

LIAZZAT J. K. BONATE

A teoria do “encerramento do *Ijtihad*” no direito islâmico

O postulado da jurisprudência islâmica clássica sobre o “encerramento dos portões do *ijtihad*”, ou a teoria da abdicação da aplicação do raciocínio humano para a extrapolação da lei a partir das escrituras sagradas, foi indicado por orientalistas como uma das razões da alegada incapacidade das sociedades islâmicas de acompanhar o desenvolvimento moderno, do qual o Ocidente desfrutava. O fecho do *ijtihad* pareceu ser a causa plausível da aparente estagnação e da falta de criatividade da jurisprudência muçulmana. Apesar de juristas pré-modernos islâmicos e os orientalistas concordarem sobre o encerramento do *ijtihad*, este, nos dias que correm, tem sido objecto de estudos mais aprofundados e de discussões acesas entre académicos, sendo opinião comum que nem o exercício nem a teoria da lei islâmica manifestaram alguma vez a ausência do *ijtihad* ou da criatividade jurídica.

1. Introdução

Os conceitos de *direito islâmico* ou de *lei islâmica* não eram conhecidos no mundo islâmico antes do século XIX, quando os colonialistas europeus adaptaram estas noções ocidentais à teoria jurídico-legal do Islão (Khalafallah, 2001: 144). De facto, a concepção e a prática jurídica tomaram as mais variadas formas ao longo da história e entre os diferentes pontos geográficos e culturais muçulmanos. Mas o termo *fiqh* é geralmente usado para indicar o *corpus* da literatura que lida com os métodos e o processo da legislação e, muitas vezes, o *fiqh* é identificado também com a jurisprudência ou ciência da lei islâmica pelos académicos ocidentais. O termo *Shari'a*, por outro lado, indica o princípio da legalidade no sentido lato em referência ao código religioso do Islão.

Neste artigo, pretende-se discutir uma das teorias da jurisprudência islâmica clássica, conhecida como do “encerramento dos portões do *ijtihad*” (*Insidad Bab al-Ijtihad*) ou a teoria da abdicação do uso da razão humana para fins de extrapolação da lei a partir das fontes islâmicas. Sobretudo os académicos orientalistas observavam que os legistas islâmicos chegaram a um consenso (*ijma*) no século X que impedia o exercício do *ijtihad*. Por

exemplo, Joseph Schacht (1964: 70-71) e Noel J. Coulson (1964: 80-81), que partilhavam esta posição com muitos outros académicos do seu tempo, defendiam que, a partir desse século, o direito do *ijtihad* foi substituído pelo dever do *taqlid* ou da imitação, e isto alegadamente conduziu não só a uma estagnação e falta da criatividade no pensamento jurídico-legal, mas ao declínio gradual da civilização islâmica.

No entanto, os investigadores mais recentes apontam que nem o *ijtihad* nem a criatividade jurídico-legal deixaram nunca de ser praticadas por muçulmanos. As posições destes investigadores contemporâneos são refletidas no presente artigo.

2. A formação da jurisprudência *sunni*

O Profeta Muhammad era fundador de uma sociedade baseada nos ideais do Islão, e, ao longo da vida, serviu de intermediário entre os humanos e a vontade divina. A partir da sua morte, em 632, os muçulmanos enfrentaram o dilema de resolver as questões do seu quotidiano em conformidade com as exigências da *Shari'a* na ausência de um mediador vivo. O *al-Qur'ão*, o livro da revelação divina, apesar de conter uns 500 versículos sobre as questões do direito e da legislação, é, basicamente, um livro de prescrições morais e religiosas, e não podia responder a todas os problemas suscitados pela expansão e a complexidade crescente da sociedade islâmica (Hallaq, 1997: 3). A partir do reino dos Umaiades (661-750), os estudiosos islâmicos, ou '*ulam*',¹ concentraram-se na compilação dos ditos e feitos do Profeta Muhammad (*sunna*) em manuais de *Hadith* (Hallaq, 1997: 9-12). Com a ascensão ao poder da dinastia dos Abássidas, em 750, alguns '*ulama* foram convidados para conselheiros do governo e o califa Harun al-Rashid (786-809) estabeleceu um poder judicial centralizado, nomeando Abu Yusuf (m. 798) como principal juiz do Estado (o *qadi al-qudat*). O *qadi al-qudat* exercia uma autoridade judicial (*wilayat al-qada*) na qualidade de *hakm* (o administrador soberano) (Kamali, 1993: 55).

O corpo da doutrina jurídico-legal começou a ser construído neste período pelos '*ulama*, que se empenharam na sistematização das metodologias a serem aplicadas ao *al-Qur'ão* e aos *Hadith*. Como assinala Coulson (1964: 82), a jurisprudência islâmica clássica não cresceu a partir da prática de tribunais, mas originou-se nas discussões teóricas dos intelectuais. Os '*ulama* acabaram por formar escolas jurídicas,² entre as quais a de Kufa, no Iraque, e a de Medina tiveram um impacto assinalável para o desen-

¹ Pl., sing., '*alim*, os detentores do conhecimento, '*ilm*, sobre as escrituras sagradas.

² Sing., *maddhab*, pl., *maddhabib*.

volvimento da jurisprudência islâmica *sunni* (Coulson, 1964: 37-52). Embora ambas as escolas fossem enriquecidas por contribuições intelectuais de vários juristas, a fundação da escola de Kufa foi atribuída a Abu Hanifa (m. 767) e a da Medina a Malik ibn Anãs (m. 796). Mas Muhammad ibn Idris al-Shafi’i (767-820), residente do Cairo, foi o grande arquitecto da jurisprudência islâmica (*usul al-fiqh*), tendo introduzido alguma uniformidade na sua teoria e metodologia (Schacht, 1964: 48; Coulson, 1964: 53-61; Makdisi, 1991: 5-47; Hallaq, 1997: 18-21). Depois de Shafi’i, todos os actos legais passaram a ser avaliados com referência a cinco categorias que são a base da *Shari’a* como ela é conhecida hoje: 1) os actos compulsivos ou obrigatórios (*fard wajib*), impostos inequivocamente por Deus sobre os indivíduos (*fard ‘ayn*) e sobre a comunidade no seu todo (*fard kifaya*); 2) os actos recomendáveis (*mustahabb*), que acarretam uma recompensa, mas cuja omissão não é castigada; 3) os actos permissíveis (*mubah*), que são actos cuja omissão ou realização são igualmente indiferentes, isto é um muçulmano pode optar livremente entre as duas possibilidades; 4) os actos impugnáveis (*makruh*), que são recompensados quando omitidos e punidos quando cometidos; e 5) os actos proibidos (*haram*), que são invariavelmente castigados quando cometidos (Lambton, 1981: 2; Hallaq, 1997: 40-41).

Al-Shafi’i também regularizou as principais fontes ou “raízes” (*usul*) da legislação, estatuidando que as leis podem ser derivadas somente das escrituras sagradas do *al-Qur’ão* e da *Sunna* do Profeta Muhammad, que mutuamente se complementam no teor e na hermenêutica. A *Sunna*, que significa a tradição e os precedentes, tinha até então muitas conexões com a Arábia pré-islâmica, mas Al-Shafi’i ligou-a invariavelmente ao Islão, limitando-a às tradições do Profeta Muhammad registadas em *Hadith*. A extrapolação das decisões jurídicas a partir das escrituras sagradas deve ser feita somente por um *mujtahid*, cuja qualificação incluía o conhecimento profundo da língua árabe, dos conteúdos jurídicos do livro sagrado e da teoria de *naskh* (abrogação). O jurista deve usar a *Sunna* na interpretação daqueles versos *Qur’ânicos* que têm um significado e uma linguagem ambíguos e, se não houver uma *Sunna* apropriada, deve saber se houve algum consenso (*ijma*) a respeito do caso. O *ijma* é, geralmente, de toda a comunidade islâmica (*umma*), mas, em particular, da colectividade dos juristas da mesma geração qualificados para exercer o *ijtihad* (os *mujtahids*) (Coulson, 1964: 60; Hallaq, 1997: 75-81). Se já houve um *ijma*, o jurista deve seguir a sua deliberação. Se não, ele deve usar o método da dedução analógica (*qiyas*) ou empregar o seu raciocínio e a sua interpretação criativa (*ijtihad*) sobre os textos sagrados para chegar a uma deliberação jurídica.

Em relação às decisões jurídicas, al-Shafi'i argumenta que elas têm caráter obrigatório quando são baseadas em textos claros e não ambíguos e, no caso de *Hadith*, quando esta foi amplamente transmitida e largamente aceita a sua veracidade (Coulson, 1964: 55-58; Hallaq, 1997: 22-30). No caso em que os textos sejam ambíguos e o jurista tenha chegado à sua deliberação a partir de *qyas* ou *ijtihad*, essa deliberação não tem um caráter obrigatório e pode ser sujeita a discordância e a apelação.

O *qiyas* não foi aceite unanimemente por toda a camada dos *'ulama*, e alguns, como Ahmad ibn Hanbal (m. 855), insistiram na primazia do *al-Qur'ão* e das *Hadith* como únicas fontes da lei (Coulson, 1964: 71; Hallaq, 1997: 32-33). Comparativamente a ibn Hanba e al-Shafi'i, Abu Hanifa e Ibn Malik atribuíam uma importância maior às fontes suplementares da lei. Por exemplo, ibn Malik reconhecia o *istislah*, uma deliberação legal justificada por interesse público (*al-masalih al-mursala*) (Hallaq, 1997: 112). Ao mesmo tempo, os seguidores de Abu Hanifa podiam recorrer à *istihsan*, ou princípio da preferência jurídica nas suas deliberações (Coulson, 1964: 91). Existiam outras discrepâncias entre as quatro escolas, que emergiram nos diferentes pontos geográficos e tomaram os nomes dos seus supostos fundadores, nomeadamente, de Abu Hanifa (*hanafi*), de Malik ibn Anãs (*maliki*), de al-Shafi'i (*shafi'i*) e de ibn Hanbal (*hanbali*). A coexistência tolerante e o reconhecimento mútuo destas escolas, apesar das diferenças, foram selados por uma *ijma* baseada no princípio do *ikhtilaf* (a aceitação da diversidade), que as legitimou como quatro escolas ortodoxas *Sunni*. A formação destas *madhhabib* no século X, de acordo com Schacht (1964: 70-71), assinalou a chegada de um

ponto em que os estudiosos de todas as escolas sentiram que as perguntas essenciais tinham sido discutidas por completo e esclarecidas em definitivo, estabelecendo-se então gradualmente um consenso (*ijma*) nos termos do qual, a partir desse momento, ninguém poderia ser julgado detentor das qualificações necessárias para o exercício e aplicação do raciocínio independente (*ijtihad*) sobre a lei, e toda a actividade futura teria que ser confinada à explanação, aplicação, e interpretação da doutrina [...] da maneira como ela tinha sido estabelecida de uma vez para sempre.³

Assim, pôs-se em prática o regime de *taqlid*, e os juristas, alegadamente, abandonaram a sua criatividade independente, transformando-se em meros imitadores (*muqallid*). A partir de então, eles demonstravam na sua quase totalidade “uma adesão servil não somente à substância mas também à forma

³ Todas as traduções do inglês são da autora.

e à organização da doutrina de maneira como ela fora elaborada pelos seus predecessores” (Coulson, 1964: 84). De acordo com Schacht, Coulson e outros académicos fundadores da disciplina do *Direito Islâmico* no ocidente, a actividade dos juristas ficou reduzida à uma análise detalhada dos critérios já estabelecidos.

3. O encerramento do *Ijtihad* e a teoria jurídica

Embora não tenha desenvolvido este ponto, contraditório com o passo citado acima, Schacht (1964: 72-73) não deixa de afirmar que, posteriormente ao estabelecimento do *taqlid*, a actividade jurídica “não era menos criativa” e “não faltou à lei islâmica a criatividade e o pensamento original”.

De facto, os investigadores contemporâneos convergem na opinião de que nem a criatividade jurídico-legal nem o *ijtihad* alguma vez cessaram. Entre eles, Bernard Weiss (1978: 208-9) indica que, em princípio, nem podia haver nenhuma barreira permanente para o exercício do *ijtihad*, pois a evolução histórica da jurisprudência islâmica mostra que ela foi capaz de enfrentar as situações novas e sem precedentes que constantemente surgiam e criou continuamente deliberações legais que reflectiam estas situações. Como prova manifesta do exercício ininterrupto do *ijtihad*, Rudolph Peters (1984) catalogou uma cadeia de *mujtabids* ao longo de toda história do Islão, mas sobretudo nos séculos XVIII a XIX. Reforçando a opinião de Peters, Wael B. Hallaq (1984) cita outros tantos *mujtabids*, e menciona que a questão do fecho do *ijtihad* em si emergiu na literatura jurídica islâmica muito mais tarde (nos séculos XII ou até XVI) do que os orientistas inicialmente pressupunham (no século X). Sobretudo, ele identifica a predominância do *ijtihad* com as reivindicações de determinados juristas de serem eles próprios os *mujtabids* e até os *mujjaddids* (os que renovam o compromisso com o Islão ou reedificam o Islão no início de cada século), e com o reconhecimento por alguns deles da existência de outros *mujtabids* e dos respectivos *mujjaddids* de cada século.

Refutando qualquer possibilidade de abolição do *ijtihad*, Hallaq (1984: 5) argumenta que tal acto seria considerado ilegal, pois Deus impôs a sua obrigatoriedade (*fard kifaya*) a qualquer pessoa capaz. Deus também determinou que o praticante do *ijtihad* será sempre retribuído. Se o seu *ijtihad* for correcto, o *mujtabid* será recompensado duas vezes no mundo do além e, se for errado, será recompensado uma vez, pelo seu esforço e por cumprir a sua obrigação. E mesmo um pecador que exerce *ijtihad* terá garantido o seu lugar no paraíso (Hasan, 1976: 16-17, 25; Faruki, 1962: 152-166).

Weiss (1978: 209) e Hallaq (1986: 132) oferecem ambos argumentos puramente teóricos sobre o consenso (*ijma*) em torno do fecho do *ijtihad*,

afirmando que isto seria tanto logicamente impossível quanto ilegal, não só porque o *ijtihad* é *fard kifaya* mas também porque o *ijma* é uma fonte da lei (*usul*) sujeita ao *ijtihad*, e cada *ijma* significa não o fim, mas o início do novo *ijtihad*. A teoria jurídica islâmica ou ciência de *usul al-fiqh*, é, de facto, composta por compêndios que focam as maneiras de usar o *ijtihad*, que por si constitui o método central e uma condição *sine qua non* de *usul al-fiqh*. Só através do *ijtihad* o jurista pode chegar a uma decisão judicial. Sendo assim, o fecho do *ijtihad* significaria uma aplicação deficiente ou imperfeita da *Shari'a* – algo inaceitável no Islão –, ou torná-la impossível.

De acordo com Weiss (1978: 208), a declaração do fecho do *ijtihad* e a implementação do *taqlid* foram mais um acaso da história do que uma exigência da teoria. Indo mais avante, e assinalando que, na teoria jurídica, os *muftis* (jurisconsultos) e os *qadis* (juizes) devem ser obrigatoriamente *mujtahids*, Hallaq (1986: 135-36) aponta que as razões para tal declaração devem ser procuradas fora do campo teórico-jurídico. A hipótese deste autor é que ela estivesse ligada à ideia da chegada iminente do dia do Juízo Final, desde a queda do califado no século XI, altura em que os '*ulama* se transformaram na única força capaz de unir a sociedade islâmica mergulhada numa crise sócio-política generalizada (Hallaq, 1986: 134-135, 137-40). Neste contexto, os '*ulama* acreditavam que os *mujtahids* do calibre de al-Shafi'i, por exemplo, tinham deixado de existir e, como não havia *mujtahids*, logicamente os portões do *ijtihad* ficariam encerrados.

4. *Ijtihad* e *taqlid*: as hegemónias em concorrência

Frank E. Vogel (1993) e Baber Johansen (1993) criticaram Peters e, sobretudo, Hallaq por se concentrarem na importância da cadeia de *ijtihad* e na literatura teórica de *usul* (os livros que retratam a metodologia da lei) e de *mutun* (os manuais de *madhhabib*), factores que tiveram pouca importância na aplicação real das leis. Johansen (1993: 31) menciona que os *mutun* são textos que foram escritos para ensinar e treinar os juristas e que *usul* apenas cobre as fontes e os métodos da lei, não oferecendo ambos os géneros nenhum suporte para demonstrar a aplicação prática da jurisprudência.

Johansen (1993: 29-30) refere também que a discussão do fecho do *ijtihad* entre os juristas citados por Hallaq não teve nenhuma influência prática sobre o desenvolvimento dos sistemas normativos da lei, embora Hallaq (1986: 140) tenha opinado que “a controvérsia em torno da extinção dos *mujtahids* e do fecho do *ijtihad* situava-se no campo da teoria jurídica e não da prática da lei”. Vogel (1993: 399), por seu turno, explicando este “paradoxo” no estudo de Hallaq, sugere que os '*ulama* da elite podiam exercitar o *ijtihad*, “se tivessem capacidade e coragem”, “enquanto, no funcionamento

quotidiano do sistema jurídico”, o *taqlid* “abrangeia o *qadis* e os *muftis* comuns, e não a elite”.

Ambos os autores partilham a ideia de que o *ijtihad* e o *taqlid* não representaram momentos lineares ou mutuamente exclusivos da história islâmica; pelo contrário, eram duas hegemonias que estiveram e continuam em concorrência perpétua. Enquanto o *ijtihad* dominou durante o período formativo da lei islâmica, o *taqlid* ganhou supremacia aproximadamente a partir do século XII. Os dois regimes surgiram como resposta às necessidades imediatas da sociedade muçulmana nos períodos respectivos e, assim, cada um deles estabeleceu a sua área de domínio: enquanto o *ijtihad* prevaleceu no campo teórico da lei, o *taqlid* – como o corpo concreto das regras dos *madhhabib* – transformou-se num método de aplicação prática da lei, moldada por e para a sociedade, mesmo quando esta lei em princípio estivesse restringida pela ordenação suprema de Deus e pelas doutrinas dos *madhhabib*. Assim, o regime de *taqlid* não era uma fase de involução da jurisprudência islâmica na Idade Média, mas da sua evolução (Vogel, 1993; Jackson, 1996; Johansen, 1993; Kamali, 1993).

A ascensão do *taqlid* sobre a sociedade muçulmana reflectiu também a intervenção crescente do Estado nos assuntos jurídicos. Jackson (1996: xxvi-ii) acredita que, depois de os *Mu'tazila* terem conseguido angariar o apoio do governo e criar a Inquisição (*al-mibnah*) nos anos de 833-48, os juristas, a fim de defender a teologia jurídica e a primazia da lei perante a teologia especulativa e a ética *mu'tazilita*, foram forçados a cerrar fileiras e amalgamar as múltiplas *madhhabib* existentes em quatro escolas maiores que, com o consenso (*ijma*), ganharam uma ampla legitimidade. Reconhecendo a unidade e a diversidade destas escolas, o *ijma* garantiu a sua sobrevivência perante a teologia especulativa e o racionalismo *mu'tazila*, ao qual as instituições de *madhhabib* se opuseram, enfrentando, assim, o Estado. O *ijma* dos *madhhabib*, por outras palavras, fez da lei e não da teologia o factor legitimador no Islão.

De acordo com Calder (1993: 242-3), o estabelecimento das *madhhabib* definiu os juristas como uma classe e reforçou “o abismo entre aqueles que sabem, que têm direito a debater, e aqueles que não sabem”. Na base do *ijma*, as *madhhabib* estabeleceram as opiniões que prevaleceram a partir de então no domínio da lei, proscrevendo ou invalidando todas as conclusões e opiniões que ficaram fora deste. O efeito final do *ijma* foi possibilitar a diminuição das escolas jurídicas existentes e impossibilitar o surgimento de novas (Hallaq, 1984: 11-12). Neste período inicial, o jurista individual permaneceu autónomo e pôde praticar o *ijtihad* independentemente, pois não havia interesse em amarrar os juristas a um corpo específico de regras. Neste

contexto, ser membro de uma *madhhab* significava apenas aceitar a primazia da lei como um ideal. Isto reflectiu-se nas opiniões de vários estudiosos islâmicos, tais como, Abd al-Jabbar (m. 1024), Ibn Abd al-Barr (m. 1070), al-Khatib al-Bagdadí (m. 1058), Juwayni (m. 1085), entre outros.

Já no século XIII, as *madhhabib*, tornando-se num “corpo específico de regras jurídicas concretas”, deixaram de ser o enquadramento de um método de raciocínio jurídico (Jackson, 1996: xxx). A partir de então, o *taqlid*, como regime, ganhou hegemonia sobre as *madhhabib*, como forma de perpetuar a sua existência e oferecer-lhes a sua autoridade.

O desejo de preservar a *madhhab* em simultâneo como alternativa ao Estado e repositório da autoridade jurídica pode explicar o estabelecimento do regime de *taqlid*. De acordo com Jackson (1996: 70), neste período o reconhecimento da legitimidade mútua entre as *madhhabib* com base na *ijma* foi quebrado por uma intervenção maior do Estado no sistema religioso. Os sultões saljuques (1169-1250) e mamelucos (1250-1517) do Egipto ligaram a classe do *‘ulama* às instituições do Estado (Lapidus, 1988: 353). À conquista do Egipto fatimida e xiíta por Saladino, um sultão saljuque, em 1169, seguiu-se a imposição do sunismo. Saladino introduziu também a *madhhab* hanafita no Egipto, até então dominado pelo xiísmo e pela *madhhab* shafi’i, recrutando proeminentes *qadis* e *muftis* hanafitas, trazidos do exterior. Embora os Saljuques adoptassem uma política de igual tratamento de todas as *madhhabib*, de facto a hanafita gozou de uma posição sócio-política superior às restantes *madhhabib* (*ibid.*). Os sultões mamelucos seguiram a mesma política. Quando o Sultão Baybars (1260-70) se transformou num shafi’ita, esta *madhhab* ganhou influência e poder no seio do seu estado. Shihab al-Din Al-Qarafi (m. 1285) e Taqi al-Din ibn-Taymiyya (1263-1328), pertencentes às *madhhabib* malikita e de hanbalita respectivamente, ambas supostamente “marginalizadas” pelo Estado, argumentavam que a associação de uma *madhhab* ao Estado tinha por consequência que o corpo de regras dessa *madhhab* ganharia uma posição preferencial sobre a sociedade. Tanto o significado quanto o valor do *ijma* foram, assim, desafiados e diminuídos.

A transformação das *madhhabib* em corporações profissionais (grémios) garantiu, no entanto, de certa forma a continuidade desta *ijma* (Jackson, 1996: 70-73, 103-112; Makdisi, 1990: 125). Quando a *madhhab* adquiriu um estatuto corporativo – com capacidade para conferir alguma protecção aos seus membros e às suas doutrinas –, ela transformou-se num contexto no âmbito do qual todos os tipos de interpretações jurídicas poderiam ocorrer. Makdisi (1990: 131) argumenta que uma *madhhab*, tal como qualquer corporação, está estruturada hierarquicamente, apresentando uma

organização com três graus: o neófito (*mutaffaqih*), o estudante graduado (*sabib*) e o mestre/professor (*mufti/mudarris*). Cada *madhhab* tinha um mestre dirigente (*o ra'is*). Os *ra'is*, *mudarris* ou *mufti* de cada *madhhab*, frequentemente considerados como os *mujtabids fi' l madhhab* (os *mujtabids* dentro de uma *madhhab*), emitiam opiniões individuais, que se transformavam em opiniões gerais da sua escola. Reconhecendo os *imamos* (fundadores) de cada *madhhab* como os únicos *mujtabids* absolutos e independentes (*mujtabid mutlaq*), os *ra'is* e *muftis* das *madhhabib* não reivindicavam, no entanto, este papel para si, com a exceção talvez de Suyuti (1445-1505) (Hallaq, 1984, 29-33).

Entretanto, os relatos históricos demonstram que o poder executivo dos califas não reforçou sempre as decisões judiciais e, frequentemente, os califas exerceram o seu próprio poder discricionário (Kamali, 1996: 56). Coulson (1964: 121) assinalou que, embora o dever de julgar com imparcialidade completa fosse exigida pelo próprio *al-Qur'ão*, o relacionamento entre o poder judicial e o poder executivo era tal que tornava impossível a aplicação plena deste princípio. Mas a pluralidade de escolas jurídicas e a diversidade das suas doutrinas causavam também confusão e disparidade nas decisões dos tribunais, o que conduzia o governo muçulmano a adoptar uma das escolas como uma *madhhab* oficial do Estado. Mesmo um defensor tão lídimo do *ijtihad* como o jurista al-Mawardi (974-1058) declarou que as necessidades práticas “requeriam” que cada juiz (*qadi*) seguisse uma escola particular da lei nas suas deliberações (Vogel, 1993: 400). Por esta razão, Vogel (1993: 398) relaciona a transformação dum *qadi-mujtabid* em um *qadi-muqallid* com a emergência do Estado muçulmano.

Entre os séculos X e XIII, os estudiosos islâmicos seguiam formulações diferentes a respeito da liberdade de *qadi* (Hallaq, 1984). Mas a ideia de que os *mujtabids* eram inalcançáveis foi alastrando, em paralelo com a ideia da necessidade de os *qadis* assumirem autoridade sobre todo o Estado. A crescente intervenção do Estado no sistema judiciário tornou o lugar de *qadi* indesejável para muitos *mujtabids*, que declinavam com notável frequência o exercício desta função, e a necessidade de novos *qadis* foi preenchida pelo recrutamento dos juristas menos qualificados (*muqallids*) (Makdisi, 1985: 87).

Os exemplos citados por Vogel, Jackson (1996) e Kamali (1993) ilustram como o *taqlid* começou a ganhar a supremacia sobre a instituição do juiz (*qadi*). Jackson (1996: 152-162), a partir dos textos dos diferentes juristas dos séculos X a XIII, atesta como a exigência de um *qadi* ser um *mujtabid* foi gradualmente abandonada a favor de ele ser apenas um *muqallid*. Por outro lado, Vogel (1993: 398-401) mostra que a decisão de um *qadi-mujtabid*

não era obrigatória (*hukm*), mas apenas *zanni* (incerta), e, portanto, dificilmente podia ser aplicada na prática. O facto de um *qadi* ser o *mujtabid* significava que a sua opinião individual (*ijtihad*) tinha mais um carácter de recomendação ou parecer do que propriamente de decisão judicial. Este facto levou Ibn Muqaffa (m. 757) a queixar-se da existência de uma “multiplicidade de decisões legais ou jurídicas que eram mutuamente contraditórias”. O processo judicial foi também complicado pela liberdade dos leigos de escolher entre os diferentes *qadis* e as respectivas opiniões. Makdisi (1984: 82) aponta que um *ijtihad* individual tanto podia ser seguido por um leigo como também ser rejeitado e, conseqüentemente, esse *ijtihad* não era *hukm*. Ao mesmo tempo, o conceito de que todos os *mujtabids* eram livres e independentes criou confusão a respeito da aplicação da lei a toda uma cidade ou a um estado, para além de que abriu espaço para a corrupção e arbitrariedade judicial e negou aos litigantes a previsibilidade da lei. Isto significou que, quanto aos conteúdos jurídicos das decisões judiciais, cada *qadi* ficou limitado pelas opiniões da sua respectiva *madhhab*. Quando um *qadi* escolhia seguir o parecer de uma *fatwa* endossada pela sua *maddhab*, o seu acto de escolha transformava este parecer de uma *fatwa* em uma *hukm*.

Neste sentido, a emergência do *taqlid* vinculou o jurista a uma escola específica do direito e produziu uma solução para as dificuldades práticas que o Estado enfrentava quanto à aplicação da lei. Mas isto também facilitou que as opiniões dos juristas individuais adquirissem o estatuto de uma decisão judicial (*hukm*), porque o jurista falava agora em nome de uma escola reconhecida pelo *ijma*, que legitimou as *madhhab* existentes. Em comparação ao conceito de *zann*, o *ijma* era infalível e obrigatório, e baseava-se no princípio de que “a minha comunidade nunca concordará num erro” (*al-Qur’ão*, 4: 115). Conseqüentemente, quando Hallaq (1984: 4) afirma que “[...] o *mujtabid* pode tentar, empregando o procedimento do *qiyas* (analogia), descobrir o julgamento (*hukm*) de um caso sem precedente (*far’; pl. furu’*)”, ele contradiz a opinião generalizada de que um *ijtihad* individual é *zanni* (incerto e falível) (Faruki, 1962: 26-27; Hasan, 1976: 61-63).

Apesar do reconhecimento de que o *taqlid* era um *modus vivendi* dominante na jurisprudência deste período, a prática do *ijtihad* não foi abandonada totalmente. Portanto, não houve nem podia haver um “encerramento dos portões do *ijtihad*”. A prática contínua de *ijtihad* pode ser ilustrada a partir da evolução da instituição de *mufti* (jurisconsulto) (Hallaq, 1997: 123). Se, a partir do século XIII, a opinião do *qadi* se tornou numa decisão judicial obrigatória (*hukm*), a *fatwa* do *mufti* continuou a ser “não-

-deliberativa e sujeita a contestação” (Jackson, 1996: 143). Consequentemente, se o *ijtihad* individual dum *qadi* ficou restringido tanto pela sua *madhhab* como pelo Estado, um *mufti*, embora teoricamente devesse seguir o corpo das regras da sua *madhhab*, na prática, gozando dum estatuto muito elevado na sua *madhhab*, continuou a ser um *mujtahid* independente tanto do Estado, quanto da *madhhab*, situação em que se manteve, pelo menos, até ao século XVI. Nessa época os Otomanos começaram a nomear um *mufti* a nível do Estado, altura em que a decisão jurídica dum *mufti* se transformou num *hukm* também (Makdisi, 1985: 87; Makdisi, 1990: 122; Johansen, 1993: 34).

O *mufti*, através do seu *ijtihad* independente e absoluto, produziu mudanças legais tanto teóricas quanto na prática (Makdisi, 1990:131). Schacht e Coulson estavam bem cientes desta função do *mufti* e das *fatawa*.⁴ Schacht (1964: 74-74) descreve-os como uma contribuição importante “para o desenvolvimento doutrinal da lei islâmica”, e Coulson (1964: 140-42; 148) nota que esta intervenção causou de facto, “modificações consideráveis na doutrina restrita clássica”. Infelizmente, ambos os autores não desenvolvem as suas opiniões a este respeito.

Johansen (1993: 29-49) sublinha que estas mudanças, que tomaram a forma de novas interpretações, foram incorporadas na literatura jurídica medieval de *fiqh*, constituídas por *mutun* e *usul*. Esta literatura foi, gradualmente, enriquecida com as interpretações das *madhhab* acima mencionadas, e incorporada em géneros literários novos, tais como os *shurub* (comentários) e os *fatawa*. Johansen estudou alguns destes documentos datados de entre os séculos XI a XV, que reflectem em particular as mudanças jurídicas dentro da *madhhab hanafi* em relação ao imposto fundiário e ao aluguer de terra. De facto, as leis *hanafi* do período anterior indicavam que o imposto devia ser fixado sobre todas as terras aráveis. No século XII, os juristas da Ásia Central já fazem uma diferenciação entre as terras usadas pelos camponeses para a produção e as que pertencem aos proprietários que tiram proveito das rendas colectadas, e dos respectivos impostos (Johansen, 1993: 40). Entre os séculos XV e XVIII, os juristas *hanafi* do Egipto e Síria acharam que a regra relativa ao imposto fundiário deliberada pelos fundadores da sua escola já não se aplicava aos seus países. Esta nova opinião divergia claramente da doutrina fundamental da escola *hanafi*, e os *muftis* discutiram as razões pelas quais a antiga doutrina foi substituída por uma nova. A nova doutrina dava conta das necessidades sociais e económicas que justificavam uma mudança na lei. Os *muftis* afirmavam “que *fatawa*

⁴ Pareceres jurídicos produzidos por *muftis*.

podem diferir da tradição anterior, e podem até negligenciá-la; e podem desenvolver doutrinas novas e impô-las aos *qadis*” (Johansen, 1993: 35-6).

No geral, não há nenhuma dúvida de que os *muftis* não discutiam as doutrinas das suas escolas como um *corpus juris* inalterável, mas como uma tradição em mudança, que deveria ser constantemente ajustada e adaptada às mudanças do tempo e da sociedade. Tudo indica que o princípio de *taqlid* não é aplicável aos *muftis* e às *fatawa*. Um bom exemplo disto é a actividade jurídica de Ibn-Taymiyya, que, nos seus trabalhos, clamou por um rigoroso *ijtihad* radical (Makari, 1983: 87). Victor E. Makari menciona que Ibn Taymiyya, na qualidade de *mufti*, era claramente um *mujtahid mutlaq*, absoluto e independente, apesar de sublinhar constantemente a sua pertença à escola hanbali. Este ponto é reforçado ainda mais por Benjamin Jokisch (1997), que, concentrando a sua pesquisa nas *fatawa* de Ibn Taymiyya, revela que estas frequentemente contrariavam as posições estabelecidas pela escola hanbali e tinham um espírito sobejamente inovador e uma interpretação independente e original (Jokisch, 1997: 129).

Os juristas medievais declararam expressamente que o *mufti*, ao contrário do *qadi*, tinha todo o direito de discutir os motivos, a consciência religiosa, e as intenções ou, por outras palavras, “os aspectos internos” (*al-batin*) dum crente. Somente quando um *mufti* era chamado a emitir uma orientação legal para um caso trazido perante o *qadi*, é que ele devia referir-se ao *zahir*, ou aos aspectos externos da lei e da acção humana (Johansen, 1993:33). A fim de separar a função de orientação religiosa e de perícia jurídica, a primeira devia ser apresentada oralmente, enquanto a parte de perícia jurídica devia ser realizada de forma escrita, como uma *fatwa*.

Al-Qarafi acreditava que, neste período, o padrão característico do processo judicial no seu todo assentou na divisão efectiva de competências entre o *qadi* e o *mufti* – enquanto as actividades do *qadi* ficaram restringidas às questões factuais, o *mufti* manteve a jurisdição da lei (Jackson, 1996: 145). O *mufti* era um *mujtahid*, porque a sua opinião não tinha que ser seguida e obrigatoriamente adoptada pelos leigos ou pelos *qadis*; ele trabalhava na parte teórica da lei, interpretando e emitindo opiniões sobre como as leis deviam ser aplicadas. O *qadi* era um *muqallid* (seguidor da deliberações do *mufti-mujtahid*); ele poderia potencialmente transformar o *ijtihad* numa decisão judicial obrigatória e final (*hukm*).

Faruki, Hasan e Coulson alegaram que, desde a instituição do regime de *taqlid*, o *ijtihad* absoluto (*ijtihad mutlaq*) deixou de ser praticado. Estes autores argumentam também que o *ijtihad fi' l madhhab* (o *ijtihad* dentro de uma *maddhab*) tinha substituído o *ijtihad mutlaq*. Esta opinião contradita o facto de vários *muftis* e *mujtahids*, tais como Juwayni (m. 1085), Ibn

Taymiya, al-Ghazali (m. 1111), ar-Rafi’i (m. 1226), Suyuti e outros terem continuado a exercer o *ijtihad mutlaq*, apesar de pertencerem a *madhhabib* diferentes. Embora estes juristas fossem identificados como *mujtahid muntasib* (os *mujtahids* filiados numa escola jurídica), ou como *mustaqill* (*mujtahids* dentro duma escola jurídica), as suas interpretações inovadoras e originais baseavam-se directamente nas escrituras sagradas de *al-Qur’ão* e da *Sunna*, e não eram limitadas pelos termos doutrinários das suas respectivas escolas (Hallaq, 1984: 13-20, 26-27).

Apesar de Hallaq opinar que o *qiyas* era a “espinha dorsal do *ijtihad*”, este não foi praticado geralmente por *muqallids*, e al-Qarafi confirma que qualquer pessoa podia praticar *qiyas* com base na *madhhab* do seu *imamo*, em casos em que o *ijtihad* era chamado *takbrij*, e permanecendo ainda assim um *muqallid* (Hallaq, 1984: 7; Jackson, 1996: 128). Mas, se os *ra’is* e *muftis* dominaram a disciplina de *usul al-fiqh* a fim de poder extrapolar (executando *takbrij*) uma decisão legal com base no *madhhab* do *imamo*, eles podiam aplicar o mesmo método directamente às escrituras sagradas (exercendo o *ijtihad mutlaq*). Na prática, o que eles reivindicavam como uma mera imitação do método dos *imamos* eram, em muitos casos, os seus próprios *ijtihad* independentes e absolutos. Como intérpretes da lei divina, eles não tinham poder para abolir a lei vigente, mas, em certas ocasiões, um jurista particularmente talentoso podia conseguir, pela argumentação, modificar uma lei previamente estabelecida. O mecanismo por eles adoptado para introduzir mudanças e inovações na lei era o da “justaposição de soluções diferentes a um e o mesmo problema” (Jackson, 1996: 96-112; Johansen, 1993: 30).

Na discussão do *taqlid*, Schacht equiparou-o à “aceitação inquestionável das doutrinas das escolas e das autoridades estabelecidas” (Schacht, 1964: 71). Em contrapartida, para o jurista medieval muçulmano al-Qarafi, existiam potencialmente múltiplas doutrinas expressas pelos *imamos* das *madhhabib* e pelas autoridades antigas que, no entanto, não foram enquadradas nas suas respectivas escolas jurídicas e, assim, não se tornaram um objecto *taqlid* também (por exemplo, o *batin*) (Jackson, 1996: 127). Ele sublinha que as opiniões dos epónimos das escolas e das autoridades antigas não devem ser seguidas cegamente, mas devem ser examinadas de maneira a excluir as “doutrinas” extra-legais do santuário da lei.

O *taqlid*, de acordo com al-Qarafi, consiste em cinco componentes: as categorias legais (*ahkam*), as causas legais (*asbab*), os pré-requisitos legais (*shurut*), os impedimentos legais (*mawani*) e as variadas formas das provas apresentadas ao tribunal (*hijaj*) (Jackson, 1996: 139). O *taqlid*, como o que vinculava uma *madhhab*, é válido somente como um constituinte da lei. Mesmo neste campo restrito e dominado pelo *taqlid*, o *ijtihad*, pelo menos

no sentido da observação pessoal ou científica, não ficou obliterado, mas assumiu o seu próprio lugar ao lado do *taqlid*, e, em muitos casos, como uma parte necessária do processo jurídico.

Al-Qarafi indica que os pronunciamentos judiciais nas questões fora da área do *taqlid* não são decisões obrigatórias, mas somente acções discricionárias. Tanto um *mujtabid* como um *muqallid* podem deliberar acerca das questões para-legais, na tentativa de determinar se uma regra pode ou não ser aplicada no caso em juízo. O que é importante, entretanto, é que nenhum dos dois toma estas questões como parte da aplicação da lei propriamente dita. Para al-Qarafi, era importante impedir qualquer convergência – sempre indesejável – entre a autoridade discricional (*ijtihad*) e legal (*taqlid*).

O facto de o *taqlid* servir como um meio prático para a aplicação do *ijtihad* não significava que o *taqlid* podia eclipsar ou substituir o *ijtihad* propriamente dito, situação que foi claramente argumentada por al-Qarafi. Por um lado, para al-Qarafi, a lei é a *madhhab*, e assim ela é domínio de *taqlid*, restrita pelo corpo das regras da respectiva *madhhab*. O *ijtihad*, por outro lado, não é limitado pela *madhhab*, mas, porque o *ijtihad* serve para fornecer a justificação para o *taqlid*, mesmo um *ijtihad absoluto* deve ser confinado, pelo menos teoricamente, a uma *madhhab*. Assim, apesar de o *ijtihad* (mesmo o absoluto) ser continuamente exercido e não ser proibido de maneira alguma, na vida quotidiana da prática legal podia funcionar somente o *ijtihad* confinado ao corpo das regras duma *madhhab* específica. A existência de *ijtihad* garantiu e deixou margem para a criatividade na lei.

Ao contrário da opinião de Coulson (1964: 84) de que o *taqlid* significava que um *muqallid* seguia rigorosamente a doutrina da sua *madhhab*, as provas históricas e os documentos legais mostram que a prática da escolha entre as posições das varias *madhhabib*, conhecida como *talfiq* ou do eclectismo legal, era largamente aceite. Por exemplo, Calder (1995: 57-75) refere como os juristas *hanafi*, tais como *al-Sarakhsi* (m. 1097), adoptaram uma visão *shafi'i* a respeito da questão do *zakat*. Al-Qarafi mencionou que um bom número de *Shafi'itas* permitia a prática de *talfiq*. Ibn al-Hajib (m. 1244) permitiu-a abertamente dentro da escola *maliki* (Jackson, 1996: 111). Assim “a lealdade à escola particular não era dogmática, [...] e o relacionamento entre as escolas era dialéctico” (Calder, 1995: 72).

5. Conclusão

A emergência da teoria do “encerramento dos portões do *ijtihad*” foi explicada diferentemente pelos académicos orientalistas dos anos 1950 e 1960, e pelos próprios juristas muçulmanos. Os orientalistas encontraram nela uma explanação histórica para a alegada falta da criatividade jurídico-legal

e para o declínio da civilização islâmica, que, para eles, representava um mundo pré-moderno e atrasado.

Os investigadores contemporâneos apontam que nem o *ijtihad* nem a criatividade jurídico-legal deixaram alguma vez de ser praticados por muçulmanos. Pesquisando a escrita dos juristas muçulmanos de várias épocas, eles demonstraram que os juristas expressaram através da teoria do fecho do *ijtihad* o seu desagrado perante a crise que assolava a sociedade medieval, e que, no entender deles, denotava e iminente aproximação do Dia do Juízo Final. Por outro lado, nesse momento, as bases das teorias jurídicas já tinham sido formuladas e inscritas em *madhhabib*, o que criou uma certa reverência perante os seus fundadores, vistos como os únicos possíveis *mujtahids*. Esta percepção também podia conduzi-los à declaração da impossibilidade do surgimento de novos *mujtahids* à altura e, conseqüentemente, a declarar o encerramento do *ijtihad*.

No entanto, alguns investigadores mais recentes notaram uma discrepância entre a teoria idealizada do *ijtihad*, promovida pelos juristas, e a prática real da aplicação da lei. Perante a crescente intervenção e controlo do poder judicial pelo Estado, as *madhhabib* vieram tomar o papel de garantes da supremacia da lei sobre a sociedade, opondo-se à influência crescente do Estado. O *ijma* munuiu-as com autoridade e legitimidade. Por outro lado, o *ijtihad*, sendo uma deliberação não obrigatória, dificilmente podia transformar-se numa decisão judicial, e este facto complicou a aplicação da lei na prática. Assim, as *madhhabib*, o Estado, e as necessidades práticas impuseram o regime do *taqlid* em detrimento do *ijtihad*. Embora isto facilitasse a aplicação prática da lei, na realidade, o *ijtihad* e *taqlid* co-existiam, pois o surgimento do *taqlid* não extinguiu o *ijtihad*, mas possibilitou a sua transformação de *zanni* (incerto e não-deliberativo) para *hukm* (obrigatório). O *taqlid* ficou associado mais com a posição do juiz, o *qadi*, e o *ijtihad* prevaleceu no seio dos *muftis*. O *ijtihad*, mesmo o absoluto, nunca deixou de ser exercido, pelo menos no domínio teórico da lei, apesar de, na prática este ter de ser associado a uma *madhhab*. Assim, o *ijtihad* continuou a estimular a criatividade e as mudanças jurídicas e legais ao longo de toda a história do Islão.

Referências bibliográficas

- Calder, Norman (1993), *Studies in Early Muslim Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.
- Calder, Norman (1995), “Exploring the God’s Law: Muhammad b. Ahmad Sahl al-Sarakhi on Zakat”, in Christopher Toll; Jakob Skovgaard-Petersen (orgs.), *Law*

- and the Islamic World, Past and Present*. Copenhagen: The Royal Danish Academy of Sciences and Letters, 57-75.
- Coulson, Noel J. (1964), *A History of Islamic Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Hallaq, Wael B. (1984), "Was the Gate of *Ijtihad* Closed?", *International Journal of Middle Eastern Studies*, 16(1), 3-41.
- Hallaq, Wael B. (1986), "On the Origins of the Controversy about the Existence of *Mujtahids* and the Gate of *Ijtihad*", *Studia Islamica*, 63, 129-141.
- Hallaq, Wael B. (1997), *A History of Islamic Legal Theories: an Introduction to Sunni Usul Al-Fiqh*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hasan, Ahmad (1976), *The Doctrine of Ijma in Islam*. Islamabad: The Islamic Research Institute.
- Faruki, Kemal A. (1962), *Islamic Jurisprudence*. Karachi: Din Muhammadi Press.
- Jackson, Sherman A. (1996), *Islamic Law and the State. The Constitutional Jurisprudence of Shihab al-Din al-Qarafi*. Leiden: E.J. Brill.
- Johansen, Baber (1993), "Legal Literature and the Problem of Change: The Case of the Land Rent", in Chibli Mallat (org.), *Islam and Public Law. Classical and Contemporary Studies*. London: Centre of Islamic and Middle Eastern Law, SOAS, 29-49.
- Jokisch, Benjamin (1997), "*Ijtihad* in Ibn Taymiyya's *Fatawa*", in Robert Gleave; Eugenia Kermeli (orgs.), *Islamic Law: Theory and Practice*. London: I. B. Tauris Publisher, 119-137.
- Kamali, Mohammad Hashim (1993), "Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law", in Chibli Mallat (org.), *Islam and Public Law. Classical and Contemporary Studies*. London: Centre of Islamic and Middle Eastern Law, SOAS, 29-49.
- Kamali, Mohammad Hashim (1996), *Freedom of Expression in Islam*. London: I.B. Tauris.
- Khalafallah, Haifaa (2001), "The Elusive 'Islamic Law': Rethinking the Focus of Modern Scholarship", *Islam and Christian-Muslim Relations*, 12(2), 143-52.
- Lambton, Ann K. S. (1981), *State and Government in Medieval Islam. An Introduction to the Study of Islamic Political Theory: The Jurists*. Oxford: Oxford University Press.
- Lapidus, Ira M. (1988), *A History of Islamic Societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Makari, Victor E. (1983), *Ibn Taymiyyah's Ethics. The Social Factor*. Chico: Scholars Press.
- Makdisi, George (1985), "Freedom in Islamic Jurisprudence: *Ijtihad*, *Taqlid*, and Academic Freedom", in *Les Belles Lettres*. Paris: 79-87.
- Makdisi, George (1990), "Magisterium and Academic Freedom in Classical Islam and Medieval Christianity", in Nicholas Heer (org.), *Islamic Law and Jurisprudence*. Seattle/London: University of Washington Press, 117-133.
- Makdisi, George (1991), *Religion, Law and Learning in Classical Islam*. Vermont: Ed. Variorum.

- Peters, Rudolph (1980), “*Ijtihad* and *Taqlid* in 18th and 19th Century Islam”, *Die Welt des Islams*, 20(3-4), 131-145.
- Schacht, Joseph (1964), *An Introduction to Islamic Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Vogel, Frank E. (1993), “The Closing of the Door of *Ijtihad* and the Application of Law”, *The American Journal of Islamic Social Sciences*, 10(3), 396-401.
- Weiss, Bernard (1978), “Interpretation in Islamic Law: The Theory of *Ijtihad*”, *American Journal of Comparative Law*, 26, 199-212.