Estes, portanto, não são atributo específico do ser humano, mas um poder do indivíduo que só se manifesta em conjunção com o Estado.

O estatismo se ramifica no materialismo, pelo qual a questão dos direitos humanos passa a ser vista como uma mera disputa sobre prestações materiais. Para o governo, promover os direitos humanos torna-se distribuir bens e fornecer serviços. A conclusão será a desvalorização dos direitos humanos, que, vistos assim, necessariamente dependerão da disponibilidade econômica de cada país.

Outro corolário do estatismo é a crença na inevitabilidade da violação dos direitos humanos caso venha a faltar a intervenção do Estado. Esta posição é tributária de uma concepção antropológica essencialmente pessimista, que apresenta o homem como um ser puramente egoísta e em luta perpétua consigo mesmo. Ora, tal posição é só uma entre outras, e não parece saudável erigir-se uma concepção de direitos humanos sobre uma visão que apresenta a espécie humana como dirigida ao suicídio coletivo se não for refreada pelo Estado. Ademais, tal concepção estatista conduz inevitavelmente à invasão do espaço do particular pelo Estado, uma vez que parece – erradamente – que o indivíduo, deixado aos seus próprios cuidados, necessariamente fará mal a si mesmo e aos demais.

Recomendações exageradas feitas no âmbito do Conselho aos países islâmicos, como a proibição de castigos físicos para as crianças dentro da família, a descriminalização do aborto e a mudança no modo de pensar da sociedade sobre relações sexuais e castidade, se inserem neste princípio: o Estado precisa intervir em todos os aspectos da vida humana, pois se não o fizer, o homem se destruirá.

No campo da teoria, a consequência deste primeiro princípio será a negação pura e simples da natureza humana, pois esta, se existe, será vista como essencialmente má, devendo ser dominada e superada pela civilização, na figura do Estado e dos direitos humanos.

A segunda grande característica é o universalismo⁹⁴³, que possui componentes positivos e negativos em relação ao entendimento de direitos humanos defendido neste texto. O universalismo pode consistir num valioso auxílio na promoção dos direitos humanos quando é entendido como afirmação dos traços e valores comuns à humanidade, que os direitos humanos visam proteger e promover. Neste sentido, o universalismo pode ser observado no trabalho do Conselho quando este se recusa, contínua e sistematicamente, a escorregar para as discussões intrarreligiosas sobre a interpretação da *Sharia* ou o valor da lei islâmica frente aos direitos humanos. O Conselho dá por aceite que todos os Estados membros das Nações Unidas, ao aderirem a tal organização, concordam ao menos em geral com os direitos humanos previstos nas declarações, resoluções da Assembleia Geral e outros órgãos, e nas convenções e costumes impulsionados pela ONU. Ainda que os documentos relevantes porventura não tenham sido assinados, parece fora de dúvida que as disposições constantes da Carta da ONU relativas à manutenção da paz e segurança internacionais e à proteção da dignidade humana⁹⁴⁴ constituem pedras fundacionais do respeito aos direitos humanos, pelo menos enquanto vistos de forma genérica. Assim sendo, não há necessidade de enredar-se nos debates acerca da legitimidade das normas islâmicas em cada violação apontada de direitos humanos. Os membros do Conselho costumam ignorar tais defesas quando são apresentadas pelos Estados islâmicos, de tal sorte que estes preferem, hodiernamente, lançar mão da linguagem dos direitos humanos ao invés de negá-los pura e simplesmente invocando a lei religiosa.

No entanto, o universalismo também possui um aspecto negativo: é a consideração dos direitos humanos como formando um bloco único de direitos interdependentes entre si, de forma que não possam ser analisados em separado. Isto beneficia governos pouco propensos a levar a sério suas obrigações perante o direito internacional dos direitos humanos, pois estes poderão alegar o cumprimento e garantia de direitos econômicos ou sociais, cuja mensuração real é mais difícil e necessariamente comparativa, enquanto as violações aos direitos civis e políticos podem seguir ocorrendo ao abrigo das críticas. Lembre-se que qualquer repreensão

⁹⁴³ Cap.3, pags. 106-120.

⁹⁴⁴ Carta das Nações Unidas, arts. 1(1), 1(3), 2(4) e 55.

sofrida pelo governo, no caso, será por ele rebatida com a apresentação de um “saldo geral” mais favorável, aos argumentos de que o direito à vida, à integridade física ou à liberdade de expressão não podem ser vistos de modo isolado.

O terceiro corolário do universalismo – também negativo – é o igualitarismo excessivo. De modo a “dar bom exemplo” e chegar a abranger o máximo número de Estados possível, o Conselho faz questão de dedicar a mesma atenção a todos os países, não importando seu histórico, durante o Exame Universal Periódico. Isso, além de representar elevados gastos de tempo e de recursos materiais, ainda desequilibra, na verdade, a balança em favor dos Estados reiteradamente violadores dos direitos humanos (desde que pobres), pois contarão com a simpatia dos demais subdesenvolvidos quando movem suas críticas contra os chamados Estados desenvolvidos. O efeito acaba, então, por ser o contrário do que se almejava, pois em vez de influenciar positivamente os Estados reticentes a participar do Conselho, este igualitarismo possibilita que tais países se protejam das críticas que lhes são feitas, aproveitando-se do fato de a maioria dos países pender mais para o lado do Estado subdesenvolvido, qualquer que este seja. Isto será bem ilustrado, espera-se, com as tabelas constantes do anexo a este trabalho, as quais contém uma valoração das observações feitas a alguns Estados islâmicos.

Outra característica percebida⁹⁴⁵ na atuação do Conselho de Direitos Humanos foi denominada abstracionismo. Isto significa a afirmação de supostos direitos baseada em votações e resoluções de órgãos internacionais, mas sem a preocupação de verificar se tais direitos possuem uma contrapartida na realidade.

O exemplo que se forneceu à ocasião dirigia-se ao direito à verdade. Este é realmente um direito fundamental, expressão da dignidade humana em contato com a realidade social, desde que seu conteúdo esteja claramente delimitado e que se dirija à reparação e conforto dos indivíduos que buscam informações sobre eventuais atrocidades que tenham sofrido nas mãos dos agentes estatais. Eis aí o direito à verdade como consagrado nos instrumentos internacionais relevantes – conforme explicitados no capítulo terceiro – e como exigido pela justiça natural.

No entanto, preocupa a disposição, percebida em numerosas resoluções do Conselho de Direitos Humanos, de alargar o campo deste direito, transformando-o num requisito para a pacificação da sociedade e numa bandeira do combate à impunidade, cuja realização seria

⁹⁴⁵ Ver cap.3, pags. 120-129.

indispensável ao gozo dos direitos humanos. Faria parte assim do conteúdo deste “novo” direito à verdade a preservação da “memória histórica” da sociedade, o estabelecimento de “comissões da verdade” e a afirmação da jurisdição estatal sobre os crimes históricos. Esta concepção do direito à verdade repousa sobre suposições acerca do que “faria bem” à sociedade como um todo. Nota-se que, deste modo, não se fala mais em direito dos indivíduos, e sim num direito que corresponderia a todos os integrantes da sociedade tomados em bloco. Entende-se que aqui se deixa o campo dos direitos humanos e até mesmo do direito, para ingressar nas áreas da política e da sociologia.

Que fique claro: nada impede que estas novas formulações do “direito à verdade” sejam aplicadas por alguns Estados. Mas, da mesma maneira, nada impede que outros países trilhem outros caminhos na superação de eras caracterizadas por conflitos ou crimes das forças públicas. O que incomoda nas citadas resoluções do Conselho de Direitos Humanos é a sua presunção de que existe uma senda “correta” para promover a reconciliação nacional, e a afirmação deste caminho como o único a ser percorrido. Isto pode – deve – ser validamente discutido no âmbito de um debate político, tanto a nível nacional quanto a nível internacional. Mas afirmar que estas medidas fazem parte dos direitos humanos conduz diretamente à impossibilidade de um tal debate, porque os direitos humanos não admitem que seu conteúdo seja posto em discussão. Isto é, quando se afirma que o “direito à verdade” exige de todo e qualquer Estado que promova a abertura de arquivos, a promoção de investigações sobre o passado, a punição de agentes estatais, a criação de comissões e a distribuição de indenizações, considera-se que todas as realidades estatais são iguais, que todos os conflitos – internos ou externos – que os Estados atravessaram e que deram azo a violações graves de direitos humanos são iguais, e que todas as populações veem tais períodos históricos de forma igual. O debate no interior do próprio Estado sobre como conduzir sua transição fica desvalorizado, eis que só há uma posição possível: adotar o “receituário” estabelecido pelos órgãos internacionais.

Não se pode, portanto, caso se queira manter o pensamento próximo da realidade, afirmar como exigências dos direitos humanos qualquer medida estatal “em abstrato”. É preciso, antes, descer aos fatos e analisar a história e circunstâncias de cada sociedade. A partir daí, poder-se-á tirar algumas conclusões sobre como assegurar a igualdade proporcional entre todos⁹⁴⁶. Ou, devido à eventual complexidade do assunto, a melhor solução pode ser

⁹⁴⁶ Ver a definição de direito esboçada no cap.4, *supra*, às pags. 138 e seguintes.

deixar o deslinde ao debate político em cada sociedade. As conclusões variarão muito, o que não deve surpreender, já que se trata de um objetivo não menor do que “pacificar a sociedade”. Deve, entretanto, ser denunciada como exagerada e fora da realidade a concepção de direito que afirma só haver uma maneira de “pacificar a sociedade”, que esta maneira seria exigida pelos direitos humanos, e que o Estado que não seguir tais comportamentos estará *ipso facto* violando tais direitos.

Após discutirmos este exemplo de abstracionismo, fica mais fácil entender as propostas abstratas que se fizeram aos países islâmicos no âmbito do Conselho: em primeiro lugar, exigiu-se que estes proibissem o castigo físico no âmbito da família. Depois, que providenciassem matérias escolares sobre as religiões de forma geral, que adotassem sistemas econômicos livres “das exigências dogmáticas sobre privatização”, que modificassem a forma como a homossexualidade é vista pela população, que descriminalizassem o aborto, etc.

Políticas que poderiam ser discutidas em âmbito interno passam a ser exigências de órgãos internacionais de direitos humanos. Mais uma vez, a consequência é a afirmação implícita da perda da competência do Estado neste âmbito. O problema do aborto – para permanecer no último exemplo citado – que suscita discussões intensas em todos os países (não somente no Islã, mas inclusive nos ocidentais que já o descriminalizaram há muito, como os EUA) é apresentado como uma matéria já decidida e positivamente solicitada pela instância internacional. Os foros domésticos perdem a legitimidade para discutir o tema, eis que já há sobre o mesmo uma posição “conforme aos direitos humanos”. Logo, manter uma eventual proibição ou passar a criminalizar a conduta seria “contrário aos direitos humanos”. O debate interno é, por conseguinte, tão ilegítimo quanto seria o debate sobre outro direito humano, como o direito à liberdade de expressão. Que legitimidade teria uma discussão parlamentar que visasse suprimir a liberdade de expressão dos cidadãos? Aos olhos dos órgãos de proteção de direitos humanos, nenhuma – o que seria uma resposta corretíssima. O problema é que a mesma resposta será dada às discussões sobre educação, política econômica, moral, etc.

O abstracionismo, assim, conduz aos corolários da invasão da competência estatal e do subjetivismo. Este último termo se explica porque, diante da multiplicação dos direitos humanos e do alargamento de seu conteúdo, é cada vez mais difícil fazer derivar um determinado comportamento exigido pelo Conselho de Direitos Humanos diretamente da dignidade humana ou dos direitos humanos “tradicionais” da Declaração Universal e dos Pactos Internacionais. Os direitos humanos dependerão, para sua concretização em deveres e

condutas específicos dos Estados, de interpretações sempre mais subjetivas, deixadas a cargo de “peritos” ou de eventuais maiorias em órgãos intergovernamentais. Sua legitimidade, assim, é constantemente enfraquecida, e qualquer coisa pode ser ou deixar de ser um direito humano.

Os governos islâmicos com problemas em sua relação com os direitos humanos se aperceberam desta indefinição e deste subjetivismo que acompanham o conceito dos direitos humanos. É por isso que, conforme mostramos no capítulo 3, estes não necessitam mais lançar mão de negações explícitas aos direitos humanos. Contentam-se em explorar ao máximo a indeterminabilidade destes, deixando também patente que muitas das exigências internacionais não passam de formulações políticas às quais os países ocidentais aderem, e que desejam ver impostas aos orientais. Deste modo, conseguem – aproveitando-se também do “dogma” da indivisibilidade dos direitos humanos, como visto anteriormente nesta conclusão – misturar todos os direitos humanos na mesma categoria, alegando o respeito a um para encobrir a violação ao outro, ou aproveitando-se do exagero na formulação de um para socavar a legitimidade de outro. Esta a consequência do subjetivismo nos direitos humanos: quando são apresentados como formulações genéricas e apartadas da realidade, prestam-se a qualquer tipo de uso.

Como vimos, o subjetivismo é consequência da visão que apresenta os direitos humanos como decorrência da dignidade humana, sendo esta entendida como um atributo do homem em abstrato, que independe, a princípio, da consideração dos demais⁹⁴⁷.

Por outro lado, o marco teórico utilizado nesta dissertação, o jusnaturalismo de matriz clássica, entende o ser humano como portador de uma dignidade especial enquanto esta o torna capaz de abrir-se aos demais, reconhecendo nos outros – ainda que estes, por vontade ou incapacidade, não o façam⁹⁴⁸ – um ser com tanto valor como o próprio sujeito observador. Portanto, não se pode falar em decorrências abstratas da dignidade humana. Não é possível

⁹⁴⁷ Cap.3, pags. 128-130.

⁹⁴⁸ A dignidade não pode, conseqüentemente, depender da capacidade de raciocínio, consciência ou liberdade do titular. Pois ela não se confunde com um atributo que o homem pode ou não possuir (como se fosse um membro do corpo). Antes, é uma manifestação essencial e necessária da dignidade o reconhecimento – na medida das próprias capacidades – do igual *status* do outro. Assim sendo, admitir a exigência básica por respeito mesmo diante de quem não a reconhece no observador é uma decorrência necessária da dignidade deste último. O homem inconsciente ou fechado para os demais é digno porque os outros devem considerá-lo assim como uma exigência de sua própria – deles – dignidade. A igualdade na qual repousa esta exigência de respeito não permite o estabelecimento de distinções entre “mais iguais” e “menos iguais”. A dignidade está em reconhecer os outros como iguais. Colocar diferenciações entre quem seria pessoa e quem não seria, além de violar a dignidade dos “classificados”, iria contra a própria dignidade de quem faz a classificação, eis que a posição superior do homem se justifica por este considerar o outro como igual, e não por estabelecer diferenças.

pensar em direitos básicos devidos a todo ser humano em qualquer condição que seja, a não ser considerando os seres humanos em suas interrelações, como ocorre na prática.

Tal formulação está plenamente de acordo com o que vimos no capítulo 4⁹⁴⁹, a respeito do conceito de direito e direito natural. Lembramos que tais termos – à diferença de “lei”, que é uma relação de coisas constante descoberta pela razão humana (lei natural) ou uma delimitação racional e permanente de algum tipo de relação jurídica (lei positiva) – referem-se a uma realidade mutável, concebida como a manutenção ou promoção da igualdade nas relações humanas envolvendo bens. Da longa discussão travada naquele capítulo, vale reiterar que esta “igualdade” que deve ser buscada não se identifica com a igualdade material, mas refere-se a uma igualdade de tratamento e consideração, pela qual todo ser humano merece ser tratado da mesma forma. O resultado desta determinação da igualdade variará de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É por isso que se pode afirmar, com as mesmas cautelas de S. Tomás, que o direito natural é composto por uma parte mutável – a parte que se refere aos resultados práticos. Logo, também os direitos humanos – primeiras concretizações do direito natural conforme concluíamos anteriormente⁹⁵⁰ – variarão em suas exigências.

É por isso que se deve estar em guarda contra interpretações dos direitos humanos que apontem deveres a ser sempre cumpridos pelos governos: é impossível prever todas as situações que se podem dar na realidade. Portanto, nem o mais inalienável dos direitos humanos – o direito à vida – pode ser afirmado de modo abstrato e independente das circunstâncias reais de cada relação: num caso de legítima defesa, por exemplo, seria incorreto falar-se em dois “direitos à vida” opostos conflitando. O que se dá é que o direito à vida do agressor pode – dependendo da proporcionalidade da defesa – desaparecer momentaneamente. O que permanece sempre constante nas relações interpessoais é a exigência natural de igualdade, não os direitos subjetivos. Estes devem amoldar-se à realidade, da mesma forma que um dos termos de uma fração, quando o outro é alterado, de modo a manter sempre o mesmo resultado: a igualdade proporcional entre os indivíduos.

O capítulo 4 também apresentou⁹⁵¹ a fundamentação dos direitos humanos na pessoa humana. Este ponto é de grande importância, pois, sendo tais direitos amoldáveis à realidade

⁹⁴⁹ Cap.4, pags. 141-149.

⁹⁵⁰ Cap. 4, pags. 158-159.

⁹⁵¹ Cap. 4, pags. 160-169.

cambiante, como definimos acima, e de conteúdo muito indeterminado, têm grande necessidade de um eixo fixo, de modo a poder dar conta de diversos casos sem perder sua essência. Este eixo fixo e invariável é ao mesmo tempo sua explicação: o conjunto de características distintivas do ser humano que fazem da pessoa humana uma realidade mais digna de respeito que os demais seres. No mencionado capítulo, tais características foram reunidas nos conceitos de liberdade, racionalidade, unidade, universalidade e responsabilidade.

Estas características se referem a um núcleo permanente e imutável, que é referido como o conceito de “pessoa”. A pessoa, como visto, abre-se essencialmente aos outros e exige, em razão e como consequência desta abertura radical, um respeito incondicional. Este é o dado imutável. Ora, o modo como este dado se materializará na prática poderá, como visto, variar, sem que a essência dos direitos humanos sofra com isto.

A seguir, os capítulos 5 e 6 enfrentaram o difícil tema do direito islâmico. No capítulo 5, procurou-se efetuar uma abordagem mais descritiva, apresentando as fontes da *Sharia*, tentando aproximar-se de seus princípios básicos e traços essenciais, e enumerando os principais pontos de conflito entre esta e os direitos humanos. Estes podem ser resumidos nos quatro pontos que já nos haviam servido de guia em capítulos anteriores: o *status* da mulher⁹⁵², do não muçulmano⁹⁵³, a aplicação de penas desumanas⁹⁵⁴ e o autoritarismo governamental⁹⁵⁵. O conteúdo histórico da *Sharia* foi sendo complementado ao longo do tempo pelo trabalho de interpretação dos juristas, detentores de uma importância fundamental no mundo muçulmano. Entretanto, pode-se perceber, desde os primeiros albos da sociedade islâmica, como o Estado muçulmano vê com maus olhos a atuação livre dos juristas sobre os textos religioso-jurídicos. Desta forma, descreveu-se⁹⁵⁶ o latente conflito entre os mestres da lei e os líderes políticos, no qual estes acabaram por prevalecer, impondo suas próprias interpretações da lei islâmica e “fechando a porta da interpretação” (na expressão árabe correspondente) por diversos séculos. Este confronto foi estudado com vistas a deixar claro

⁹⁵² Cap.5, pags. 212-225.

⁹⁵³ Cap.5, pags. 225-233.

⁹⁵⁴ Cap.5, pags. 239-248.

⁹⁵⁵ Cap.5, pags. 233-239.

⁹⁵⁶ Cap.6, pags. 251-258.

que a *Sharia* não é estática ou imutável, e de forma alguma imune às circunstâncias políticas que se sucedem no tempo.

Outros dados que reforçam⁹⁵⁷ quanto se afirmou sobre a instabilidade da *Sharia* são seu caráter universalista e totalizante; a ênfase que atribui aos deveres do indivíduo em detrimento de eventuais direitos; e sua fragmentação entre várias fontes e conseqüente indeterminação.

O capítulo subsequente – último antes desta conclusão – reforçou a tese de que a *Sharia* mudou diversas vezes ao longo da história, e que podem ser constatadas diversas discrepâncias entre suas normas atuais e as da época de Maomé – até mesmo, em alguns casos, indo contra o texto literal do Corão. Além disto, viu-se que a fusão entre Estado e religião – que se costuma considerar uma característica necessária da *Sharia* sempre ocorreu de modo forçado, não estando prevista em suas fontes principais nem tampouco decorrendo diretamente de seus princípios básicos. E, quando tal fusão se dá, esta tende a beneficiar o governo: trata-se de um líder político que, aproveitando-se do fato de o Islã não admitir líderes supremos religiosos, usurpa a chefia espiritual, moldando-a segundo seus interesses⁹⁵⁸. O capítulo 6 mostrou exemplos de tais ocorrências na história. Por fim, ressaltou-se que o dogma da imutabilidade do direito islâmico, e de sua total previsão nas fontes reveladas da *Sharia*, costuma funcionar a favor de arbitrariedades e demais vontades do governo. Pois a atividade atualizadora dos mestres religiosos fica inibida, e o governo pode apresentar-se como o guardião da religião, atribuindo a carga negativa de inimigo da fé a todo indivíduo que dele discordar.

⁹⁵⁷ Cap.5, pags. 200-205.

⁹⁵⁸ Cap.6, pags. 309-312.

6.2 Respostas às questões propostas

6.2.1 Quanto ao trabalho do Conselho de Direitos Humanos

Passemos agora à resposta das perguntas que este trabalho visava solucionar. Em primeiro lugar, acerca da eficiência do Conselho de Direitos Humanos no tratamento dos países islâmicos, nota-se que o Conselho dá largos passos rumo à promoção dos direitos humanos nestes países ao evitar entrar em discussões religiosas, e parecer indiferente às respostas e críticas do relativismo cultural. O Conselho está fortemente comprometido com a causa universal dos direitos humanos, e não confere espaço nem atenção às recriminações que identificam os direitos básicos das pessoas com um conceito ocidental e contemporâneo que é seletivamente imposto. Esta recusa de engajar-se em tal retórica pantanosa confere uma acuidade e contundência bastante promissoras para o trabalho do Conselho.

Há pontos, entretanto, que o Conselho deveria considerar de modo a abarcar os países islâmicos de maneira mais coerente com a ideia dos direitos humanos. Fala-se, em primeiro lugar, do igualitarismo. É evidente que este órgão das Nações Unidas deve tratar todos os Estados de uma mesma maneira. Mas seria errado presumir simplesmente – como muitos países islâmicos pretendem fazer o Conselho presumir – que tratamento igualitário significa necessariamente conferir atenção igual a todos os Estados. Isto não seria igualitário, pois Estados violadores receberiam o mesmo grau de fiscalização e cobranças que os Estados mais afetos à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Por outro lado, um tratamento claramente diferenciado não auxiliaria a legitimidade do Conselho frente aos países mais visados. O que se sugere é aproveitar a função de coordenador de todo o sistema universal dos direitos humanos para, a partir do histórico de cada país em relação aos direitos humanos, conferir maior atenção e discussões mais constantes àqueles Estados que tiverem maior número de pendências com os organismos de proteção e defesa dos direitos humanos. Isso pode ser medido através dos diversos deveres concretos que são exigidos das partes nos vários tratados multilaterais que formam o sistema universal de proteção aos direitos humanos. Por exemplo, a aceitação, recepção e ajuda nas visitas de relatores sobre temas específicos, a pontualidade na elaboração de relatórios, o seguimento de recomendações dos órgãos de controle previstos nestes tratados, etc. São todos fatores relativamente objetivos e fáceis de

controlar. Sugere-se então, como alternativa ao igualitarismo exagerado que conduz a relativizar toda violação mais séria, que a característica de periodicidade do Exame Universal seja mais explorada. Assim, a partir da segunda ou terceira rodadas de Exames, já seria possível distinguir os países que apresentam faltas constantes e outros, que são alvos de poucas críticas no sistema universal de proteção de direitos humanos. Propõe-se que os primeiros tenham prioridade nas discussões e avaliações subsequentes, enquanto que Estados que não apresentem situações graves de violações dos direitos básicos poderiam ser avaliados em conjunto numa mesma sessão, ou até serem omitidos em algumas rodadas.

Inevitavelmente, isto atrairia críticas de parcialidade e direcionamento político do Exame. No entanto, acredita-se que o Conselho de Direitos Humanos esteja bem estabelecido e preparado para lidar com tais críticas, da mesma forma que o faz com as críticas que se acumulam sob a bandeira do relativismo cultural e da diversidade religiosa. Parece que o Conselho precisa tomar decisões que mantenham a capacidade de falar a todos os membros do sistema da ONU, mas isto não pode dar-se ao preço de sacrificar a razão de existir do Conselho, que é a proteção dos direitos humanos.

Frise-se que tal “avaliação” dos países que mereceriam “mais” Exames deveria ser feita de modo mais procedimental e objetivo possível, sem votações nem posicionamentos políticos. Advoga-se, portanto, pelo estabelecimento de um subcomitê formado por peritos independentes, com função exclusiva de avaliar o histórico das rodadas prévias dos países submetidos ao Exame, definindo quais necessitam de mais acompanhamento e quais só passarão por uma análise mais sucinta.

Tal operação seria uma boa tentativa de superação da imagem atual do Conselho como um foro onde países de má fama quanto ao respeito aos direitos humanos se juntam para evitar ser criticados em demasia.

O outro ponto que merece críticas na atuação do Conselho, e que parece não colaborar em nada para a promoção dos direitos humanos nos países islâmicos, é a concepção abstracionista e subjetivista que este órgão faz dos direitos humanos. Sobre tais conceitos, já se escreveu à suficiência. Deseja-se somente ressaltar que, do ponto de vista dos Estados islâmicos, a obediência às normas internacionais de direitos humanos parece muito menos atraente quando tais normas, ao invés de se referirem ao espaço de atuação básico, o qual se pode perceber à primeira vista que deve ser deixado ao arbítrio do indivíduo, vão muito mais além, incorporando uma miríade de outros deveres cuja relação com a dignidade individual e a liberdade parecem, no mínimo, questionáveis. Ademais, por conta do princípio da

indivisibilidade, interdependência e igualdade de ênfase em todos os direitos humanos, estes são vistos como um bloco único e fechado, no qual se devem aceitar sem discussão todas as resoluções de organismos internacionais – inclusive as que, conforme já demonstrado com diversos exemplos acima, invadem a competência do Estado e traduzem concepções de direitos humanos que não são, de modo algum, pacíficas e incontroversas, nem sequer no Ocidente.

Portanto, sugere-se que o Conselho de Direitos Humanos trace, para o futuro, metas menos ambiciosas, que não visem a garantir a felicidade do homem por meio de prestações estatais (o que, de todo modo, é impossível), mas busquem proteger a esfera vital de movimento de cada um. Se as Nações Unidas se ativerem a tal objetivo, com certeza sua ação ganhará em contundência e clareza, e os Estados terão plena consciência do que é exigido pela obrigação internacional de respeitar os direitos humanos.

Se, pelo contrário, resoluções, decisões e recomendações persistirem afirmando e exigindo supostos direitos que não possuem base na realidade, e sim em concepções políticas, filosóficas e antropológicas particulares, a tendência, nota-se, é que todos os direitos humanos sejam vistos como maculados por tal abstracionismo e imposição político-cultural, enfraquecendo-se substancialmente sua efetividade.

O que foi discutido até agora conduz também a criticar a pretensa indivisibilidade dos direitos humanos. Como visto, este princípio – que não decorre da natureza de tais direitos, que são indeterminados e só aparecem concretamente diante de um caso fático – contribui para a diluição da reprovabilidade de um comportamento que fira algum direito humano em particular. O governo responsável poderá sempre alegar que o direito violado não pode ser visto de modo isolado, que outros direitos básicos são respeitados, que a proteção dos direitos da segurança de alguns cidadãos justifica o ataque a direitos básicos de outros, que os direitos humanos são um bloco único e uma violação a um deles não caracteriza conduta contrária aos direitos humanos como um todo, que existem justificativas históricas, políticas e econômicas para o comportamento criticado, etc.

É evidente que a indivisibilidade dos direitos humanos e os demais princípios que a acompanham arrastam qualquer debate sobre eventuais violações para muito perto do campo da política. Se os direitos humanos são uma só coisa, então algum determinado fator político, que poderia ser invocado para justificar um déficit na prestação de um direito econômico ou social, por exemplo, passa a valer para eximir o Estado do cumprimento de qualquer meta de direitos humanos. É o que ficou bem claro na transcrição das resoluções do Conselho de

Direitos Humanos que tocavam o tema da dívida externa⁹⁵⁹, obrigação de solidariedade internacional⁹⁶⁰ e demais tópicos atinentes às dificuldades econômicas dos Estados.

Portanto, a terceira sugestão que se faz ao Conselho dos Direitos Humanos corre no sentido de reconhecer e admitir prioridades e diferenças nos direitos dos quais tal órgão é o máximo guardião. É preciso admitir que alguns destes direitos dependerão efetivamente de condições econômicas mínimas por parte do Estado – e, por conseguinte, da ajuda internacional e de outros mecanismos. Por outro lado, isso não é, de forma alguma, a regra absoluta. Os direitos mais básicos do indivíduo dependem em geral de que o Estado se abstenha de impor discriminações e deveres injustos. São comportamentos que independem dos recursos do tesouro nacional.

E os países islâmicos estudados neste trabalho nos fornecem uma prova extremamente esclarecedora e confirmadora de quanto foi dito nestes parágrafos: é significativo o fato de que, entre os Estados analisados, a maior parte das violações, e as condutas governamentais mais clamorosas, não foram encontradas entre os países mais pobres, como Mali e Níger. Mas entre Estados de boas condições econômicas para os níveis regionais, como Arábia Saudita, Líbia, Irã e Paquistão. Sem falar nos pequenos países do Golfo Pérsico, abundantes em petróleo e escassos em liberdade. Fica evidente, portanto, que a falta de recursos, embora sendo um fator que prejudique a garantia dos direitos humanos por parte do Estado contra atos de particulares entre si, não justifica a ação do Estado que vise a atacar o indivíduo. Ser um país “em desenvolvimento”, em outras palavras, não fornece imunidade a Estado algum em matéria de proteção aos direitos humanos.

Logo, o Conselho deveria diferenciar, ou simplesmente manter a distinção que há no sistema internacional, entre os direitos humanos mais importantes e aqueles secundários – que não por isso deixarão de ser direitos humanos e, portanto, exigíveis aos Estados. Diz-se que a distinção já existe no plano internacional porque, como descrito na introdução à dissertação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos já trazem o catálogo de direitos que não podem ser violados de forma alguma pelo Estado. Enquanto que os demais documentos visam ratificar e especificar algumas disposições destes dois instrumentos, ou complementá-los com outros direitos, que, no

⁹⁵⁹ Cap.3, pags. 95-97.

⁹⁶⁰ Cap.3, pags. 97 e seguintes.

entanto, poderão depender das condições econômicas locais ou requerer auxílio externo em sua consecução.

O que se defende é que a distinção entre direitos mais e menos importantes seja mantida. Tal distinção não se identifica com a separação pura e simples entre os chamados direitos “civis e políticos” e os “econômicos, sociais e culturais”. Refere-se, antes, ao grau de universalidade de tais direitos, de acordo com o que foi dito no capítulo 4 sobre a concretização progressiva do direito natural⁹⁶¹.

Assim, há direitos que serão devidos, sempre que mantenham a igualdade nas relações, a todos os homens, sem importar as condições sociais em que estejam inseridos. Enquanto que outros são afirmados e exigidos como consequências de determinadas condições de vida. Isto não é novidade neste trabalho: assim explicava-se a distinção tomista entre os dois modos de reconhecer o direito natural⁹⁶². Exemplos do primeiro tipo de direitos humanos seriam os direitos à vida, à integridade física e à liberdade de expressão e pensamento. A segunda categoria abrangeria, entre muitos outros, os direitos à educação, à saúde, à nacionalidade, à participação política, etc. São direitos que devem ser garantidos a todos enquanto concretização da igualdade de tratamento entre todos dentro de uma sociedade – sua exigência só faz sentido como consequência de determinada forma de organização social: no caso dos nossos exemplos, o Estado contemporâneo necessita, obrigatoriamente, de tais direitos para manter a igualdade entre os cidadãos, respeitando-os em sua dignidade⁹⁶³. Mas esta necessidade do Estado não é algo abstrato, pois sabe-se que não há Estado que seja igual ao outro. Portanto, serão admitidas, não restrições, mas variações de conteúdo nos direitos desta segunda categoria, que os amoldem às condições do Estado – condições não só econômicas, mas também políticas, sociais, culturais, etc. O direito à educação só faz sentido no Estado moderno, o primeiro a possuir reais capacidades de universalizar o ensino. Mas a concretização deste direito dependerá das condições de cada Estado: o número de anos de estudo, a gratuidade, as disciplinas ensinadas – tudo isso refere-se a um núcleo do direito à

⁹⁶¹ Cap.4, pags. 156 e seguintes.

⁹⁶² Cap.4, pags.141 e seguintes.

⁹⁶³ O direito de propriedade estaria em algum ponto intermediário entre as duas categorias descritas. Sem dúvida, o homem precisa possuir algumas coisas como próprias para sobreviver. Porém, o estabelecimento da propriedade privada não é universal nas sociedades humanas que se conhece. Parece, antes, que o surgimento da mesma é um resultado necessário de algumas características específicas de organização social que, na medida e intensidade que se fazem presentes, exigem na mesma proporção a individualização dos bens e o respeito a esta divisão – respeito que, como todo o mais, nunca será absoluto e visto como um fim em si, mas está subordinado à manutenção da igualdade (não patrimonial, frise-se) entre todos os membros da sociedade.

educação, mas variará de acordo com as circunstâncias e escolhas de cada país. Sendo injusto, desigual e desproporcional que um organismo internacional afirme determinado conteúdo e modelo educacional como único modo de realizar o direito à educação.

Se o fizesse, tal entidade internacional estaria invadindo a competência do Estado e afirmando um falso universalismo. Como já defendiam Aristóteles e São Tomás de Aquino, o direito natural necessita absolutamente do complemento do direito positivo, que deve ser adequado ao tempo e lugar determinados. Diga-se o mesmo para esta primeira concretização do direito natural no mundo globalizado dos últimos dois séculos, que são os direitos humanos: estes não podem ser vistos como bastantes e suficientes para ilidir o debate e a atuação dos órgãos decisórios em cada país. Uma organização universal que pretendesse extrair, do texto amplo e abstrato dos instrumentos de direitos humanos, deveres iguais em conteúdo e extensão para todos os países, não estaria em consonância com o verdadeiro universalismo, mas estaria, antes, afirmando e impondo ideias particulares que podem adequar-se (ou talvez nem isso, como no caso da descriminalização do aborto) a países e situações específicas sobre realidades distintas.

É preciso, portanto, diferenciar. Há, nos direitos humanos, um núcleo, que deve ser respeitado por todo e qualquer governo e particular, em qualquer condição, desde que mantenha a igualdade básica, “de fundo”, entre os indivíduos. Este núcleo só pode ser expresso por frases amplas e pouco definidas, como “direito à vida”, “liberdade”, “dignidade”, “direito de propriedade”, etc. Ele deve, em suas manifestações mais básicas, ser respeitado de modo universal. Por isso, um governo não pode, por exemplo, invocar justificativa alguma para matar e torturar opositores sem julgamento ou motivo. Tampouco se podem promover motivos válidos para a permissão da violência doméstica contra a mulher.

Deste núcleo de direitos humanos brotarão outros, em consonância com as características básicas de organização social. Esta foi uma parte da discussão travada no capítulo 6, em que se procurava demonstrar como algumas normas da *Sharia* poderiam ser defendidas como razoáveis e proporcionais nas circunstâncias do momento histórico em que foram criadas, porém não mais se coadunavam com o modelo de organização social construído, vivido e almejado pelos atuais Estados de influência islâmica. Marcas como a punição corporal e a proibição de qualquer manifestação de fé estranha não desfiguravam a igualdade entre os membros da primitiva sociedade árabe, mas são totalmente incompatíveis com o modo em que as comunidades do Islã estão hoje organizadas. Não se pode afirmar – seria presunçoso e desrespeitoso com muitas e muitas sociedades que nos precederam – que

há um “direito” universal e contínuo a não sofrer pena corporal, ou à livre manifestação da religião. Este direito existe nas condições atuais da sociedade – condições que também se fazem presente nos países islâmicos – mas, em outras circunstâncias, sua invocação não faria sentido, pois o próprio significado de “pena”, de “religião” e de “sociedade” era diferente.

Frise-se, para clarificar o exemplo, que “pena corporal”, por óbvio, não significa “qualquer pena corporal”. O dever de proporcionalidade como uma decorrência lógica da igualdade se mantém sempre intacto, não importando as condições culturais ou sociais. O que variará será o modo como tal proporcionalidade será alcançada na prática.

Deve insistir-se na tese de que os direitos humanos não dependem de “consenso” algum, seja do consenso fictício encarnado na figura do legislador contemporâneo, seja do consenso das gerações – tão fictício quanto – materializado no costume. Repita-se: o que se defende é que as concretizações do direito natural dependem necessariamente das condições sociais. Algumas destas condições são imutáveis, como o fato de o homem possuir dignidade, corporeidade, etc. Outras mudam. No entanto, o conteúdo do direito natural é descoberto, em primeira análise, pelo exame das características de uma dada sociedade e pelo modo como, a partir destas características, se pode alcançar a igualdade. Enquanto que a composição das “características básicas” de cada sociedade pode refletir certo consenso, o direito natural não está neste consenso, e sim no modo como, a partir de tais características, se alcança a igualdade entre todos.

É por isso que estaria errada a afirmação segundo a qual “o que é natural num lugar não o será em outro”. Esta sentença simplesmente anularia os direitos humanos, que seriam, no máximo, expressão do “natural ocidental”. E ver-se-iam, portanto, rebaixados ao *status* de consenso provisório ou de imposição forçada.

Tal afirmação deverá, por conseguinte, ser corrigida para “as concretizações do direito natural variam de um lugar para o outro”. Lembrando-se que tais variações não dependem do consenso, mas das circunstâncias fáticas de cada sociedade. É possível, portanto, encontrar sociedades inteiras agindo de modo contrário ao direito natural – hoje em dia, diríamos que é possível encontrar países e culturas inteiras agindo de modo contrário aos direitos humanos. Este julgamento só não poderia abranger as sociedades – hoje pouquíssimo numerosas – nas quais a organização básica não toma a forma de Estado com as características habituais (índios, povos nômades, etc.). Embora até mesmo estas sociedades estejam, em sua quase totalidade, integradas de alguma maneira ao Estado que as engloba, não podendo então furtar-se de respeitar as normas básicas que decorrem de tal relação.

E nem se afirme – na esteira do que pretenderiam muitos governos tirânicos de países de outras culturas – que tal concepção é útil exclusivamente para a crítica aos não-ocidentais. Nossa cultura jurídica ocidental também pode, em muitos e muitos aspectos, ser criticada pela constante violação ao direito natural e a direitos humanos básicos. Não se quer entrar nas discussões concretas, mas basta pensar nos grandes debates envolvendo temas de bioética, como a possibilidade legal de abortar, de alterar o sexo e de suicídio assistido. Tais temas são objetos de acaloradas discussões, e estão longe de ser objeto de consenso. Logicamente, em matéria tão vital, algum dos lados (não interessa, para o presente trabalho, saber qual) está indo contra a ideia dos direitos humanos e do direito natural. Como estes temas são hoje tratados de modo diametralmente distinto nos vários países que formam o “Ocidente”, é inevitável que uma parcela destes países esteja equivocada em suas conclusões, violando desta forma o direito natural.

Logo, também os países ocidentais podem sofrer críticas a partir dos direitos humanos (que traduzem a ideia do direito natural nos âmbitos mais vitais da existência humana), não sendo estes, assim, uma formulação dirigida exclusivamente aos integrantes de outras culturas.

Respeita-se e aplaude-se, então, a estratégia do Conselho de não entrar em debates religiosos, como já dito. Mas não se pode confundir tal posicionamento com uma recusa em considerar os diferentes graus de importância entre os direitos humanos. Tal distinção, reconhece-se, só pode ser feita com base em conceitos metafísicos, que digam sobre “o homem”, “a sociedade”, “o direito” como conceitos de características universais. No entanto, anima-se o Conselho e seus integrantes a que não se furtem a tal reconhecimento, eis que o preço seria a aleatoriedade nos direitos humanos, pela qual tudo pode ser, e deixar de ser, especial. Com a consequência de que nada – nem mesmo o homem, titular destes direitos – o será.

Desta forma se encontra respondida a primeira pergunta que esta dissertação se propôs a trabalhar.

6.2.2 Quanto às possibilidades da *Sharia* com respeito aos direitos humanos

A segunda questão dizia respeito à compatibilidade entre a *Sharia* e os direitos humanos. Sobre tal matéria, o paciente leitor ficará feliz em notar que a resposta acima dada constituiu uma ponte entre as duas interrogações, restando-nos somente fazer algumas especificações em relação à lei islâmica.

Como já visto e repetido, esta não pode dizer-se imutável, por mais que sua origem divina seja reafirmada. Tampouco pode afirmar-se livre de influências políticas, pois os governantes islâmicos sempre almejaram colocá-la sob seu controle. E não pode, enfim, dizer-se contrária aos direitos humanos, eis que a ideia por trás desta última formulação – a qual, enquanto formulação, é específica da modernidade ocidental – é uma ideia igualmente presente e exigível em todos os sistemas e ordenamentos do mundo, como já visto: a ideia de igual dignidade e dignidade no igual tratamento entre os homens. Desta forma, considerando que a *Sharia* sempre amoldou-se, com sucesso variável mas não desprezível, às diversas formas de governo atravessadas pelo Islã, não é admissível a alegação derrotista de que constitua um obstáculo intransponível aos direitos humanos.

Existem, como afirmado no capítulo 5 deste trabalho, princípios na *Sharia* que a guiam rumo a conceitos de razoabilidade, de proporcionalidade, de humanidade e de generosidade⁹⁶⁴. Também se leem disposições concretas que remetem a punições cruéis, a obrigações excessivas e ao formalismo religioso com consequências jurídicas.

Não se pode esquecer que a *Sharia*, por mais jurídica que seja a leitura que dela se faça, é um elemento fundamentalmente religioso. Sofre, portanto, influência decisiva do modo de organização da religião islâmica, a qual não prevê uma autoridade central, tampouco autoridades regularmente instituídas entre os fiéis, e que se faz notar pelo literalismo na interpretação dos textos sagrados. Isso pode causar alguns problemas em relação à solidez doutrinal (que não importam para o presente trabalho) e à localização exata do campo religioso em contraposição ao civil (que já foram sublinhados no capítulo 6 e nesta conclusão), mas acaba acarretando, no campo jurídico, numa indeterminação que pode ser interessante para a influência dos direitos humanos. Com efeito, não existindo autoridade central nem definições de dogmas que não sejam os previstos no Corão, as diversas

⁹⁶⁴ Cap.5, pags. 185-188.

interpretações do Islã e de sua relação com o direito e com a modernidade não podem dizer-se claramente, a princípio, em desacordo ou acordo completo com “o Islã”. Portanto, o ponto de verificação da correção de doutrinas islâmicas sobre a relação Estado-direito-religião deve consistir nas condições concretas atravessadas pelos muçulmanos de hoje, a partir do modo como estes se organizam. Tal interpretação é permitida pelos princípios gerais do Corão aos que se fez referência acima. E isto não representa nenhum grande avanço doutrinal ou mudança religiosa no Islã – tampouco este trabalho possui qualquer legitimidade para advogar mudanças numa religião à qual o autor não se afilia – mas é o que vem ocorrendo desde a morte de Maomé, com interpretações e derrogações de diversos versículos do livro sagrado, em consonância com a exposição do capítulo 6. Até mesmo os Estados que mais se aferram – em sua retórica ao menos – ao cumprimento da lei islâmica já a alteraram diversas vezes, via de regra em desfavor dos cidadãos e em prol do arbítrio do governante.

Portanto, a *Sharia* não pode dizer-se incompatível com os direitos humanos, na medida em que fazem parte da *Sharia* as interpretações e correções de rumo ao longo da história. Igualmente fazem parte da lei islâmica os princípios da misericórdia e do favor divinos para os que buscam viver na justiça. Incompatível, sim, será a aplicação dada por alguns governantes, que se valem da literalidade do texto para manter a opressão sobre populações inteiras.

6.3 Retorno ao início: as epígrafes

A esta dissertação foram dadas duas epígrafes. Concluiremos estas páginas fazendo referência às mesmas. A primeira continha a repreensão do monge Zóssima ao beberrão e mal educado Fiódor Pavlovitch em *Os Irmãos Karamázov*. Por vezes, dizia o clérigo, é muito agradável sentir-se ofendido. É o que se notou em tantos e tantos representantes de governos tirânicos e repressores, que, confrontados nas instâncias internacionais, se mostravam ofendidos com as cobranças e exigências que se lhes faziam. Deseja-se que os demais integrantes Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, como carro-chefe do sistema universal de proteção aos direitos humanos, e os técnicos e funcionários dos órgãos que lhe estão sujeitos, não percam de vista que, nos Exames Universais Periódicos, comparecem à sua frente não os Estados islâmicos em sim, nem tampouco sua população ou sua religião, mas

somente os governos. Em relação a estes, realmente poder-se-ia perguntar: “é muito agradável ofender-se, não é mesmo?”

A segunda sentença em destaque é um trecho do original estudo feito por G.K.Chesterton sobre São Tomás de Aquino:

A esta pergunta – ‘Existe alguma coisa?’ – Santo Tomás começa por responder: ‘Sim’, Se ele começasse por responder ‘Não’, não seria começar, mas acabar. Isto é o que alguns dentre nós chamamos de senso comum. Ou não há filosofia, nem filósofos, nem pensadores, nem pensamento, nem nada, ou então há uma verdadeira ponte entre espírito e realidade.

Após páginas e páginas de críticas ao abstracionismo nos direitos humanos, considera-se salutar encerrar o trabalho com um apelo ao retorno à realidade, consubstanciado em votos para que o Conselho, e os demais integrantes do sistema universal dos direitos humanos, atenham-se ao fundamento destes, que é o único fator realmente apto a garantir sua exigibilidade e aceitação universais: a realidade das coisas e do homem, especialmente em sua incomparável dignidade.

REFERÊNCIAS

- ABIAD, Nisrine. *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: a Comparative Study*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008.
- AKGUNDUZ, Ahmet. *Norms and values in Islam*. [Rotterdam:] Islamic University Rotterdam, [entre 2002 e 2010]. Disponível em: < http://www.uga.edu/islam/norms_values.html >. Acesso em: 14.05.2011.
- AL QARDAWI, Yusuf. *Fiqh al Zakah*, v.1. Jeddah: Scientific Publishing Centre of the King Abdulaziz University, [19—?]. Disponível em: < http://monzer.kahf.com/books/english/fiqhazakah_vol1.pdf >. Acesso em: 06.05.2011.
- ALCORÃO. Tradução de Mansour Challita. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran, [1977].
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A. *Le changement de religion en Égypte*. Saint-Sulpice, Vaud, Suíça: Centre de droit arabe et musulman, 2010. Disponível em: < <http://www.sami-aldeeb.com/articles/view.php?id=223&action=french-changement-de-religion-en> >. Acesso em 05.05.2011.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A. *Les droits de l'homme entre l'Islam et l'Occident*. Saint-Sulpice, Vaud, Suíça: Centre de droit arabe et musulman, 2010. Disponível em: < <http://www.sami-aldeeb.com/articles/view.php?id=277&action=french-les-droits-de-l-homme-entre-l-islam-et-l-occident> >. Acesso em: 05.05.2011.
- ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan. *International human rights in context: Law, politics, morals*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- ALSTON, Philip e CRAWFORD, James (orgs.). *The future of UN human rights treaty monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- AN-NA'IM, Abdullahi A. *A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos*. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Human rights in the Muslim world*. In: ALSTON, Philip, STEINER, Henry J. e GOODMAN, Ryan, *International human rights in context: Law, politics, morals*. 3^a edição, Nova York, 2007.
- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Islam and the secular State: negotiating the future of Shari'a*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane e SUDRE, Frédéric. *Dictionnaire des droits de l'homme*. Paris: PUF, 2008.
- AQUINO, S. Tomás de. *Suma de Teología*. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Koury. 4^a edição. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 2001.

BADERIN, Mashood A. *International human rights and Islamic law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández e PEYRÓ, Ana Paz Garibo. *Derechos humanos*. Valencia: Universiaât de València, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?* In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTIT, Michel. *Nascimento da lei moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BBC. Hajj ritual sees new safety moves. *BBC News*, 10.01.2006. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/4600310.stm>. Acesso em: 12.05.2011.

BERMAN, Yaniv. Top Palestinian Muslim clerics okays suicide bombings, by Yaniv Berman, the Media Line, October 17, 2006. Scholars for Peace in the Middle East, 23.10.2006. Disponível em: <<http://www.spme.net/cgi-bin/articles.cgi?ID=1280>>. Acesso em: 12.05.2011.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006 [reimpressão da 1ª edição de 1991].

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

CAMPANINI, Massimo. *O pensamento político islâmico medieval*. In: PEREIRA, Rosalie Helena de Souza (org.). *O Islã clássico: itinerários de uma cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madri: Tecnos, 1999 [reimpressão da 1ª edição de 1995].

CHADE, Jamil. ONU põe Brasil sob suspeita de tortura e visitará cadeias e unidades para jovens. *O Estado de São Paulo*, 24.06.2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110624/not_imp736346,0.php>. Acesso em: 28.06.2011.

CHARLES, Raymond. *Le droit musulman*. 6. édition. Paris: PUF, 1956.

CHIBA, Masaji. *Ce qui est remis en question dans la culture juridique non-occidentale*. In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori. *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

CIANCIARDO, Juan. *Universalismo de los derechos humanos y asimilacionismo*. In: _____. (org.) *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

COMBACAU, Jean e SUR, Serge. *Droit international public*. 7. édition. Paris: Montchrestien, 2006.

COMMISSION on Human Rights. Página da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/further-information.htm>>. Acesso em: 10.06.2011.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 09.05.2011.

CONVENÇÃO Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/convencoes/convencao-internacional-desaparecimento-forcado>>. Acesso em: 09.05.2011.

CONVENÇÃO dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 09.05.2011.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Página disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 12.05.2011.

DAGBLADET. Saudi-Arabia vil bygge moskeer i Norge. *Jornal "Dagbladet"*, 19.10.2010. Disponível em: <http://www.dagbladet.no/2010/10/19/nyheter/jonas_gahr_store/saudi-arabia/innenriks/13903104/>. Acesso em: 03.03.2011.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVUTOGLU, Ahmet. *Cultura global versus pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou diálogo e interação entre civilizações*. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 8. édition. Paris: Dalloz, 2006.

EARLY Childhood Education Task Force. *Right from the start: guidelines for sexuality issues*. Sexuality Information and education Council of the United States, 1998. Disponível em: <http://www.siecus.org/_data/global/images/RightFromTheStart.pdf>. Acesso em: 07.11.2010.

FAITANIN, Paulo. *A dignidade do homem: a antropologia filosófica de Santo Tomás de Aquino*. Niterói: Instituto Aquinate, 2010.

FERNÁNDEZ, Encarnación. *Conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural. El reto de la globalización “posible”*. In: CIANCIARDO, Juan (org.) *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004 [reimpressão da 1ª edição de 1998].

GELLER, Pamela. *Foreign Minister will not permit Saudi Arabia to finance mosques in Norway*. Disponível em: <http://atlasshrugs2000.typepad.com/atlas_shrugs/2010/10/foreign-minister-will-prevent-saudi-arabia-from-financing-mosques-in-norway.html>. Acesso em: 03.03.2011.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, Mário Curtis. *História do mundo árabe medieval*. Petrópolis: Vozes, 1985.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GOLDMAN, Russell. *Islamic Center Backers Won't Rule Out Taking Funds from Saudi Arabia, Iran*. ABC News, 18.08.2010. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/US/Politics/islamic-center-backers-rule-taking-funds-saudi-arabia/story?id=11429998>>. Acesso em: 12.05.2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Qué es el derecho natural*. Madri: Speiro, 1997.

GUERRERO, Rafael Ramón. *Al-Gazali: a defesa do Islã sunita*. In: PEREIRA, Rosalie Helena de Souza (org.). *O Islã clássico: itinerários de uma cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

HERDEGEN, Matthias. *Völkerrecht*. 9. Auflage. Munique: C.H.Beck, 2010.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis, 2006.

HERVADA, Javier. *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HERVADA, Javier. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HIJAB, Nadia. *Les femmes sont aussi des citoyennes: Les lois de l'État, la vie des femmes*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, [200—]. Disponível em: <<http://www.pogar.org/publications/gender/nadia/summaryf.pdf>>. Acesso em: 11.04.2011.

HOFSTROM, Charlotte. *States and womens rights: the making of postcolonial Tunisia, Algeria, and Morocco*. Disponível em: <http://www.associatedcontent.com/article/442751/states_and_womens_rights_the_making_pg4.html?cat=37>. Acesso em: 27.03.2011.

HOLY QUR'AN. Tradução inglesa de M.H.Shakir. Nova York: Tahrike Tarsile Qur'an, 1983. Disponível em: <<http://quod.lib.umich.edu/k/koran/>>. Acesso em: 09.05.2011.

IBN ANAS, Imã Malik. *Al-Muwatta*. Disponível em: <<http://ahadith.co.uk/maliksmuwatta.php>>. Acesso em: 10.04.2011.

INTERNATIONAL Law Commission. Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <<http://untreaty.un.org/ilc/ilcintro.htm>>. Acesso em: 13.11.2010.

IRIN. In-Depth: Razor's Edge - The Controversy of Female Genital Mutilation. *IRIN Humanitarian News and Analysis*, 01.03.2005. Disponível em: <<http://www.irinnews.org/InDepthMain.aspx?InDepthId=15&ReportId=62462>>. Acesso em: 15.03.2011.

KAMALI, Mohammad Hashim. *Shari'ah law: an introduction*. Oxford: One world, 2008.

KAPLAN, David E. The Saudi Connection. How billions in oil money spawned a global terror network. *US News*, 07.12.2003. Disponível em: <<http://www.usnews.com/usnews/news/articles/031215/15terror.htm>>. Acesso em: 05.03.2011

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *The law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems*. Nova York: F.A.Praeger, 2009 [8ª reimpressão da edição de 1950].

KHADDURI, Majid. *Le droit islamique dans la culture*. La structure du style de vie islamique. In: CAPELLER, Wanda e KITAMURA, Takanori. *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*. Bruxelas: Bruylant, 1998.

KORAN. Tradução francesa de M.Savary. Paris: Librairie Garnier Frères, 1883.

KRETSCHMANN, Ângela. *Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. In: _____. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Cristianismo y democracia. Madri: Palabra, 2001.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Filosofía del Derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: LexisNexis, 2005. 3 t. T.1: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Filosofía del Derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: LexisNexis, 2005. 3 t. T.2: La justicia.

MAWDUDI, Abu'l A'la. *The meaning of the Qur'an*. Disponível em: <<http://www.cmje.org/religious-texts/maududi/index.php>>. Acesso em: 13.07.2011.

MAYER, Ann Elizabeth. *Human rights and Islamic law: are they comparable?* Entrevista concedida a Dina Ibrahim. Disponível em: <<http://www.starbacks.ca/CapitolHill/Parliament/3251/spring99/mayer.html>>. Acesso em: 14.03.2011.

MAYER, Ann Elizabeth. *Islam and human rights: Tradition and politics*. 3rd edition. Boulder, Colorado: Westview Press, 1999.

MENSKI Werner. *Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa*, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008 [reimpressão da edição de 2006].

MUZAFFAR, Chandra. *Islã e direitos humanos*. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOBRE ALCORÃO. Tradução de Helmi Nasr. Medina: Complexo do Rei Fahd para Imprimir o Alcorão Nobre, [2005 ou 2006].

OLIVEIRA, Odete Maria de. *As Relações do Islamismo com o Direito Externo e Interno: O Dilema da Dualidade Lei e Religião*. In: DAL RI Jr., Arno e ORO, Ari Pedro, *Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios*. Petrópolis: Vozes, 2004.

ORGANIZAÇÃO de Cooperação Islâmica. Página disponível em: <http://www.oic-oci.org/member_states.asp>. Acesso em: 02.07.2011

PANIKKAR, Raimundo. *Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?* In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2ª edição rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUESADA, Juan Martos. *O direito islâmico medieval*. In: PEREIRA, Rosalie Helena de Souza (org.). *O Islã clássico: itinerários de uma cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. Cidade do México: Porrúa, 1959.

REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO. Constituição de 1980. Disponível em: <<http://www.uam.es/otroscentros/medina/egypt/egypolcon.htm>>. Acesso em: 29.04.2011.

REPÚBLICA DAS MALDIVAS. Functional Translation of the Constitution of the Republic of Maldives, 2008. Disponível em: <<http://www.maldivesinfo.gov.mv/home/upload/downloads/Compilation.pdf>>. Acesso em: 14.11.2010.

REPÚBLICA DO MALI. Lei 62-18 de 03.02.1962. Código da nacionalidade do Mali. Disponível em: <<http://www.justicemali.org/www.justicemali.org/pdf/02-nationalite.pdf>>. Acesso em: 20.04.2011.

REPÚBLICA ISLÂMICA DO PAQUISTÃO. Decreto [s.n.] de 1984. Lei paquistanesa contra os ahmaditas. Disponível em: <<http://www.thepersecution.org/50years/paklaw.html>>. Acesso em: 18.03.2011.

RIZVI, Sayyid Muhammad. *Apostacy in Islam*. Disponível em: <<http://www.al-islam.org/organizations/aalimnetwork/msg00529.html>>. Acesso em: 16.03.2011.

SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Una alternativa a los conflictos de derechos. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SHIRAZI, Aiatolá Abdul Husayn Dastaghaib. *Greater sins: the complete book*. Bombaim: Islamic Study Circle [19—]. Disponível em: <http://www.al-islam.org/greater_sins_complete/>. Acesso em: 15.05.2011.

SUNNAH and Hadith. Large Collections. University of Southern California (Center for Muslim - Jewish Engagement). Coleção de *hadiths*. Disponível em: <<http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/texts/muslim/hadith/>>. Acesso em: 14.05.2011.

SYED, Ibrahim B. *Triple Talaq*. Disponível em: <http://www.irfi.org/articles/articles_151_200/triple__talaq.htm>. Acesso em: 08.03.2011.

THE Hadith Library. Coleção de *hadiths*. Disponível em: <<http://ahadith.co.uk/>>. Acesso em: 10.04.2011.

THE Human Rights Council. Página do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>>. Acesso em: 29.05.2011.

THE World Factbook. De responsabilidade da Central Intelligence Agency (CIA) dos EUA. Página da CIA com dados sobre todos os países do mundo. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ml.html>>. Acesso em: 06.05.2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 3v. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999, 2003 e 2003.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Doctrines sur le fondement du droit des gens*. (ed. e atual. por Robert Kolb) Paris: Éditions A.Pedone, 2007.

UNESCO. *International Technical Guidance on Sexuality Education*. An evidence-informed approach for schools, teachers and health educators. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183281e.pdf>>. Acesso em: 07.11.2010.

UNICEF Egypt. Fresh progress toward the elimination of female genital mutilation and cutting in Egypt. *UNICEF Egypt Media Section*, 02.07.2007. Disponível em: <http://www.unicef.org/egypt/media_3875.html>. Acesso em: 15.03.2011.

UNITED Nations Treaty Collection. Página do sistema das Nações Unidas sobre situação da aprovação dos tratados universais sobre direitos humanos. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Acesso em: 28.06.2011.

UNIVERSAL Periodic Review. Página do Exame Universal Periódico do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRmain.aspx>>. Acesso em: 20.05.2011.

VIGO, Rodolfo Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

VILLEY, Michel. *Seize essais de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1969.

VIOLA, Francesco. *La universalidad de los derechos humanos: un análisis conceptual*. In: CIANCIARDO, Juan (org.). *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do direito na cultura islâmica*. In: DAL RI Jr., Arno e ORO, Ari Pedro, *Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios*. Petrópolis: Vozes, 2004.

ANEXO – Panorama dos comentários aos Estados participantes do Exame Universal Periódico do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas

A seguir, listam-se tabelas contendo uma classificação das observações, comentários e recomendações feitas a cinco países islâmicos quando de seu Exame Universal Periódico. Só foram reproduzidas três comentários por Estado considerado. A divisão entre “observações favoráveis”, “observações neutras” e “predomínio de críticas” foi feita pelo autor, considerando o conteúdo de cada comentário. Apesar de o Conselho ter recebido algumas observações tardias, somente foram consideradas neste anexo as comunicações feitas durante a sessão em que o país foi examinado. Dentre estas, nenhuma foi excluída.

1) Arábia Saudita:

Observações favoráveis	Observações neutras	Predomínio de críticas
Emirados Árabes Unidos	Algéria	Israel
Nicarágua	Egito	Reino Unido
Cuba	Omã	França
Venezuela	Sudão	Canadá
Iêmen	Palestina	Áustria
Bahrein	Indonésia	Itália
Paquistão	Japão	Chile
Jordânia	Uzbequistão	México
Líbia	Turquia	Alemanha
Qatar	Malásia	Finlândia
Líbano	China	África do Sul
Costa do Marfim	Cingapura	Bélgica
Rússia	Nigéria	Suíça
Bielorrússia	Bangladesh	Noruega
Azerbaijão	Marrocos	Suécia
Índia		Nova Zelândia
Kuwait		Coréia do Sul
Tunísia		
Filipinas		
Sri Lanka		
Chade		
Total: 21	Total: 15	Total: 17

Tabela 1: Comentários sobre a Arábia Saudita

Exemplo de comentário favorável:

Cuba highlighted Saudi Arabia's contribution towards alleviating the situation of the poorest countries affected by the world food crisis. Cuba recommended that Saudi Arabia (a) continue with measures and programmes aimed at increasing its people's enjoyment of economic, social and cultural rights; (b) with respect to its commendable initiatives to promote dialogue between religious and civilizations, continue its efforts to promote the peace and tolerance of all people that the world needed; (c) given its economic growth, continue to cooperate in a generous way with developing countries.

Exemplo de comentário neutro:

Bangladesh asked how the Government envisages protecting the rights and interests of foreign domestic workers under the new labour laws, as well as what institutional measures are being taken to implement the legal provisions to combat human trafficking.

Exemplo de comentário crítico:

Switzerland noted that Saudi Arabia has acceded to CAT, and that corporal punishment, such as flogging and amputations, is incompatible with CAT and international customary law.

Switzerland recommended that Saudi Arabia a) totally abolish those punishments; b) establish a moratorium on death penalty as a first step towards its total abolition; c) with a view to a rapid ratification of ICCPR, guarantee the rights of representatives of civil society and human rights defenders organizations to set themselves up and exercise their rights to freedom of expression. While noting that Saudi Arabia has taken various steps to improve the rights of women, Switzerland encouraged Saudi Arabia to continue in that path and recommended d) that it rapidly ratify and implement the Optional Protocol to CEDAW.

2) Irã:

Observações favoráveis	Observações neutras	Predomínio de críticas
Nicarágua	Brasil	EUA
Cuba	Índia	Canadá
Líbano	México	França
Venezuela		Eslovênia
Paquistão		Israel
Líbia		Austrália
Argélia		Reino Unido
Bahrein		Espanha
Indonésia		Luxemburgo
Qatar		Alemanha
Cazaquistão		Irlanda
Tadjiquistão		Japão
Malásia		Nova Zelândia
Sri Lanka		Polônia
Rússia		República Tcheca
Síria		Itália
Armênia		Hungria
Quirguistão		Chile
Bangladesh		Áustria
Sudão		Holanda
China		Eslováquia
Zimbábue		Bélgica
Vietnã		Dinamarca
Kuwait		Estônia
Bolívia		
Total: 25	Total: 3	Total: 24

Tabela 2: Comentários sobre o Irã

Exemplo de comentário favorável:

Sri Lanka acknowledged Iran's contributions to the enrichment of human civilization. It recognized the fact that Iranians had chosen the Islamic Republic as their system of government, based on the principles of independence, freedom and progressive Islamic beliefs, while maintaining its democratic character. It noted that the Government had accorded high priority to the establishment of a national human rights institution.

Exemplo de comentário neutro:

India noted improved living standards through economic growth and welfare programmes. Progress on health care and literacy, an active civil society and cooperation with UNICEF and the United Nations Development Programme on child rights and capacity-building were acknowledged. It noted challenges related to reconciling some religious principles with international human rights obligations. India requested Iran to strengthen the empowerment of women, including by acceding to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women; developmental efforts for vulnerable groups, including religious minorities; the machinery for civil and political rights; and Iran's human rights education programme.

Iran was also requested to consider establishing a national human rights institution compliant with the Paris Principles.

Exemplo de comentário crítico:

Germany, concerned about those who had participated in peaceful post-election protests, asked why Iranians' efforts to engage in an open dialogue about the future of their country were being hampered. Quoting Iran's national report, it asked how the country reconciled its views regarding Shari'a law and "Western standards of human rights" with its obligation to respect human rights, enshrined in the Universal Declaration and treaties that it had ratified.

3) Emirados Árabes Unidos:

Observações favoráveis	Observações neutras	Predomínio de críticas
Egito	Iêmen	Finlândia
Bahrein	Indonésia	França
Venezuela	Cuba	Noruega
Arábia Saudita	Líbano	Canadá
Cingapura	Síria	Espanha
Paquistão	Albânia	Reino Unido
Kuwait	Países Baixos	Itália
Sri Lanka	Coréia do Sul	Suécia
Djibuti	Eslovênia	
Índia	Austrália	
Omã	Suíça	
Butão	Alemanha	
Palestina	Brasil	
Coréia do Norte		
Argélia		
Líbia		
Rússia		
México		
Ilhas Maldivas		
Jordânia		
Marrocos		
Chile		
Filipinas		
Malásia		
Japão		
Turquia		
China		
África do Sul		
Azerbaijão		
Afganistão		
Sudão		
Senegal		
Uzbequistão		
Letônia		
Qatar		
Nepal		
Total: 37	Total: 12	Total: 9

Tabela 3: Comentários sobre os Emirados Árabes Unidos

Exemplo de comentário favorável:

Jordan commended the State's efforts and initiatives to promote human rights, in particular empowerment of women, freedom of expression and opinion, the rights to education and health. It asked about practical measures to realize the right to health and the protection of patient's rights. It also commended the State for the importance accorded to humanitarian activities and its cooperation with international humanitarian organizations

Exemplo de comentário neutro:

Brazil congratulated the State for implementing one of the first AIDS control programmes in the region, and human rights training for police officers. It asked if the State is considering raising the minimum age of criminal responsibility, taking into account the provisions of the Convention on the Rights of the Child. It also asked if there are currently conditions for the establishment of an independent national human rights institution guided by the Paris Principles and the Vienna Declaration and Programme of Action. Brazil proposed that the State (a) consider the possibility of acceding to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. It welcomed (b) a moratorium on executions with a view to abolishing the death penalty, as provided by General Assembly resolution 62/149; and encouraged the Government (c) to accomplish progressively the human rights goals set by Council resolution 9/12.

Exemplo de comentário crítico:

Norway recommended that (a) the intention of the decree that no journalist should receive prison sentences for his/her publications is secured through the enactment of a modernized press and publications law; (b) a new law should ensure the right to freedom of expression, assembly and association, in accordance with international human rights law; the State (c) continue its recent move to open websites with a view to bringing the regulation of Internet use into line with international law; the State (d) protect and respect freedom of expression and association of human rights defenders in accordance with the Declaration on Human Rights Defenders. Norway recognized the State's efforts to improve the situation of migrant workers and recommended (e) including the right to organize, bargain collectively and strike in the law; extending the labour law to cover all groups, including domestic employees and farm labourers; and making this law known to the public through awareness campaigns.

4) Líbia:

Observações favoráveis	Comentários neutros	Predomínio de críticas
Argélia	Malásia	Polônia
Qatar	México	Suíça
Sudão	Tailândia	Austrália
Síria	Coreia do Sul	Canadá
Coreia do Norte		Brasil
Bahrein		Eslováquia
Iraque		EUA
Tunísia		Japão
Arábia Saudita		Reino Unido
Venezuela		França
Cuba		
Omã		
Egito		
Malta		
Bangladesh		
Irã		
Marrocos		
Paquistão		
Mianmar		
Vietnã		
Kuwait		
Sri Lanka		
Emirados Árabes Unidos		
Azerbaijão		
Iêmen		
Turquia		
Bielorrússia		
Chade		
Total: 28	Total: 4	Total: 10

Tabela 4: Comentários sobre a Líbia

Exemplo de observação favorável:

The United Arab Emirates admired the Libyan Arab Jamahiriya's ratification of the majority of the human rights treaties. It noted with great satisfaction progress made towards the establishment of a compulsory and free-of-charge education system, which had contributed to the realization of social justice and sustainable human development. Education was extended to all groups, including persons with special needs. It made a recommendation.

Exemplo de observação neutra:

Thailand welcomed the national report, which presented both progress and challenges. Thailand highlighted efforts made with regard to education, persons with special needs and vulnerable groups. Thailand shared the concerns of the Libyan Arab Jamahiriya regarding its approach to illegal migration, and welcomed steps taken to tackle its root causes. Thailand made recommendations:

Take comprehensive measures to eliminate violence against women and children, in particular by adopting a national strategy to combat violence against women, as recommended by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women; promote freedom for trade unions to ensure fair treatment in the event of labour disputes, especially when they involve migrant workers, and ensure that all domestic labour laws fully comply with the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; take necessary measures to guarantee that migrant workers are treated on a non-discriminatory basis.

Exemplo de observação crítica:

Brazil noted the Libyan Arab Jamahiriya's economic and social progress and acknowledged the promotion of the rights of persons with disabilities, the free health care and the high enrolment in primary education. Brazil noted the successful cooperation with international organizations in areas such as migrant rights, judicial reform and the fight against corruption. Brazil noted that reports of torture were recurrent and that legislation on racial discrimination was lacking. Brazil made recommendations:

Adopt policies and legislation aimed at promoting women's rights and combating gender-based discrimination, particularly domestic violence; issue a standing invitation to all special procedures mandate holders; establish a moratorium on executions with a view to abolishing the death penalty; enhance freedom of expression, association and assembly; uphold the principle of non-refoulement regarding refugees and asylum seekers, and protect the human rights of all migrants, irrespective of their immigration status.

5) Paquistão:

Observações favoráveis	Observações neutras	Predomínio de críticas
Palestina	Chile	Canadá
China	Eslovênia	Bélgica
Argélia	África do Sul	Santa Sé
Indonésia	Japão	Reino Unido
Tunísia	Omã	Portugal
Malásia	Senegal	México
Coréia do Norte	Filipinas	França
Arábia Saudita	Bangladesh	Luxemburgo
Kuwait	Brasil	Rússia
Qatar	Nepal	Suíça
Turquia	Venezuela	Noruega
Cuba	Coréia do Sul	Áustria
Bielorrússia	Iêmen	Holanda
Jordânia	Irã	República Tcheca
Emirados Árabes Unidos	Egito	Dinamarca
Azerbaijão	Austrália	Suécia
Bahrein	Albânia	Alemanha
Panamá	Colômbia	Irlanda
Marrocos		Romênia
Butão		Letônia
Sri Lanka		Finlândia
Nigéria		Grécia
Cingapura		Itália
Sudão		Nova Zelândia
Síria		
Nicarágua		
Zimbábue		
Ilhas Maurício		
Total: 28	Total: 18	Total: 24

Tabela 5: Comentários sobre o Paquistão

Exemplo de observação favorável:

Mauritius noted measures to uphold family values and to protect the rights of women and children, and highlighted investments in the field of education.

Exemplo de observação neutra:

Chile recommended to Pakistan to speed up the ratification of ICCPR and CAT. It noted the efforts made to empower women, and its policy of zero tolerance in the field of violence against women, stating that it is fundamental that the law criminalizing honour killings be applied and acts punished. Chile asked about actions to ensure freedom of worship and the integrity of the religious communities.

Exemplo de observação crítica:

Finland highlighted the concern of the Committee on the Rights of the Child regarding low public expenditure on education and that international aid in this area has not been used in an adequate way. It asked whether Pakistan is still committed to increasing funding for education. It recommended taking urgent measures to ensure that adequate resources are allocated for education. It also asked about plans and time scale to fulfill pledges to set up a National Human Rights Commission according to the Paris Principles.