

PENA DE MORTE E LEI ISLÂMICA: UMA RELAÇÃO INEXORÁVEL?

Thiago Perez Bernardes de Moraes

Doutor em Psicologia Social pela Escuela de Graduados – Universidad Argentina John Fitzgerald Kennedy (UK/Argentina), tendo realizado estágio de Pós-Doutorado em Direito Constitucional pelo Departamento de Giurisprudenza – Università degli Studi di Messina (Unime/Itália). Professor de Graduação e Pós-Graduação no Centro Universitário Campos de Andrade (Uniandrade) em Curitiba – Paraná.

Resumo: A maior parte dos países contemporâneos que aplica a pena de morte de maneira mais severa e que pouco ou nada assiste às recomendações dos direitos humanos é composta de países muçulmanos que praticam a lei tradicional Sharia. Todavia, vale destacar que, apesar de existirem países inflexíveis no que tange à aplicação da Sharia, há outros que buscam conciliar as especificidades da Lei Sharia à proteção da vida humana e à dignidade como estabelecido no direito internacional. Neste trabalho expõe-se que, apesar de à primeira vista parecer haver um contexto irreconciliável, existe indubitável compatibilidade entre os preceitos dos direitos humanos e a aplicação da Sharia, e aqui se destacam as salvaguardas previstas para a não aplicação da pena de morte e que em muitos casos levam esta à abolição ou, ao menos, que ela seja usada apenas como recurso de última instância.

Palavras-chave: Pena de morte. Sharia. Islã. Direitos humanos.

Sumário: Introdução – A lei tradicional islâmica – Lei tradicional islâmica e pena de morte – Considerações finais – Referências

Introdução

Ashlea Nicole Hellmann (2016) leciona que a Lei Sharia é aplicada às leis estaduais de alguma forma em 53 países muçulmanos e também em alguns países não muçulmanos. Nesse ponto, cada país tentou em alguma medida conciliar seus costumes locais com a lei prescrita pela Sharia, assim, o que varia aqui é a determinação sob até onde a Lei Sharia pode se flexionar. Nesse diapasão existe um corpo pequeno de países que tem sistemas criminais completamente guiados pela lei tradicional islâmica, o que se coloca muitas vezes como uma razão de conflito em relação ao direito internacional. A crítica por parte da comunidade internacional ressalta a severidade das punições que são proscritas

nestes países. Além disso, denuncia-se em geral que muitos outros aspectos dos sistemas penais destes países parecem estar em divergência com os padrões outorgados pela comunidade internacional.

Sem embargo, muitos estudiosos apoiam o uso da Sharia sob o argumento de que muitos sistemas legais do mundo que fazem uso de tal sistema buscam de algum modo manter o respeito inerente à justiça no que tange à proteção da vida humana e à dignidade. Como consequência, muitos países islâmicos criaram leis criminais que fazem com que a interpretação da Sharia leve em consideração esse padrão estabelecido pela comunidade internacional, enquanto outros simplesmente eliminaram a aplicação da Sharia no âmbito do sistema penal. Mas existem países que fazem uma inflexível interpretação da Sharia, em um *modus operandi* discrepante à ideia de respeito, justiça e proteção da vida e da dignidade humana (HELLMANN, 2016).

Nessa acepção este trabalho se debruça sobre um ponto específico dentro deste arcabouço: a relação entre a Sharia e a pena capital. Por um lado, nosso trabalho desenvolve um quadro sobre a lei tradicional islâmica e a relação desta com a pena de morte, visto que, como percebe Anne Katrine Mortensen (2008), a relação entre punição e religião tende a ser mais forte em países muçulmanos. Concordamos aqui com Ashlea Nicole Hellmann (2016), que argumenta que a lei do Alcorão deve ser compreendida em concordância com os preceitos balizadores dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Como salienta Gaber Mohamed (2017), apesar de a maior parte dos países muçulmanos aplicar a pena de morte lastreada na Sharia, esta prevê uma série de salvaguardas a fim de evitar a pena de morte como recurso, colocando ela na maioria dos casos como recurso de última instância. Neste diapasão é certo que existe compatibilidade entre a lei islâmica Sharia e o direito internacional, e não obstante esta já é uma experiência vivenciada em alguns países. A importância deste tema reside no fato de que a compreensão da evolução das leis tradicionais e a definição dinâmica de valores humanos universais (justos e civilizados) têm levado muitos especialistas da Sharia a buscar uma reflexão racional e objetiva sobre o paradoxo incongruente que representa o uso presente da pena de morte.

A lei tradicional islâmica

As punições criminais e suas funções podem ser entendidas como variáveis dependentes das condições sociais, econômicas e políticas prevalecentes em determinada sociedade, logo, em sociedades pequenas e indiferenciadas existe a tendência do estabelecimento de um consenso de que as sanções devem ser usadas para preservar a ordem social, mantendo o *status quo* e estabelecendo

controle sobre as relações sociais. Em contraste, em sociedades diversificadas, as sanções criminais e civis foram concebidas para servir a múltiplos propósitos, que incluem desde o reforço de valores coletivos, da proteção da comunidade através da incapacitação de infratores condenados, à reabilitação dos infratores e à dissuasão dos indivíduos (sobretudo no que tange à reincidência). No mesmo ponto, algumas sanções civis são projetadas para fins restaurativos, como no caso das multas ou indenizações, não obstante, algumas punições, sobretudo públicas, servem também para cumprir importantes funções simbólicas, quer dramatizando a má conduta particular, quer ilustrando a equidade nos processos judiciais (MIETHE; LU, 2005; MORAES, 2016).

Em contraste com as tradições jurídicas ocidentais, a lei islâmica é muitas vezes inflexível, como argumentam Terance Miethe e Hong Lu (2005), no que diz respeito à alteração das condições sociais. Em verdade, a Sharia¹ busca regular a totalidade da existência humana, estendendo suas proscricções (no campo religioso) para a vida pessoal, compreendendo questões diversas como higiene, conduta sexual, padrão alimentar, responsabilidades familiares e também a relação dos cidadãos com seus governantes. Entre as características básicas da Sharia e suas proscricções, podemos destacar algumas. Primeiro, não é uma lei promulgada² por um governante, e, sim, revelada por Deus. Segundo, foi ampliada por juristas líderes muçulmanos, em suas respectivas escolas jurídicas.³ Terceiro, destaca-se que a Sharia é tida como variável, independentemente de ser ou não reconhecida pelo Estado. Quarto, diferente de tradições jurídicas ocidentais, a Sharia não se origina em usos e costumes, mas apenas em revelações divinas. Como quinto aspecto, destaca-se que a Sharia é um corpo tão abrangente que entrelaça todos os aspectos de um sistema legal, como o direito constitucional, internacional, criminal, comercial, civil e assim por diante. Por fim, denota-se que a Sharia não se baseia no “dever ser”, e, sim, estabelece o que a lei de fato é.

¹ O Professor Abdulkadir Mubarak (2013) da Universidade de Abuja doutrina que o termo Sharia se refere literalmente a um “buraco de água” em que animais se reúnem diariamente para beber os ensinamentos sobre o caminho proposto pelo Alcorão.

² No islã tradicional, como bem ensina Samuel Sérgio Salinas (2009), não existe distinção entre o advogado e o advogado canonista, dito de outra forma, as atividades de teólogo e de advogado se confundem, o que leva o direito islâmico a acalcanhar toda esfera política, enquanto que o cristianismo e o judaísmo (mesmo sendo desde os primórdios projetos de ordem social), ao defenderem até certo ponto que a fé deve ser desprovida de poder político, adaptam-se à ordem política previamente estabelecida. O direito islâmico pode ser considerado em suma como o “extremo direito de juristas”, isso porque sua formulação é trabalho de atores jurídicos que formulam decisões a partir da conciliação dos textos corânicos, em contraste, no direito ocidental, a lei é atribuição sobretudo do legislador, que formula os tipos e peculiaridades de ordem jurídica.

³ É importante dizer também que existem quatro escolas jurídicas no islã sunita com concepções discrepantes e também assemelhadas acerca do direito muçulmano e sua aplicação, sendo elas as escolas *Hanafita*, *Hambalita*, *Malequita* e *Chafeita* (SALINAS, 2009).

Destaca-se que toda conduta ética muçulmana fora classificada, fundamentalmente, no período clássico, como esquadrinha Samuel Sérgio Salinas (2009), existindo cinco categorias de deveres, sendo estes: (a) o dever absoluto, um arcabouço que inclui tudo que fora positivado por recompensas e punições previstas em lei; (b) ações consideradas meritórias que, quando cumpridas, eram recompensadas, todavia, sua omissão não acarretava punição; (c) ações legalmente indiferentes, que não acarretavam consequências jurídicas; (d) ações reprováveis, mas que não acarretavam punição e (e) ações que ensejavam punição e que eram proibidas. Destaca-se que estas normas compreendem em um mesmo plano (como iguais) textos referentes à prece, ao rito, o que inclui desde as regras políticas e legais (em sentido *stricto*), podendo ser consideradas nessa significação como o resumo do pensamento islâmico em sua manifestação mais típica do gênero.

A lei islâmica tradicional se baseia nos princípios delineados no Alcorão⁴ e nas palavras do profeta Muhammad, por conta disso, o criminologista Wesley Glenn Jennings (2016) indaga que é importante destacar que o Alcorão é um documento religioso e não um documento legal, mas que ainda assim orienta o comportamento de seus seguidores. O Alcorão nesse caminho prescreve muitas punições que podem ser decretadas contra indivíduos que cometem crimes específicos. Samuel Sérgio Salinas (2009) sublinha que, além do Alcorão, a lei tradicional islâmica tem outras duas fontes, sendo elas: (a) a *Sunnah* que pode ser descrita como a maneira de conviver do profeta, os *hadiths*, que são o conjunto ações e comportamentos relatados do profeta; (b) um “acordo unânime” entre os doutores da lei, considerando que nem o Corão em sua totalidade tampouco as *Sunnahs* podem dar suficiente lastro para preencher todas as lacunas do direito. A solução nessa acepção foi admitir o raciocínio por analogia, embora esta seja um simples processo de raciocínio, na comunidade muçulmana, ela foi elevada à categoria de fonte do direito. Aqui, tem-se o *Fiqh*, que pode ser interpretado como algo a ser aplicado aos novos fatos surgidos na vida cotidiana, nesse caso, a jurisprudência islâmica abrange prescrições relacionadas ao culto divino, aos rituais, às profissões fé, festas, peregrinações, caridade, abluções, preces, entre outros costumes.

⁴ Neste panorama Abdulkadir Mubarak (2013) observa que em uma face o Alcorão é a primeira e mais importante fonte da Sharia, porém em outra ilharga, acredita-se ser a palavra direta de Deus revelada ao profeta Muhammad através do Anjo Gabriel em Meca e Medina. Para os muçulmanos, tal texto revela toda filosofia moral e base social, política e econômica sobre a qual toda sociedade deve ser erguida. A Sharia assim não é apenas um conjunto de códigos rituais, é tanto uma religião com uma proposta de estilo de vida.

Na mesma esteira Elizabeth Peiffer (2005), que é advogada sênior do Virginia Capital Representation Resource Center, assinala que um entendimento comum entre as escolas jurídicas islâmicas prevê que a lei criminal islâmica tradicional se baseie na busca de quatro objetivos, sendo o primeiro a averiguação da verdade, seguido *ad hoc* da determinação da responsabilidade do acusado. *A posteriori*, busca-se estabelecer um remédio para a vítima e, por fim, um remédio social – nesse diapasão, a pena de morte destina-se nesse sistema à realização destes objetivos. O ônus da prova segundo o Alcorão deve ser sempre do acusador da mesma forma que a justiça e a igualdade, conceitos amplamente citados no Alcorão, devem ser os sustentáculos primários do sistema de justiça criminal, juntamente com a presunção de inocência e o acesso ao devido processo judicial.

Tanto a lei quanto a fé islâmica emergiram no Oriente Médio em meados do século VII, espalhando-se ao longo do tempo pela África e Ásia Central. Todos os sistemas legais nesse ponto, como bem observam Terance Miethe e Hong Lu (2005), mesmo aqueles derivados das revelações divinas, são moldados por forças sociais, políticas e econômicas prevalecentes. Nessa perspectiva, houve ao longo da história um casamento inquieto entre a teoria e a prática da Lei Sharia, que surge aparentemente como um sistema doutrinal independente, o qual em essência se opõe à prática jurídica atual. De um lado é evidente que a cisma entre as autoridades do Estado e religiosas cresceu ao longo do tempo, todavia, este elo umbilical jamais foi cortado, o que levou à dependência mútua entre respectivas partes. Terance Miethe e Hong Lu (2005) denotam também que o surgimento de diferentes formas de fundamentalismo islâmico⁵ está, de maneira direta, relacionado ao crescimento de problemas sociais tipicamente ocidentais em países muçulmanos (como a desigualdade social e taxas elevadas de criminalidade).

Conforme sugere Kent Benedict Gravell (1998), os Estados podem ser categorizados em quatro grupos com base em seus sistemas legais. A primeira categoria são os estados seculares, com separação entre a religião e lei nas maiores partes dos domínios. Um segundo eixo agrupa países que aplicam a lei ocidental em todas as áreas com algumas exceções, sendo que os tribunais islâmicos aqui têm jurisdição apenas em relação aos muçulmanos. Além disso, existem Estados que aplicam a lei islâmica universalmente com poucas exceções relacionadas à Sharia. Por fim, o quarto grupo abrange países que aplicam a lei islâmica estrita, sem restrições (GRAVELL, 1998). Em todo caso, no mundo islâmico a sentença

⁵ Ressalta-se que grupos extremistas como o Estado Islâmico do Iraque e da Síria (Isis) ou o Boko Haram ganharam notoriedade por utilizarem como lastro a Lei Sharia para promover execuções por apedrejamento, decapitação, fogueira e crucificação, neste aspecto destaca-se que tais punições raramente são utilizadas por qualquer grupo ao longo do curso da história islâmica (HELLMAN, 2014).

criminal tem oscilado entre percepções que envolvem o sagrado, como bem pontua Ghassem Ghassemi (2009), e o debate tem girado em torno de formas islâmicas e seculares de controle e punição. Enquanto no ocidente as punições se lastreiam em filosofias utilitárias ou deontológicas (ou em uma combinação de ambas), a justificativa islâmica baseia-se na vontade divina, como tal, não pode ser desafiada por valores terrenos como a autonomia individual ou mesmo o bem-estar público.

Lei tradicional islâmica e pena de morte

Elizabeth Peiffer (2005) lembra que em uma acepção da jurisprudência⁶ islâmica tradicional a pena de morte é imposta a uma série de crimes de modo que muitos ocidentais tendem a achar simplesmente repugnante, porém, em outra face, a lei islâmica tradicional mantém um arcabouço de salvaguardas e garantias destinadas a impedir a imposição da pena de morte em uma série de circunstâncias. Aqui, entre as salvaguardas, podemos elencar, por exemplo, o requisito de prova e meios para evitar a punição por crimes capitais específicos, exigindo no geral que os crimes sejam corroborados por meio de testemunhas ou confissões. Destaca-se também que a Sharia traz como lastro princípios pétreos relacionados à proporcionalidade e ao perdão.

Com base nas revisões vinculadas por Elizabeth Peiffer (2005), Ghassem Ghassemi (2009), Jimly Asshiddiqie (2015) e Gaber Mohamed (2017), plotamos um breve esboço sumarizando das três formas de classificação de crimes e punições dentro da lei islâmica tradicional:

- (I) *Qisas*: significa literalmente “retaliação”.⁷ As infrações que carregam penalidades de *Qisas* (reivindicações de parentesco por sangue ou dano semelhante), como o assassinato, trazem penas obrigatórias das quais só parentes da vítima podem libertar o agressor. Na ocasião, as famílias da vítima realizam a execução como parte da penalidade.

⁶ Depois dos romanos, os árabes foram o único povo medieval a cultivar o instituto da jurisprudência, como bem destaca Samuel Sérgio Salinas (2009), além de terem desenvolvido a partir desta tradição um sistema próprio com um método fundado no Corão e nos *hadiths* (atitudes, gestos e relatos feitos pelo profeta) como influência direta do direito greco-romano.

⁷ A retaliação proporcional do *Qisas* é reconhecida no mundo ocidental sob o conceito de teoria retributiva (ou absoluta) que prevê que a punição deve se encaixar como proporcional ao crime, fazendo assim do direito penal um canal de justa retribuição para com os crimes cometidos. Essa teoria se lastreia no princípio de que o criminoso deve ser punido após cometer o crime. O direito penal enxerga nesse ponto o conceito de retribuição como mais próximo e meio para se promover efeitos preventivos, impedindo de alguma forma que os potenciais criminosos cometam o mesmo crime (RAMOS, 2016).

As punições *Qisas* podem ser classificadas em dois tipos: material e moral. A *Qisas* material refere-se a um castigo que prejudica o agressor da mesma forma que ele prejudicou a vítima (alma por alma, olho por olho, mão por mão), enquanto que as *Qisas* morais se referem à compensação em dinheiro de sangue⁸ (*Diya*). A pena de morte para *Qisas* também é contornada em muitos casos, como no caso em que a família pode solicitar dinheiro ao invés da vida do assassino, sendo esta a escolha considerada mais honrosa de acordo com o Alcorão. É preciso, contudo que em primeiro lugar o acusado expresse remorso se desculpando, que a família queira perdoar e que uma punição alternativa (*Diya*) seja dada ao acusado. Se o processo for implementado corretamente, não resultará decerto em execução.

- (II) *Hudud*: é um crime sob a Lei da Sharia. Os crimes de sexo, os homicídios deliberados, os crimes contra o Estado e a religião e a reincidência são considerados ofensas *Hudud*. Incluem adultério, difamação, consumo de álcool, roubo, assalto à estrada, apostasia e corrupção do islã e são considerados os piores crimes na leitura islâmica. Em tese os crimes de adultério, prostituição e proxenetismo (*Qawadl*); acusar alguém falsamente de adultério ou sodomia (*Qazf*); consumo de álcool, rebelião e corrupção na terra (*Muhariba*) e roubo. Os requerimentos probatórios são mais rigorosos para esta classe de crime, considerando que aqui a pena de morte pode ser em alguns casos mandatória. Basicamente, deve haver duas testemunhas, sendo que se uma delas prestar falso testemunho pode sofrer punições. Na lei islâmica tradicional considera-se que as punições *Hudud* foram prescritas diretamente por Deus através de revelações plasmadas no Alcorão e na *Sunnah*. Além da pena de morte, a lei prevê punições como cortar as mãos, banimento, crucificação, flagelação e apedrejamento.
- (III) *Ta'zir*: são crimes cujos castigos não são especificados pela Lei da Sharia, mas são, no entanto, proibidos de acordo com a interpretação desta mesma lei. Os crimes de *Ta'zir* permitem o uso da pena de morte, mas esta punição só deve ser usada nas circunstâncias mais extremas. *Ta'zir* pode ser entendido também como a última categoria de punições a crimes na jurisprudência islâmica, sendo que a palavra tem seu significado correlacionado ao ato de castigar e ou punir, na

⁸ *Diya* basicamente é uma compensação financeira dada à vítima ferida e/ou herdeiros da vítima assassinada e, nesse ponto, a quantidade de dinheiro recebido por uma pessoa é determinada nos livros de *Fiqh* (jurisprudência islâmica compilada em livros de diferentes juristas islâmicos) (GHASSEMI, 2009).

posição de promover punição e reforma sob o infrator em casos de crimes que não podem ser classificados como *Qisas* ou *Hudud*. Como exemplo, a ingestão de bebida alcoólica, que, apesar de ser proibida pelo Alcorão, não possui restrição prescrita. Neste caso, a autoridade tem o direito de aplicar uma punição que seja equivalente com o crime e apropriado ao contexto social. Em suma, *Ta'zir* são quaisquer punições que não são devidamente prescritas nas fontes da lei islâmica – dentro dessa classe de punições incluem-se prisão, multas, apreensão da propriedade, divulgação pública, bem como quaisquer outras punições que sejam desenvolvidas e/ou criadas para dar conta de mudanças nos valores da sociedade fora do círculo limitado e prescrito na *Hudud* e *Qisas*. Assim, *Ta'zir* pretende dar poder discricionário à autoridade legítima para responder a mudanças na sociedade, desenvolvendo o escopo do direito penal. Além da pena de morte, a punição *Ta'azir* comumente prescreve punições corporais, como multas, confisco de bens, privação de direitos sociais e civis, liberdade condicional.

Jimly Asshiddiqie (2015) e Stefanus Hendrianto (2018) lembram que tanto *Hudud*, como *Ta'zir* e *Qisas* preveem a possibilidade de aplicação da pena de morte, sendo esta última com base na retaliação equivalente. Estudiosos concordam que penas *Ta'zir* de pena de morte são comutáveis, enquanto que ofensas *Hudud* e suas penalidades são fixas, absolutas e não comutáveis, considerando seu papel em proteger interesses mais amplos da sociedade e do público. A seguir pontuamos os principais crimes passíveis de pena de morte segundo a Sharia.

Quadro – Principais crimes passíveis de serem punidos com a pena de morte segundo a Sharia

<p>Assalto à mão armada – É considerado um crime de <i>Hudud</i>, o que implica estar relacionado ao direito de Deus ou aos direitos da comunidade. Tanto o Alcorão como a <i>Sunnah</i> prescrevem a pena capital quando o assalto à mão armada levar à morte. Entre as limitações impostas na lei islâmica, destaca-se que o ofensor deve ser são, maior de idade. Além disso, se o infrator confessar o crime antes de a autoridade prendê-lo, a pena de morte não é sancionada. Muitas vezes os juízes decidem comutar a pena de morte em outro tipo de punição, como amputação das mãos.</p>
<p>Rebelião armada – Apesar de não haver uma punição específica para este crime, a lei islâmica justifica o uso da pena capital contra os que o cometeram porque usam força militar contra o povo ou nação. Mas ainda assim o poder para impor este tipo de pena a rebeldes armados é limitado até o momento do cessar fogo, após o término do conflito o governo não pode reivindicar a pena de morte contra os prisioneiros. A punição é entendida como adequada em condições específicas como tempos de guerra, logo, seguem o contexto da lei da guerra ou da lei marcial do Estado.</p>
<p>Adultério – A lei islâmica prevê como ilícitas as relações sexuais fora do casamento, e o apedrejamento tem sido uma das maiores controvérsias na lei islâmica, levando a maioria dos estudiosos dela a prescrever a flagelação (100 chibatadas) como alternativa. A fonte primária da lei islâmica não prescreve a pena de morte para esta violação, somente a flagelação. Existem outros obstáculos significativos como a necessidade de quatro testemunhas e o direito de tirar a confissão por parte do réu confesso.</p>
<p>Apostasia – O Alcorão não declara qualquer penalidade específica por apostasia, contudo existe um conflito de interpretação entre os que afirmam que o profeta determinou que aquele que muda de religião deve ser morto, e os que afirmam que o profeta decidiu por impor punição alguma. Alguns afirmam que o fato de a apostasia ser um “crime” no passado segundo a interpretação da lei islâmica acontecia porque se referia a outro fato, não o de mudar de religião, mas o de deixar o exército muçulmano.</p>
<p>Assassinato intencional – Este crime é categorizado como <i>Qisas</i>, ou seja, justificado por retaliação equivalente. A lei islâmica divide os motivos em muitas categorias que variam conforme a escola de jurisprudência. Apesar das muitas discordâncias, o consenso prevê que a pena de morte só pode ser aplicada em casos de homicídios deliberados (intencional). Aqui é preciso que dois pontos se corroborem: a prévia intenção de matar o indivíduo e algum fato imputável ao acusado como causal em relação à morte da vítima e, mesmo quando esses dois pontos são elencados, existem delimitantes, como o fato de o autor ter de ser são, não ter agido sob coação, nem ser menor ou mentalmente doente. Como crime de <i>Qisas</i>, a família pode escolher comutar a pena de morte em uma compensação financeira.</p>

Fonte: Gaber Mohamed (2017), Jimly Asshiddiqie (2015; 2017).

A lei tradicional islâmica possui muitos mecanismos que têm o intuito de dificultar e/ou tornar mínima a aplicação da pena de morte, entre os destaques que estão em consonância com os direitos humanos podemos estabelecer o direito da dúvida. Segundo o princípio profético, em caso de dúvida as punições devem ser evitadas, na mesma linha, promulga-se também que punições *Hudud* devem ser evitadas se houver alguma saída mais branda, pois em caso de erro é possível estabelecer o posterior perdão. Além do direito de o infrator retirar sua confissão, as escolas do direito islâmico também exigem condições complicadas que devem ser atendidas para que uma testemunha seja qualificada a depor, e a motivação por trás desses padrões inclui a necessidade de aumentar os círculos de dúvidas para salvar a vida de pessoas evitando a pena de morte. Não obstante, em crimes de *Qisas* (relacionados ao direito do povo), a família da vítima tem o direito de estabelecer pagamento de uma quantia em dinheiro como alternativa à pena de morte, o que de acordo com o Alcorão representa um ato nobre. De fato, o dinheiro de sangue é uma ferramenta importante na política de punição, pois, não importando as circunstâncias do crime, a dívida será imposta. Contudo, o infrator pode escapar da imposição por insanidade, por ser menor de idade, ou em caso de morte. É importante destacar que em casos em que a autoridade não consegue encontrar o infrator o Estado deve arcar com o custo financeiro do dinheiro de sangue, compensando diretamente a família da vítima (HASCALL, 2011).

Destaca-se por fim que a lei islâmica tradicional prescreve alguns critérios relacionados a pessoas que são isentas da pena de morte, mas não de outras punições, são elas: a) pais que matam seus filhos; b) pais que matam seus cônjuges; c) parentes que matam outros membros da família; d) situações diversas. A primeira se lastreia no que foi outorgado no Alcorão, que estabeleceu a família como uma posse direta do pai e diretamente também afirmou que os pais não devem ser punidos com a morte pela morte de seus filhos. Os estudiosos da lei islâmica pontuam duas motivações para a restrição, sendo a primeira o fato de que o crime de assassinato coloca a decisão da punição (pena de morte ou restituição financeira) nas mãos da família da vítima. Considerando que se prevê que os filhos são propriedades de seus pais, estes não estariam autorizados assim a decidir sobre a sorte daqueles. Algumas escolas do direito islâmico estendem esta interpretação também para além do pai, considerando mãe e avós. O segundo caso se apoia nas mesmas premissas do primeiro, ou seja, os familiares não podem pedir a morte do pai, pois no limite representam uma propriedade deste. Essa exclusão é apoiada pela máxima da dúvida e também pela compreensão do propósito da pena de morte na lei islâmica. Por fim a última categoria engloba os casos de assassinatos de outros parentes, todavia, nem todos os homicídios intrafamiliares se enquadram nessa categoria, sendo que

a exclusão se restringe aos casos em que a decisão de buscar ou não a pena de morte não esteja nas mãos dos filhos ou dos netos do agressor (MOHAMED, 2017).

O lugar da Lei Sharia islâmica no mundo contemporâneo, conforme indaga de maneira circunspecta Noah Tenai (2016), deve ser avaliado criticamente. Nesse ponto, os Estados têm a tarefa de se engajar criticamente sobre como incorporar os valores de suas religiões em suas vidas contemporâneas sem que isso afete a coesão em um contexto de diversidade e dinamismo. Tal engajamento obviamente deve, sobretudo, ser orientado pela tolerância e todas as leis religiosas ou não que procuram excluir e alienar devem ser rejeitadas, assim como todas as leis que criam desumanização e empobrecimento. Nesse mesmo tom Gaber Mohamed (2017) conclui que, apesar de ser comum o uso indiscriminado da pena de morte em muitos países que baseiam seu sistema penal na Lei Sharia, evidencia-se que o objetivo final da lei islâmica é, por todos os meios disponíveis, evitar a aplicação da pena de morte. E com esse intuito, a lei islâmica desenvolve e estipula muitas condições e teorias que tornam a pena de morte uma escolha de última instância, mesmo aos crimes mais graves, nesse ponto, existe um consenso entre as escolas de direito islâmicas que promulga que a pena de morte só está disponível enquanto punição para três classes de crimes, homicídio deliberado, assalto à mão armada que leva à morte (latrocínio) e atos de rebelião que culminem em mortes. Essa empresa não se delinea apenas nas fontes primárias da lei islâmica, mas também na jurisprudência advinda das escolas de direito islâmico. As fontes da lei islâmica são variadas e diferem em graus de autenticidade, sendo assim as fontes primárias e suplementares. As primárias, mais autênticas, prescrevem a pena de morte para três tipos de crimes, sendo dois *Hudud* (assalto à mão armada que leva à morte e rebelião armada que leva à morte) e um crime *Qisas* (homicídio deliberado). Todavia, fontes suplementares (que não são vinculativas e tampouco obrigatórias) usam como lastro as interpretações de estudiosos da lei islâmica para prescrever dois crimes adicionais: apostasia e adultério (ambos ausentes em referência no Alcorão). A maior parte dos defensores do uso da pena de morte para esses crimes reivindica que estes podem ser classificados como *Ta'zir* como forma de conferir à autoridade o poder discricionário de prescrever a pena de morte.

Por fim, vale destacar, como bem desenvolve Anne Katrine Mortensen (2008), existem três razões pelas quais as ligações entre religião e punição são, geralmente, mais fortes entre países muçulmanos. Primeiro, a cultura política islâmica não clama por uma separação entre igreja e estado. Segundo, enquanto o cristianismo e o judaísmo abandonaram largamente a crença de que a bíblia é a palavra literal de Deus (levando esta a ser interpretada como um texto histórico),

esse tipo e influência pouco recaiu sobre o islã, em que o Alcorão é visto como a palavra de Deus, nesse eixo, qualquer conhecimento científico usado para interpretar a Sharia é, no geral, considerado inaceitável. Por fim, denota-se que o recente ressurgimento do islã politizado em muitos países tem sido acompanhado de um aumento de escolas religiosas e também do apoio popular para o uso de leis religiosas e, como consequência, o islã se mantém presente na vida pública com uma extensão muito superior à de outras partes do mundo onde não há maioria muçulmana.

De toda forma, a aplicação da Sharia em relação à pena de morte não precisa ser inflexível, ao contrário, esta, assim como outras questões que se relacionam aos direitos humanos, podem ser almejadas, concomitantemente à aplicação da Sharia. Ashlea Nicole Hellmann (2016) ensina que o conceito de *Tajdid* pede a renovação constante da sociedade islâmica a fim de que esta se mantenha sempre em sua forma mais pura. A leitura prevê que se devem devolver aos muçulmanos suas fontes de direito mais importantes (Alcorão e Sunnah) a fim de limpar o islã de todos os elementos não piedosos, trazendo para esta seara um florescimento mais ou menos próximo à forma pura original. Assim, o *Tajdid*, tanto no que se refere à prática da pena de morte, quanto a outras questões relacionadas aos direitos humanos, pode estabelecer um ponto de proximidade com os preceitos da comunidade internacional, sem violar o núcleo de princípios centrais do islã.

Considerações finais

A maioria dos países que preveem a pena de morte de maneira mais “enérgica” e que pouco ou nada assiste às recomendações de direitos humanos nesta matéria pratica a Sharia. Nesse veio, endossamos o pensamento de Jimly Asshiddiqie (2015; 2017), que interpela que o direito penal moderno deve se concentrar na relação entre Estado e acusado, logo, os países muçulmanos que ainda não removeram a pena de morte (ou que ainda não possam fazê-lo) devem considerar a possibilidade de limitar a sanção da morte para apenas um crime, o assassinato direito, e seguindo os preceitos de retribuição próprios de *Qisas*. Compreendendo a aplicação e a evolução das leis tradicionais e a definição dinâmica de valores humanos universais, justos e civilizados, estudiosos do direito islâmico podem iniciar um debate racional e objetivo sobre a incompatibilidade da pena de morte em períodos contemporâneos.

Concordando com Ghassem Ghassemi (2009), a maior parte dos intelectuais muçulmanos modernos promulga que as leis islâmicas, incluindo aqui as leis

penais, não são imutáveis, tampouco universais ou mesmo históricas, nesse caso o que interessa é a mensagem que está por trás das leis que constituem a “essência do islã”. Assim, os regulamentos são suscetíveis de mudar de acordo com a vontade do povo e com as exigências peculiares, tanto em sentido espacial quanto temporal. Desse modo, mesmo em nações muçulmanas regidas pela Sharia, a flexível interpretação do islã pode levar ao estágio em que muitas salvaguardas sejam assistidas em relação à pena de morte, ou, ainda melhor, que a pena capital seja abolida. Ashlea Nicole Hellmann (2016) afirma que existe um consenso moderno dentro de estudos jurídicos islâmicos que prevê que a Sharia requer que a pena capital seja executada sob as mais estritas garantias processuais, as quais devem ser aderentes ao padrão das normas internacionais. Por esse ângulo a Sharia não prevê que a pena de morte deve ser obrigatória, exceto em situações muito estritas. Nesse mesmo caminho o consenso contemporâneo propõe também que as punições menores (em comparação com a pena de morte), como apedrejamento e amputações, devem ser também utilizadas como um recurso de última instância, e somente em sociedades islâmicas que eliminaram de modo aceitável a pobreza e a corrupção. Destaca-se que, ao que parece, nenhuma destas condições foi alcançada onde a pena de morte é mais frequente.

É indubitável que existe compatibilidade entre a lei islâmica Sharia e o direito internacional, e essa já é uma realidade vivenciada em alguns países. Todavia, os países islâmicos que têm sistemas duais, ou que praticam apenas a lei islâmica tradicional, são encarados como retentores de sistemas de justiça que no geral não assistem às normas internacionais. Hellmann (2016) argumenta nessa lógica que a lei do Alcorão deve ser interpretada de maneira que esteja em conformidade com a maioria dos instrumentos internacionais de direitos humanos contemporâneos. Uma forma que tem sido buscada para se atingir tal fim é a promoção de reformas jurídicas sob o princípio de *Tajdid*. Nesse ponto é possível que os países muçulmanos usem a tecnologia para espalhar rapidamente suas ideias de *Tajdid* para os líderes de outros países muçulmanos que ainda não criaram sistemas que atingem os padrões esperados pelos direitos humanos. Essa observância consonante com uma interpretação mais moderna da Sharia pode influenciar a consolidação de tradições que auxiliaram os países islâmicos na missão de conseguir um equilíbrio, aproximando nestes países as teorias e normas judiciais das normas internacionais.

Death penalty and Islamic Law: an inexorable relationship?

Abstract: Most contemporary countries that apply the death penalty more severely and respect little or no respect for human rights recommendations are Muslim countries that practice traditional Sharia law. However, it is worth emphasizing that although there are inflexible countries regarding the application

of Sharia, there are others that seek to reconcile the specificities of Sharia law with the protection of human life and dignity as established in international law. In this work, it is exposed that, although at first glance there seems to be an irreconcilable context, there is an undeniable compatibility between many of the human rights precepts and the application of Sharia, and here the safeguards provided for the non-application of the death penalty are highlighted and in many cases lead to abolition or at least make it used only as a resource and an instance.

Keywords: Death penalty. Sharia. Islam. Human rights.

Summary: Introduction – The traditional Islamic law – Traditional Islamic law and the death sentence – Final remarks – References

Referências

ASSHIDDIQIE, Jimly. *Konstitusi bernegara: Praksis kenegaraan bermartabat dan demokratis*. Malang: Setara Press, 2015.

ASSHIDDIQIE, Jimly. Telaah Kritis mengenai Perspektif Historis-Evolusioner dalam Studi Hukum dan Perkembangan Sosial di Indonesia. *Jurnal Hukum & Pembangunan*, v. 18, n. 3, p. 254-266, 2017.

GHASSEMI, Ghassem. Criminal punishment in Islamic societies: empirical study of attitudes to criminal sentencing in Iran. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 15, n. 1-2, p. 159-180, 2009.

GRAVELLE, Kent Benedict. Islamic Law in Sudan: a comparative analysis. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 5, n. 1, p. 1-22, 1998.

HASCALL, Susan C. Restorative justice in Islam: should Qisas be considered a form of restorative justice. *Berkeley J. Middle E. & Islamic L.*, v. 4, 2011.

HELLMAN, Ashlea. The Convergence of International Human Rights and Sharia Law: can international ideals and Muslim Religious Law coexist?. In: NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION. *Pergam Writing Competition*. New York: New York State Bar Association, 2016. Disponível em: http://www.nysba.org/Sections/International/Awards/2016_Pergam_Writing_Competition/submissions/Hellmann_Ashlea.html. Acesso em: 13 maio 2017.

HENDRIANTO, Stefanus. *Law and politics of constitutional courts: Indonesia and the search for judicial heroes*. Londres: Routledge, 2018.

JENNINGS, Wesley. Crime and punishment in Saudi Arabia. In: JENNINGS, Wesley *et al.* *The Encyclopedia of Crime and Punishment*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9781118519639.wbecpx270>. Acesso em: 13 maio 2018.

MIETHE, Terance D.; LU, Hong. *Punishment: a comparative historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MOHAMED, Gaber. *Reforming the Death Penalty in Egypt: An Islamic Law Perspective*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Indiana University Maurer School of Law, Indiana, 2017.

MORAES, Thiago Perez Bernardes. *Cada cabeza su sentencia*. Pena de muerte, cognición y sociedad. 1. ed. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2016.

MORTENSEN, Anne Katrine. *Abolition of the death penalty*. An event history analysis of the political, cultural and socioeconomic determinants of death penalty abolition. 2008. Dissertação (Mestrado em Política Comparada) – University of Bergen, Noruega, 2008.

MUBARAK, Abdulkadir. Shari'a and human rights, the challenges ahead. *Journal of Religious Sciences Kom*, v. 2, n. 1, p. 17-43, 2013.

PEIFFER, Elizabeth. The death penalty in traditional Islamic Law and as interpreted in Saudi Arabia and Nigeria. *William & Mary Journal of Women And The Law*, Williamsburg, v. 3, n. 11, p. 507-539, 2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/73965618.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

RAMOS, Tainá Corrêa Barbosa. Capital punishment: a theoretical and cooperative analysis. *Adam Mickiewicz University Law Review*, v. 6, n. 1, p. 145-156, 2016.

SALINAS, Samuel Sérgio. *Islã – Esse desconhecido: séculos VII – XIII*. São Paulo: Anita Garibaldi, 2009.

TENAI, Noah K. Religious extremism: The case of Sudan's Mariam Yahya Ibrahim Ishag. *Verbum et Ecclesia*, v. 37, n. 1, p. 1-8, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MORAES, Thiago Perez Bernardes de. Pena de morte e lei islâmica: uma relação inexorável?. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 263-277, jul./dez. 2019.

Recebido em: 27.08.2018

Pareceres: 04.10.2018, 10.09.2019, 10.09.2019

Aceito para publicação: 02.10.2019