

FACULDADE UNIDA DE VITÓRIA

LUCAS PEREIRA CUNHA

**A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Vitória

2014

LUCAS PEREIRA CUNHA

A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dissertação apresentada à Faculdade
Unida de Vitória em cumprimento às
exigências do Mestrado Profissional em
Ciências das Religiões, na linha de
pesquisa em do Discurso Religioso.

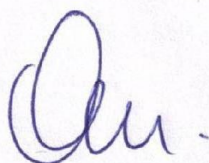
Orientador: Prof. Dr. Osvaldo Luiz Ribeiro

Vitória
2014

LUCAS PEREIRA CUNHA

**A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

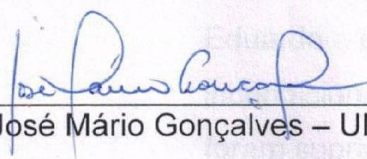
Dissertação para obtenção do grau de
Mestre em Ciências das Religiões no
Programa de Mestrado Profissional em
Ciências das Religiões da Faculdade Unida
de Vitória.



Doutor Osvaldo Luiz Ribeiro – UNIDA (presidente)



Drnd. Francisco de Assis Souza dos Santos – UNIDA



Doutor José Mário Gonçalves – UNIDA

Dedico esta dissertação de mestrado ao meu filho Carlos Eduardo e à minha esposa Amanda, pelo apoio incondicional e pela compreensão das muitas horas que lhes foram suprimidas.

Minha sincera gratidão aos meus pais Ilza e Carlos, por toda a ajuda dispensada; aos meus familiares; aos meus sogros Denise e Afrânio; aos meus sócios e amigos Arthur, Dimas e João Batista; aos meus companheiros de jornada da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce; ao meu amigo e irmão Hálisson Rodrigo Lopes, pela grande colaboração; aos meus amigos do mestrado, em especial, aos companheiros Fanuel, Joabe e Thiago; ao dedicado Herbert Farias, pela revisão deste texto; à Faculdade Unida e sua equipe de professores e funcionários de elevadíssimo nível; e, não por último, ao meu exigente e atencioso orientador Dr. Osvaldo Luiz Ribeiro, meu respeito e admiração.

“Tudo o que te vier à mão para fazer, faze-o conforme a tua capacidade, pois, no Xeol para onde vais, não existe obra, nem reflexão, nem conhecimento e nem sabedoria”

Eclesiastes 9:10

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Preâmbulo da Constituição Federal de 1988

RESUMO

Esta dissertação analisa elementos normativos previstos na Torah e absorvidos pela cultura judaico-cristã, presentes nos textos de direito fundamental no bojo da Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional. O objetivo é traçar um estudo da formação das leis hebraicas, identificando seus aspectos normativos, sua relação com as leis mesopotâmicas e sua absorção e releitura pelo cristianismo. Quanto aos direitos fundamentais, a proposta é investigar sua evolução e a relação de sua origem e mutação com a cultura judaico-cristã, especialmente a presença marcante do direito canônico, tudo a partir de uma análise hermenêutica. No tocante ao direito brasileiro, buscar-se-á estabelecer relação entre o texto de direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e na lei infraconstitucional com a cultura judaico-cristã, na forma do Direito Comparado, trazendo a lume os elementos jurídicos dispostos no Pentateuco.

Palavras-chave: Torah. Judaico-cristã. Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Cristianismo. Direito Canônico. Hermenêutica. Pentateuco.

ABSTRACT

This dissertation proposes to examine the existence of regulatory elements provided in the Torah absorbed by the Judeo-Christian culture found in texts on fundamental rights in the wake of the 1988 Federal Constitution and constitutional legislation. The goal is to outline a study of the formation of the Hebrew laws, identifying its normative aspects, its relation with the Mesopotamian laws and their absorption and rereading by Christianity. Fundamental rights proposal is to investigate the evolution and the relationship of its origin and mutation with the Judeo-Christian culture, especially the remarkable presence of canon law, all from a hermeneutic analysis. With regard to Brazilian law, it shall seek to establish a relationship between the text of fundamental right under the Federal Constitution of 1988 and the infra law with the Judeo-Christian culture, in the form of comparative law by bringing to light the legal elements arranged in Pentateuch.

Keywords: Torah. Judeo-Christian. Fundamental Rights. Constitution. Christianity. Canon Law. Hermeneutics. Pentateuch.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ	12
1.1 RELATOS SOBRE A FORMAÇÃO NORMATIVA DA TORAH	12
1.2 BREVE HISTÓRIA DE ISRAEL	19
1.3 NORMAS CONTEMPORÂNEAS À TORAH	2525
1.4 A TORAH	34
1.5 O CRISTIANISMO E O LEGADO DA TORAH	45
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
2.1 BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS	48
2.2 A AFIRMAÇÃO POSITIVA DOS DIREITOS HUMANOS	57
2.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	68
2.4 HERMENÊUTICA JURÍDICA E O ELO COM A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ	Erro! Indicador não definido. 4
3 A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ E SUA RELAÇÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	8080
3.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	80
3.2 O DIREITO À VIDA E O “NÃO MATARÁS” PRESENTE NO DECÁLOGO	89
3.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO ..	95
3.4 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ	98
3.5 A TORAH E ALGUMAS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS ACERCA DA FAMÍLIA	100
CONCLUSÃO	107
4 REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por escopo apresentar elementos que apontam para a influência da cultura judaico-cristã, em especial os ditames contidos na Torah, sobre os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 e, ainda, no que tange ao direito de família, na legislação brasileira infraconstitucional.

O tema é instigante e lança luzes sobre as normas dispostas nos cinco primeiros livros da bíblia cristã, denominado Torah pelos judeus, abordando sua evolução histórica, bem como empreendendo um estudo de direito comparado entre as normas hebraicas e as leis mesopotâmicas, o cristianismo, os direitos grego, romano, canônico, e finalmente, o brasileiro.

Diante do conteúdo da Torah, mesmo por meio de texto traduzido para a língua portuguesa, é fácil perceber a similaridade entre a lei judaica e as normas contemporâneas. Logo, indagações quanto à presença de fragmentos do direito hebraico nas normas atuais – e constatada essa presença, de que maneira as leis judaicas se projetaram ao longo da história até a atualidade – dão norte à pesquisa.

Para melhor compreensão do trabalho como um todo, a princípio será estudada a formação normativa da Torah. Temas como a noção de autoria, o momento da composição e a origem do Pentateuco serão analisados nesse instante.

Ainda no início será estudada a história do povo de Israel, entendendo-se que o estudo das leis de um povo não pode ser pleno sem o conhecimento de sua história, ainda que sumário.

Também nesse primeiro capítulo, serão feitos apontamentos das normas da Torah, indicando seus preceitos positivos e negativos a partir da enumeração de Maimônides e os estudos de outros autores.

Outro tema importante do capítulo inicial é o estudo do direito comparado. As normas mesopotâmicas anteriores e contemporâneas à Torah são de grande importância para melhor compreensão dos direitos antigos. Leão afirma que “o estudo da História do Direito e do Direito Comparado é de extrema importância para

o jurista, uma vez que retrata a realidade social e jurídica de uma época e sociedade, demonstrando, assim, a evolução do Direito”.¹

Nesse capítulo também se traçará a relação entre o cristianismo e o judaísmo, especialmente no tocante à absorção da lei moral prescrita na Torah e à formação da cultura judaico-cristã.

O capítulo seguinte iniciará com uma abordagem histórica da evolução dos direitos fundamentais, sempre tendo como referência a cultura judaico-cristã.

Os direitos fundamentais serão abordados desde a concepção do direito greco-romano e do direito canônico até a positivação dos direitos individuais trazidos pelas revoluções sociais francesa e americana do século XVIII, período em que ocorre, conforme Moraes, “a consagração normativa dos direitos humanos fundamentais”.²

Em seguida pretende-se abordar a noção conceitual, as características e a natureza jurídica dos direitos fundamentais a partir de uma visão geral e histórica do direito.

Na conclusão do segundo capítulo, tratar-se-á da importância da hermenêutica como elo entre o direito do passado e os direitos fundamentais vigentes na atualidade.

O terceiro capítulo será a parte nuclear da pesquisa. Nele será tratada a evolução histórica dos direitos fundamentais ao longo das constituições brasileiras e, em seguida, analisados temas como o direito à vida e à igualdade, o devido processo legal como meio de aplicação do julgamento justo e o direito de família.

Importante ressaltar que raros são os juristas brasileiros que fazem referência ao direito hebraico e, entre os que o fazem, o tratamento é sucinto e superficial.³ Além disso, nem todos os juristas e pesquisadores reconhecem a relação entre o direito moderno e as normas da Torah. Émile Durkheim, ao se reportar às civilizações antigas, chega a afirmar que “em primeiro lugar, encontram-se na Lei das XII Tábuas todos os principais germes do nosso direito actual,

¹ LEÃO, Sinaida De Gregório. *A influência da lei hebraica no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998, p. 1.

² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

³ LEÃO, 1998, p. 3.

enquanto que não há, por assim dizer, nada em comum entre o Direito Hebraico e o nosso”⁴.

Também serão apontados no terceiro capítulos indícios de fragmentos da cultura judaico-cristã, notadamente das normas do direito hebraico, na legislação brasileira, principalmente na Constituição Federal de 1988.

Assim, no presente trabalho será investigada, por meio de pesquisa bibliográfica nas áreas de direito, ciências da religião, filosofia e sociologia, a história do direito e do direito comparado, relacionando-se o direito e a cultura judaico-cristã.

⁴ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 169.

1 A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ

1.1 RELATOS SOBRE A FORMAÇÃO NORMATIVA DA TORAH

As leis e narrativas constantes em todo o Pentateuco sempre foram objeto de estudo do Direito, seja em sua fase introdutória, seja na história ou, ainda, na filosofia, como se verifica nas lições de Rui Barbosa,⁵ José Fábio Rodrigues Maciel,⁶ Cláudio De Cicco⁷ e Jacy de Souza Mendonça,⁸ dentre outros.

Embora não seja objeto desta pesquisa o aprofundamento na formação e autoria das normas hebraicas, e até mesmo dos cinco primeiros livros do Primeiro Testamento, não se pode ignorar os estudos de já há algum tempo na academia bíblico-teológica quanto à autoria, data de composição e origem do cânone do Pentateuco. E nesse tocante, as pesquisas voltadas à compreensão histórica da Torah empreendidas até hoje diluíram a sua antiga unidade em uma série de leis e fontes.⁹

Serão tratadas questões de autoria, data de composição, dimensão mítica e histórica da narrativa, dependência histórico-cultural e canonização da Torah¹⁰ para melhor compreensão do surgimento e perpetuação do conjunto normativo hebraico.

Crüsemann, em *A Torá*, traça um panorama geral do Pentateuco, pontuando que a Torah foi concedida por Deus, no deserto do Sinai, ao povo de Israel, representado por Moisés.¹¹ Assim ele analisa o texto bíblico:

Após a chegada do povo ao monte de Deus, acontece uma espécie de prelúdio, no qual é fundada uma organização jurídica (Ex 18). Logo após segue-se uma teofania (Ex 19), seguida pela comunicação do Decálogo na forma de uma fala direta de Deus (Ex 20). Por causa da manifestação do povo, que afirma não poder suportar a fala direta de Deus (Ex 20, 18-21),

⁵ BARBOSA, Rui. *Antologia*. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2013. p. 1

⁶ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1

⁷ De CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 1.

⁸ MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 1

⁹ CRÜSEMANN, Frank. *A Torá: teologia e história social da lei do Antigo Testamento*. Tradução Haroldo Reimer. 4. ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2012. p. 18

¹⁰ CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

¹¹ CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

Moisés recebe o primeiro bloco de leis, que, segundo Ex 24,7, chama-se código da aliança (Ex 20, 22 – 23,33).¹²

Ao recebimento do Código da Aliança segue-se uma cerimônia de compromisso com o regramento, em que Moisés é orientado a construir uma tenda/santuário. Antes da obra, no entanto, o povo é ameaçado de destruição por Deus por ter construído um bezerro de ouro, e somente a intervenção de Moisés evitou a aniquilação.¹³

Em seguida, o povo recebe novas ordenações divinas,¹⁴ comentadas por Crüsemann:

A partir de Lv 1ss. até a partida do Sinai em Nm 10 encontramos uma grande quantidade de outras orientações de Deus através de Moisés. E, após a longa marcha através do deserto, quarenta anos mais tarde, Moisés comunica a “segunda lei” ao povo, antes da travessia do Rio Jordão, no longo discurso de Deuteronomio. Também aí ele transmite o que recebeu de Deus no Horeb (Dt 5, 31).

No que diz respeito ao conteúdo narrado nos cinco primeiros livros da Bíblia cristã, sabe-se que “a pesquisa histórico-crítica em sentido estrito se iniciou com a dissecação do Pentateuco e a identificação de documentos mais antigos que teriam sido inseridos nele”.¹⁵

Dadas as incoerências identificadas, a leitura crítica do Pentateuco provocou suspeita quanto à sua tradicional datação e autoria.¹⁶ Sobre essas incongruências, diz Neusner:

Apontado como um documento único e harmonioso, a apresentação da legislação nas Escrituras é episódica, casual, e topicamente desorganizada. Seus códigos de leis são fragmentários e quase não expõem de forma convincente as regras para a governança de uma ordem social organizada.¹⁷

Quanto à autoria do Pentateuco, considerando a narrativa bíblica, Moisés ocupa lugar de destaque. Afinal o texto, ao declarar que a Torah foi transmitida a Moisés por Deus, a partir de um lugar, o Sinai, e que sua chegada a Israel se deu exclusivamente por intermédio dele, afirma sua importância, especialmente porque a

¹² CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

¹³ CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

¹⁴ CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

¹⁵ CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

¹⁶ CRÜSEMANN, 2012, p. 21.

¹⁷ NEUSNER, Jacob. *The perfect Torah*. (Brill reference library of Judaism). Leiden; Boston; Köln: Brill, 2003. p. 138.

Torah pode ser denominada ao mesmo tempo de Torah de Yhwh (1Cr 16,40; Ne 9,3; cf. Js 24,26 entre outras) e Torah de Moisés (2Cr 23,18; cf. 35,12; Js 8,31; 23,6 etc).¹⁸

Ao longo dos anos, as muitas dúvidas motivaram análises críticas da tradição judaico-cristã que conferia a Moisés a autoria do Pentateuco,¹⁹ sendo que atualmente, nos espaços acadêmicos e da pesquisa histórico-arqueológica, já vem sendo construído o consenso de que não foi Moisés o seu autor. Nesse sentido, diz Schmidt:

Dúvidas sobre a concepção quanto à origem do Pentateuco foram manifestadas já no século XII pelo estudioso judeu Ibn Esra, no tempo da Reforma, por Karlstadt, e mais tarde, no século XVII, por T. Hobbes, B. Espinoza, R. Simon e outros. Um argumento importante – ao lado de outras informações variadas, que só se tornam compreensíveis na retrospectiva, ou seja, a partir da estada de Israel na palestina – consistia na referência à morte de Moisés (Dt. 34.5s): Moisés profetizou as circunstâncias de sua morte, ou alguém mais tarde as transmitiu? Até que ponto, porém, tal ceticismo histórico não atingia simultaneamente a doutrina da inspiração?²⁰

Em 1651, o pensador e filósofo Thomas Hobbes²¹ pôs em xeque a figura de Moisés, em *Leviatã*:

Primeiramente, quanto ao Pentateuco, não há argumento suficiente para afirmar que esses Livros foram escritos por Moisés, mesmo que o chamem os cinco Livros de Moisés. O mesmo ocorre com o Livro de Josué, o Livro dos Juízes, o Livro de Rute e os Livros dos Reis, não sendo, portanto, argumentos suficientes para provar que eles foram escritos por Josué, pelos Juízes, por Rute ou pelos Reis.²²

Sobre a morte de Moisés, Hobbes pondera que ninguém conhecia seu sepulcro até que o versículo 6 do último capítulo do Deuteronômio o revelasse. Claro está, portanto, que o texto foi redigido depois da morte de Moisés, pois seria estranho supor que Moisés falou do próprio sepulcro (ainda que por profecia), afirmando não ter sido encontrado naquele tempo, quando ainda estava vivo.²³

Hobbes acrescenta:

¹⁸ CRÜSEMANN, 2012, p. 93.

¹⁹ SCHMIDT, Werner H. *Introdução ao Antigo Testamento*. Tradução: Annemarie Höhn. São Leopoldo, RS: Sinodal, 1994. p. 48.

²⁰ SCHMIDT, 1994, p. 49.

²¹ Thomas Hobbes, pensador inglês, nascido em 1588, na aldeia de Westport, Malmesbury, Inglaterra, e morto em 1679, em Hardwick, autor da obra *Leviatã*.

²² HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo. Ícone, 2000. p. 269.

²³ HOBBS, 2000, p. 269.

Examinemos, portanto, o que se encontra no Livro do Gênesis, 12, ver. 6: E passou Abraão pela terra até ao lugar de Síchem, na planície de Moreb, e então o Cananeu estava na terra. Necessariamente estas deveriam ser palavras de alguém que escreveu quando o Cananeu não estava na terra, portanto não podem ser de Moisés, que morreu antes que o Cananeu chegasse.²⁴

Por essa e outras razões, Thomas Hobbes afirma que os cinco livros de Moisés foram escritos depois de seu tempo, embora não informe quanto tempo depois.²⁵

Outro grande pensador que tratou do assunto foi Spinoza, analisado por Zenger:

No ano de 1670 seguiu-se o *Tractatus theologico-politicus*, do judeu nascido em Amsterdã Baruch Spinoza. Também esse livro, editado sem citar o nome do autor com indicação falsa do local de publicação (constava impresso em Hamburgo, mas foi editado em Amsterdã), causou forte rejeição em toda a parte. Spinoza foi excluído da comunhão da sinagoga, duas vezes escapou no último minuto a um atentado contra sua vida. Embora Spinoza não exclua que Moisés atuou como “escritor” e “legislador”, defende que o Pentateuco que temos diante de nós é tão complexo e heterogêneo que poderia ser apenas a compilação ou redação de muitas coletâneas e tradições organizadas por Esdras.²⁶

Questiona-se que, possivelmente, não foram apenas motivos ligados à tradição que levaram os escritores da Torah a atribuir a Moisés a autoria do Pentateuco. Motivos políticos contribuíram para o mal-entendido:

No entanto, no caso de Moisés a pergunta se coloca de outra forma e de modo mais maciço. Por princípio, a validade de direito está associada ao poder e à autoridade. Se um direito é atribuído a uma autoridade não presente na atualidade, surge inevitavelmente a pergunta: quem lhe corresponde na atualidade, quem lhe representa e aplica o direito na realidade? Mas a posição privilegiada de Moisés se revela especialmente importante em face desse questionamento. Quem, afinal, pôde ousar falar e escrever seu nome? E que isso aconteceu não pode ser assunto de controvérsia. “Na cadeira de Moisés estão assentados os escribas e fariseus”, lê-se em Mt 23,2. E segundo a autocompreensão judaica, o sinédrio, por exemplo, fala indiscutivelmente com autoridade de Moisés.²⁷

²⁴ HOBBS, 2000, p. 269.

²⁵ HOBBS, 2000, p. 270.

²⁶ ZENGER, Erich et al. Introdução ao Antigo Testamento. Tradução Werner Fuchs. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 36.

²⁷ CRÜSEMANN, 2012, p. 95.

A legitimação do texto normativo foi muito bem arquitetada pelos escribas, que, na visão de Bernard Levinson, atribuíram à própria divindade a redação das leis, diferentemente das codificações hititas, em que a figura real criava as normas.²⁸ Essa divinização do conteúdo normativo gerou um profundo impacto literário no Israel antigo, conforme Levinson:

Escribas israelitas introduziram no mundo antigo uma nova idéia: a revelação divina da lei. Assim, não foi a imposição legal um gênero literário, mas a sonoridade da lei revelada publicamente como a vontade pessoal de Deus que era único no antigo Israel. Essa forma da revelação divina teve um impacto de longo alcance sobre a vida literária e intelectual do antigo Israel. Há uma clara relação entre a voz textual e autoridade textual, de modo que a atribuição de um texto legal a Deus, literalmente, dá essa autoridade máxima ao texto.²⁹

Neusner afirma que o conjunto normativo revela uma prática mítica elaborada “por pessoas que nunca viram ou realizaram o ritual descrito por essas leis”.³⁰ Ele acrescenta:

Conforme já salientado, a lei diz respeito a um ritual que estas autoridades nunca viram e certamente nunca realizaram, a lei constitui o seu próprio mito, o mito fabuloso de um ritual que ninguém jamais realizou, e o mito transcendente do reino do puro e sagrado construído por meio de ritual e tabu no mundo do impuro e o secular. É por isso que eu afirmo que o ritual é o mito.³¹

No período pós-exílio, a figura de Esdras assume a autoridade legislativa de Moisés, sendo equiparada ao legislador do Sinai, com a diferença de que este recebeu as leis diretamente de Deus, enquanto Esdras, em tese, repassou a lei recebida de Moisés.³²

Também a questão geográfica e temporal da formação da Torah incrementa essa discussão da comunidade acadêmica, que ainda não chegou a uma conclusão a respeito do tema.

Para melhor compreensão da formação da Torah, deve-se considerar a ideia do lugar vinculado à sua transmissão, ou seja, o Sinai/Horeb. Crüsemann afirma que

²⁸ LEVINSON M. Bernard. *Legal revision and religious renewal in ancient Israel*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 27.

²⁹ LEVINSON. 2008, p. 27.

³⁰ NEUSNER, Jacob. *The Halakhah: religious and historical perspectives*. (The Brill reference library of ancient Judaism; Vol. 8). Leiden; Boston; Köln: Brill, 2002. p. 98

³¹ NEUSNER, 2002, p. 99.

³² CRÜSEMANN, 2012, p. 156.

a Torah foi anunciada a Israel no Sinai/Horeb, sendo que “o seu mistério está de certa forma vinculado à ligação a este lugar”. O povo de Israel, de forma singular, sob a ótica da história do direito e da religião, entende seu próprio direito vinculando-o a um determinado local de sua história anterior.³³

Considerando as pesquisas histórico-críticas a respeito das normas legitimadas no Sinai/Horeb, permanecem os questionamentos quanto à datação dos textos normativos, sendo consensual o entendimento de que estes surgiram em época posterior.³⁴

O Pentateuco vem sendo esmiuçado, tendo-se identificado documentos com diferentes datações e linguagens nele inseridos. O mesmo fenômeno ocorre à Torah, com a constatação de um Código da Aliança (Ex 20, 22-23, 33) e da Lei Deuteronomica (Dt 12-26), além de inúmeras determinações cultuais e sacerdotais, dentre as quais se destaca o Código da Santidade (Lv 17 18-26).³⁵

Acerca da datação e formação da Torah, diz Crüsemann:

Para datação relativa e, sobretudo absoluta, bem como para o enquadramento histórico, foi e é válida uma descoberta formulada por de Wette em 1805. Segundo esta, com aquele livro da lei que, conforme 2Rs 22–23, teria sido encontrado no templo, no ano de 622 aC, sob o governo do Rei Josias e por ele transformado em código constitucional, somente se poderia estar pensando no Deuteronomio, respectivamente no seu núcleo literário original. E este não poderia ter surgido muito tempo antes destes episódios. Com isso, uma parte central da Torá foi identificada como não sendo da época de Moisés ou como não proveniente do Sinai/Horeb, mas afirmada como produto da época final da monarquia em Israel.³⁶

Duas descobertas essenciais à discussão da fixação cronológica da Torah se deram no séc. XIX: a primeira, em 1805, com a pesquisa de Wilhelm Martin Leberecht de Wette, que demonstrou “que o cerne do livro do Deuteronomio deve estar ligado à centralização cultual do rei Josias, relatada em 2RS 22-23 e que deve ser localizada no ano 622 a.C”; a segunda, a partir de 1876, por meio de trabalhos correspondentes dos escritores Eduard Reuß, Karl Heinrich Graf, Abraham Kuenen e Julius Wellhausen, verificou a existência de fontes de diferentes períodos presentes em um texto único. Eles dividiram essas fontes em: “J (= Javista, séc. IX)

³³ CRÜSEMANN, 2012, p. 49.

³⁴ CRÜSEMANN, 2012, p. 49.

³⁵ CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

³⁶ CRÜSEMANN, 2012, p. 20.

– E (= Eloísta, séc. VIII) – D (= Deuteronomista, séc. VII) – P (= Escrito Sacerdotal, séc. VI).³⁷

Muito embora não se tenha ainda certeza da origem da Torah una, o Pentateuco uno, que veio a se tornar um cânon,³⁸ os estudiosos são unânimes ao afirmarem que a obra surgiu no período persa, ou seja, entre o exílio e o período helenista.³⁹

Um estudo mais aprofundado concluiu que a Torah, aparentemente um compêndio unitário de normas, era uma sequência de obras legais conflitantes quanto ao conteúdo e cronologicamente sucessivas.⁴⁰

Sob o ponto de vista mítico e histórico, a genealogia, como representação da descendência, sempre foi fator cultural em Israel, representativo de unidade e autoridade.⁴¹

A ideia de Moisés como mediador direto da vontade de Deus⁴² legitimou os discursos de cada uma das obras legais, o que inegavelmente revestiu a Torah de credibilidade e temor.

Na ótica histórico-cultural, a formação da Torah ocorre em meio à “reconstrução da identidade judaica depois de desfeita a condição de estado autônomo”, em virtude da conquista neobabilônica de Jerusalém e a “deportação da elite sacerdotal para Babel” e, em sequência, a conquista da Babilônia por Ciro, da Pérsia, estabelecendo o império mundial persa.⁴³

O sistema persa permitia aos povos conquistados manterem suas tradições religiosas próprias e seus sistemas de cultos sob certo controle.⁴⁴ Essa particularidade dos conquistadores, aliada a uma elite pensante e às condições favoráveis descritas, possibilitou a elaboração da Torah que conhecemos atualmente.

Ainda que haja incertezas acerca do seu enquadramento histórico Esdras e Neemias⁴⁵ são personagens marcantes desse contexto social, tendo sido o primeiro, conforme já dito, revestido da autoridade do próprio Moisés.

³⁷ ZENGER, 2003, p. 85.

³⁸ CRÜSEMANN, 2012, p. 21.

³⁹ CRÜSEMANN, 2012, p. 454.

⁴⁰ CRÜSEMANN, 2012, p. 21.

⁴¹ CRÜSEMANN apud KRAUS H.-J., 2012, p. 97.

⁴² CRÜSEMANN, 2012, p. 19.

⁴³ ZENGER, 2003, p. 52.

⁴⁴ ZENGER, 2003, p. 52.

⁴⁵ ZENGER, 2003, p. 53.

1.2 BREVE HISTÓRIA DE ISRAEL

A história de uma civilização é requisito basilar para o estudo do seu direito. É dessa maneira que se pode verificar em que contexto histórico o direito pesquisado se enquadra.⁴⁶

São poucas as fontes encontradas para o estudo historiográfico dos hebreus. Autores como Moraes,⁴⁷ Vicentino⁴⁸ e Giordani⁴⁹ apontam como principais fontes a Bíblia e as descobertas arqueológicas. Na esteira desses autores, e com tratamento mais específico, Wolkmer aponta a Tanakh – “acrônimo para *Torah* (Pentateuco), *Neviim* (profetas anteriores e posteriores), *Ketuvim* (Coletânea de Escritos, ou Tudo o Mais)”⁵⁰ – e o Talmud como fontes de pesquisa. Afirma Zabatieiro:

É bastante conhecido o fato de que as origens de povos tendem a ser contadas de forma mítica ou épica – e com Israel não há diferença. As fontes escritas de que dispomos para reconstruir a história do antigo Israel estão quase exclusivamente nas Escrituras judaicas.⁵¹

Finalmente, os achados arqueológicos são de grande importância para uma melhor compreensão e, em alguns casos, confirmação dos antigos escritos hebraicos.⁵²

Geograficamente os hebreus ocuparam o território da antiga Palestina, tendo a oeste a faixa junto ao Mar Mediterrâneo, formada por planícies férteis, porém de litoral pouco favorável à navegação; a leste, dois planaltos semiáridos, que precedem o Deserto da Síria e da Arábia; ao norte, uma zona montanhosa e colinas áridas fronteiriças à Fenícia; e ao sul, uma longa e estreita depressão por onde corre

⁴⁶ SOUZA, Marcos Antônio de. WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 53

⁴⁷ MORAES, José Geraldo Vinci de. *Caminhos das Civilizações – História integrada: Geral e Brasil*. São Paulo: Atual, 1998. p. 47.

⁴⁸ VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1997. p. 42.

⁴⁹ GIORDANI, Mário Curtis. *História da Antiguidade Oriental*. 11. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

⁵⁰ WOLKMER, 2010, p. 48.

⁵¹ ZABATIEIRO, Júlio Paulo Tavares. *Uma história cultural de Israel*. São Paulo: Paulus, 2013. p. 67

⁵² GIORDANI, 2001, p. 225.

o Rio Jordão até a formação do Mar Morto,⁵³ região denominada Península Sinaítica.⁵⁴

Salvo na região por onde corre o Rio Jordão, onde havia vegetação e terras favoráveis ao plantio, com o cultivo predominante de videira, oliveira e figueira, as demais regiões eram rudes e dificultavam a agricultura, e assim a atividade pastoril se sobressaiu.⁵⁵

Localizado na passagem entre a Ásia e a África e entre o Egito e a Mesopotâmia, Israel desenvolveu enormemente o comércio, especialmente durante o reinado de Salomão.⁵⁶

Os hebreus mantiveram permanente contato com outras culturas do antigo Oriente, influenciados especialmente pela cultura mesopotâmica, de onde se originaram.⁵⁷ Como afirma Zabatiero:

Ao construir sua identidade, Israel se apropriou de elementos culturais de seus vizinhos, tanto da memória dos povos que lhe antecederam quanto das várias situações de contemporaneidade. Por outro lado, podemos constatar alguns focos de singularidade, de peculiaridade, os quais são, em grande medida, responsáveis pela sobrevivência cultural do antigo Israel até nossos dias.⁵⁸

Essa ideia de influência cultural dos vizinhos, especialmente da Mesopotâmia, remete à origem dos hebreus que, de acordo com grande parte dos autores de história antiga, como Giordani, Vicentino e Arruda, entre outros, data de aproximadamente dois milênios a.C.⁵⁹

Ainda há divergências de datação na formação do Estado nacional de Israel, tema tratado por Jaime Pinsky⁶⁰ e Zabatieiro. Para este último, é arriscado periodizar a história cultural do antigo Israel, já “que a periodização é feita como hipótese de trabalho, e não como tese pré-definidora dos resultados.”⁶¹

Acompanhando a periodização da maioria dos autores, trataremos a seguir da formação política, social e econômica dos hebreus.

⁵³ ARRUDA, José Jobson de Andrade. *História antiga e medieval*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1979. p. 90

⁵⁴ GIORDANI, 2001, p. 226.

⁵⁵ VICENTINO, 1997, p. 43.

⁵⁶ VICENTINO, 1997, p. 43.

⁵⁷ GIORDANI, 2001, p. 227.

⁵⁸ ZABATIEIRO, 2013, p. 7.

⁵⁹ ARRUDA, 1979, p. 91.

⁶⁰ PINSKY, Jaime. *As primeiras civilizações*. 13. ed. São Paulo: Atual, 1994. p. 89.

⁶¹ ZABATIEIRO, 2013, p. 70.

Num primeiro momento a sociedade hebreia é patriarcal. Abrão, tido como o primeiro patriarca, vivia nos arredores da cidade de Ur, na Mesopotâmia, possivelmente durante o reinado de Hammurabi.⁶² Nesse mesmo período já habitavam a região da Palestina os cananeus, os filisteus, os amalecitas, os edomitas, os moabidas e os arameus, tendo estes últimos legado o aramaico, língua de grande influência no Oriente antigo.⁶³

Com o êxodo da Mesopotâmia, os hebreus chegaram à Palestina tendo sido Abrão sucedido pelo filho Isaac, e este por Jacó ou Israel, de cujos 12 filhos se originaram as 12 tribos de Israel.⁶⁴

A sociedade, no período patriarcal, era seminômade, vivendo basicamente da criação de gado.⁶⁵ Posteriormente foi distribuída em tribos subdivididas em famílias, estrutura que embasou a repartição de terras no período de Josué.⁶⁶

O patriarca ocupava todas as funções de caráter público, assumindo a condição de líder militar, sacerdote e juiz. Assim, o líder do clã concentrava grande poder.⁶⁷

Um grande período de seca obrigou os hebreus a emigrarem para o Egito, instalando-se na região de Gessém, situada na parte oriental do delta, terra fértil e apta ao pastoreio.⁶⁸ Após a expulsão dos hicsos, por volta de 1580 a.C., os hebreus foram subjugados e taxados com pesadíssimos impostos pelo faraó egípcio.⁶⁹ Aproximadamente em 1250 a.C., os hebreus deixaram o Egito, conduzidos pela figura emblemática de Moisés, permanecendo as tribos no deserto do Sinai por cerca de 40 anos, até invadirem novamente a Palestina.⁷⁰

De acordo com Giordani, “o episódio do Êxodo é o começo da criação do Estado de Israel”,⁷¹ marcando o início da marcha dos hebreus em busca de uma base territorial e uma organização política.

Após longo período de batalha para se reinstalar na Palestina, os hebreus, sob a liderança de Josué, conquistaram Canaã, partilhando a região entre as 12

⁶² ARRUDA, 1979, p. 91.

⁶³ ARRUDA, 1979, p. 91.

⁶⁴ MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História antiga e medieval: da comunidade primitiva ao Estado moderno*. São Paulo: Abril Educação, 1984. p. 67.

⁶⁵ WOLKMER, 2010, p. 55.

⁶⁶ GIORDANI, 2001, p. 232

⁶⁷ WOLKMER, 2010, p. 55.

⁶⁸ GIORDANI, 2001, p. 228.

⁶⁹ ARRUDA, 1979, p. 92.

⁷⁰ ARRUDA, 1979, p. 92.

⁷¹ GIORDANI, 2001, p. 229.

tribos de Israel,⁷² que, embora mantivesse a unidade étnica e cultural, era fragmentada politicamente. Esse período foi conhecido como tempo dos juízes.⁷³

Como afirma Wolkmer:

Naturalmente, a transição de uma estrutura tribal para uma organização nacional não foi imediata e muito menos sem traumas. O contexto, isto é, a mudança de uma sociedade pastoral seminômade para uma sociedade territorial e as dificuldades de relacionamento entre as diversas partes de Israel, pelo fato de estarem se estabelecendo entre os cananeus, dificultaram o estabelecimento de nova organização social e política, tornando o período dos juízes um dos períodos mais conturbados da história de Israel.⁷⁴

Os juízes eram escolhidos para proteger o povo do domínio estrangeiro. Quase todos eram exímios guerreiros, destacando-se Débora, Gideão, Sansão, Gefté e Samuel. O último juiz, Samuel, está ligado à escolha do primeiro rei de Israel, o que alterou toda a sua estrutura política.⁷⁵

Durante o êxodo surgiu uma nova classe social, o clero, formado pelos descendentes de Aarão, da tribo de Levi, reservando-se aos sacerdotes as funções sacrificais e aos levitas o auxílio ao trabalho sacerdotal.⁷⁶ Nesse período instituiu-se uma lei comum, integrando-se o sistema tribal à estrutura política de nação.⁷⁷

Politicamente a unidade de Israel consolidou-se pela monarquia, que teria se mostrado o sistema mais eficaz, tendo em vista as constantes ameaças dos povos vizinhos. O primeiro rei, Saul,⁷⁸ vinculou a ideia de monarquia com a formação de um exército e dos servidores reais, também cimentando a unificação política de Israel.

Fugindo à regra da hereditariedade monárquica, Davi sucede Saul no trono israelita, e em uma série de ações militares, expande as divisas de Israel e transforma a cidade de Jerusalém na capital política e religiosa do reino.⁷⁹

Após longo reinado, Davi foi sucedido pelo filho Salomão, período em que Israel alcançou grande prestígio internacional. Ao contrário do pai, o novo monarca propiciou um longo tempo de paz, diplomacia e prosperidade.⁸⁰

⁷² ARRUDA, 1979, p. 93.

⁷³ GIORDANI, 2001, p. 229.

⁷⁴ WOLKMER, 2001, p. 57.

⁷⁵ VICENTINO, 1997, p. 41.

⁷⁶ GIORDANI, 2001, p. 232.

⁷⁷ WOLKMER, 2010, p. 56.

⁷⁸ GIORDANI, 2001, p. 230.

⁷⁹ GIORDANI, 2001, p. 230.

No reinado de Salomão o comércio se desenvolveu enormemente, sobretudo em virtude da posição geográfica. Foram celebrados acordos comerciais com os fenícios, em que excedentes do trigo e do óleo eram trocados por madeira fenícia. Também se transportaram cavalos da Ásia Menor para o Egito. Construíram-se no Golfo de Acaba uma fundição de cobre, um porto e uma frota mercante para transportar madeira, pedras preciosas e ouro.⁸¹

O famoso templo de Jerusalém, representante da pujança político-religiosa de Israel, foi construído durante o reinado de Salomão.⁸²

Com a morte de Salomão e a subida ao trono de Roboão, seu filho, ocorreu o cisma em Israel, por volta de 926 a.C. Foi estabelecido um reino ao norte, formado por dez tribos, com capital em Samaria, que recebeu a alcunha de reino de Israel, enquanto ao sul se firmou outro reino, formado pelas tribos de Judá e Benjamim, com capital em Jerusalém, denominado reino de Judá.⁸³

Por volta de 740 a.C., o reino do Norte foi tomado pelo império Assírio. Já o reino de Judá sucumbiu em meados de 607 a.C., quando Jerusalém foi invadida e destruída por Nabucodonosor, soberano babilônico.⁸⁴ Destaca Pinsky, em uma visão bem particular, que durante o cativeiro babilônico “as tribos de Israel acabam assimilando os hábitos e a cultura dos povos vizinhos e perdem totalmente sua identidade com lavé.”⁸⁵

O cativeiro chegou ao fim com a conquista da Caldeia por Ciro, o imperador persa, no ano de 539 a.C. Nesse período os judeus, mais especificamente a elite real e sacerdotal, retornaram à Palestina⁸⁶ gradualmente, conforme Giordani:

O retorno dos exilados se fez por etapas. Difícil tarefa foi a restauração material, política e religiosa. As instituições religiosas continuavam, em seu conjunto as mesmas de Moisés; convém, entretanto, anotar duas inovações: a instituição dos escribas e a do sanhedrim.⁸⁷

⁸⁰ GIORDANI, 2001, p. 231.

⁸¹ ARRUDA, 1979, p. 94.

⁸² WOLKMER, 2010, p. 58.

⁸³ MELLO, 1984, p. 68.

⁸⁴ WOLKMER, 2010, p. 59.

⁸⁵ PINSKY, 1994, p. 90.

⁸⁶ MELLO, 1984, p. 69.

⁸⁷ GIORDANI, 2001, p. 231.

Mesmo gozando de liberdade religiosa, Israel tornou-se parte do Império Persa.⁸⁸

Alexandre, o Grande, rei da Macedônia, passa da Europa à Ásia e destrói o império dos persas, subjugando Israel por volta de 332 a.C., poupando, contudo, a cidade de Jerusalém da destruição.⁸⁹

Incapazes de se libertarem do jugo estrangeiro, os israelitas teriam procurado preservar o patrimônio religioso e cultural “ameaçado pelas seduções da civilização helenística”.⁹⁰

Em 63 a.C., a Palestina foi integrada ao império romano por Pompeu, general romano. Roma destacou Herodes para governar a região de Israel. Em 70 d.C., os romanos, sob o comando do imperador Tito, rechaçaram uma revolta dos judeus e destruíram o novo templo de Jerusalém.⁹¹ Os judeus, em um episódio conhecido por diáspora israelense, foram expulsos da Palestina e proibidos pelos romanos de retornarem à região.⁹²

O império romano dizimou grande parte dos israelitas e privou Israel da condição de Estado autônomo no tocante à limitação territorial. As características de nação, contudo, se mantiveram.⁹³

Israel só voltaria à condição de Estado autônomo no século XX, mais precisamente em 1948, por força de uma determinação da ONU (Organização das Nações Unidas).⁹⁴

Mesmo não construindo grandiosos impérios, como os mesopotâmios, os hebreus transmitiram às civilizações ocidentais um profundo legado religioso, especialmente no que se refere ao monoteísmo, que exerceu grande influência no cristianismo, tema a ser tratado mais adiante.⁹⁵

⁸⁸ MELLO, 1984, p. 59.

⁸⁹ JOSEFO, Flávio. Trad. Vicente Pedroso. *História dos hebreus*. Rio de Janeiro: CPAD, 1990. p. 642.

⁹⁰ GIORDANI, 2001, p. 232.

⁹¹ MELLO, 1984, p. 69.

⁹² VICENTINO, 1997, p. 42.

⁹³ WOLKMER, 2010, p. 59.

⁹⁴ VICENTINO, 1997, p. 42.

⁹⁵ GIORDANI, 2001, p. 254.

1.3 NORMAS CONTEMPORÂNEAS À TORAH

Nos últimos duzentos anos as descobertas arqueológicas revelaram um grande número de documentos de teor jurídico perdidos durante milênios.⁹⁶

A região da Mesopotâmia, segundo a arqueologia, foi habitada há aproximadamente 10 mil anos a.C., com as primeiras plantações de trigo e cevada na região dos rios Tigre e Eufrates.⁹⁷ É dessa região, onde atualmente se situam o Iraque e o Kuwait, que provêm os mais antigos documentos legislativos escritos de que se tem notícia.⁹⁸

Mesmo antes da invenção da escrita, as regras de direito eram impostas por grupos sociais, uma vez que “um dos pilares da evolução humana é justamente a criação de regras de conduta para o melhor convívio em sociedade”.⁹⁹ Nesse tempo as normas eram transmitidas oralmente, tendo como fontes os costumes e os hábitos. O referencial de conduta de cada comunidade sofria enorme influência religiosa, inexistindo separação entre crença e lei de controle social.¹⁰⁰

No tocante a essa condição de oralidade na transmissão da lei, Albergaria pondera:

Alguns autores denominam esse direito como “primitivo” ou “arcaico”, mas o mais politicamente correto é a expressão direitos consuetudinários ou, em inglês, *customary law*, ou, ainda, o “direito dos povos sem escrita”, terminologia mais aceita hoje em dia...¹⁰¹

Na região do crescente fértil surgiram os primeiros documentos escritos de que se tem notícia, por meio da chamada escrita cuneiforme, assim denominada pelo modo como era produzida: “Com um estilete em forma de cunha moldava-se a argila mole até produzir um desenho.”¹⁰²

⁹⁶ MIES, Françoise (org.). Tradução: Paula S. R. C. Silva. Bíblia e direito: o espírito das leis. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 32.

⁹⁷ ALBERGARIA, 2011. p. 12

⁹⁸ MACIEL, José Fábio Rodrigues. AGUIAR, Renan. *História do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

⁹⁹ ALBERGARIA, 2011, p. 12.

¹⁰⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 13-14.

¹⁰¹ ALBERGARIA, 2011, p. 12.

¹⁰² ALBERGARIA, 2011, p. 16.

O direito, no antigo Oriente, era consuetudinário, ou seja, fundado nos costumes e na prática, sendo transmitido oralmente, o que leva ao questionamento do real propósito das normas escritas.¹⁰³ Nesse sentido, afirma Bouzon:

Os juízes babilônicos decidiam seus processos de acordo como o direito consuetudinário vigente. No caso das leis contidas nas estelas reais, o seu valor era, certamente, de caráter subsidiário: o cidadão que se sentisse injustiçado pela decisão de um juiz podia apelar para o rei.¹⁰⁴

Por fatores como a geografia e a escrita, as tribos da Mesopotâmia se transformaram em cidades, depois em cidades-Estados, e por fim, em impérios. Os sumérios (3.500 – 2.550 a. C.), os acádios ou acadianos (2.550 – 2.100 a. C.) e os babilônicos (2.000 a 1.750 a. C.) figuram entre os principais impérios que se destacaram na ocupação dessa região, sendo as principais cidades Ur (que chegou a ter perto de 200 mil habitantes), Uruk, Eridu e Lagash.¹⁰⁵

Em meio a esse panorama surgiram as primeiras regras de conduta escritas na Mesopotâmia, destacando-se a Estela dos Abutres, o Código de Urukagina ou Uruinimgina, o Código de Ur-Nammu, o Código de Eshnunna, o Código de Lipit-Ishtar e o Código de Hammurabi.¹⁰⁶

H. Brunner, citado por Bouzon, afirma que, no antigo Oriente, existiam duas espécies de coleções de leis:

As que foram enquadradas em um prólogo e um epílogo e as coleções transmitidas sem essa moldura. Uma análise atenta do prólogo e epílogo dos “códigos” de Ur-Namma, de Lipit-Ishtar e de Hammurabi parece permitir a conclusão de que o motivo principal que levou esses reis a proclamar e publicar seus “códigos legais” foi, sem dúvida, a intenção de apresentar o monarca como um rei justo, o garante da justiça no país.¹⁰⁷

No direito mesopotâmico, os chamados códigos representavam a compilação de casos concretos. Não eram concebidos com as características dos códigos atuais, divididos em parte geral e especial. As normas eram carregadas de

¹⁰³ BOUZON, Emanuel. *Uma coleção de direito babilônico pré-hammurabiano: leis do reino de Eshnunna*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 28.

¹⁰⁴ BOUZON, 2000, p. 29.

¹⁰⁵ ALBERGARIA, 2011, p. 17.

¹⁰⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 17-27.

¹⁰⁷ BOUZON, 2000, p. 28.

concretude e, portanto, não detinham “as características de abstratividade e generalidade habituais aos sistemas jurídicos contemporâneos”.¹⁰⁸

Uma tentativa de explicar a origem das coletâneas de leis do Oriente Próximo antigo seria a ideia de formação de jurisprudência por juízes que também eram administradores e políticos, portanto bem diferentes dos juízes modernos. Posteriormente, esses julgados teriam sido organizados e atermados pelos escribas e, por fim, os documentos teriam sido arquivados nas bibliotecas reais.¹⁰⁹

A Estela dos Abutres é considerada o mais antigo tratado internacional já descoberto, datada de 2450 a.C., estando atualmente exposta no museu do Louvre.¹¹⁰ Foi reconstruída em parte, com vários fragmentos achados nas ruínas da cidade de Suméria Girsu. A história das constantes batalhas entre as cidades fronteiriças de Umma e Lagash está esculpida nesse código.¹¹¹

Esse retrato da beligerância da época marca a vitória do Rei Eannatum, da cidade-Estado de Lagash, sobre a cidade de Umma, tendo o monarca mandado “fazer o monumento de pedra onde se inscreveram os termos de paz – delimitação das fronteiras entre as duas cidades –, bem como as grandes realizações do vitorioso na guerra”.¹¹² Nesse sentido prescreve a Estela dos Abutres:

Que jamais um homem de Umma cruze a fronteira de Ningirsu! Que jamais se altere o seu declive e a sua vala! Que não se mova a estela! Se ele cruzar a fronteira, que a grande rede de Enlil, rei da terra e do céu, pelo qual ele foi empossado, se abata sobre Umma!¹¹³

Essa inscrição corrobora a ideia de que as ações humanas transcritas no código eram legitimadas pela vontade dos deuses. Segundo Albergaria, “determinação humana e proteção divina se conjugavam para conduzir à vitória.”¹¹⁴

Outro importante documento da época foi o conjunto normativo de Urukagina ou Uruinimgina, de 2350 a.C. As inscrições de Urukagina, de acordo com Bouzon,

¹⁰⁸ MACIEL, 2011, p. 54.

¹⁰⁹ MIES, 2006, p. 33.

¹¹⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 17.

¹¹¹ ALBERGARIA, 2011, p. 17.

¹¹² ALBERGARIA, 2011, p. 17.

¹¹³ ALBERGARIA, 2011, p. 18.

¹¹⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 17.

“não transmitem leis ou normas legais, mas apresentam as medidas sociais adotadas para corrigir as injustiças vigentes”.¹¹⁵

Para o historiador da Mesopotâmia Samuel Noah Kramer, o Código de Urukagina é “um dos mais preciosos documentos de combate à tirania e à opressão do poder da história humana, em todos os possíveis sentidos, e também como primeiro registro de concepção da idéia de liberdade...”.¹¹⁶

O Código de Uruinimgina teria tratado da limitação do poder sacerdotal e dos funcionários públicos, suscitando a ideia de combate à corrupção e restrição do poder público. Até mesmo os cegos, as viúvas e os pobres foram contemplados pelos chamados direitos sociais e, de forma inaugural, tratou-se da ideia de liberdade individual, sem perda do caráter religioso. A pena de morte e a lei de talião eram negadas por se considerar a vida um benefício dos deuses, aplicando-se a multa em pecúnia ou em cereais para qualquer dano.¹¹⁷

O Código de Ur-Nammu é outro importante documento do Oriente Próximo antigo. O primeiro componente desse estatuto a ser localizado foi uma placa de argila de 10 cm x 20 cm, grafada no idioma sumério, datada de 2100-2050 a.C. Posteriormente foram encontrados outros fragmentos de menor importância.¹¹⁸

Solenemente, já no prólogo do código de Ur-Nammu, o rei Ur-Namma declara que, no seu reinado, “o órfão não foi entregue ao rico; a viúva não foi entregue ao poderoso, o homem de um ciclo não foi entregue ao homem de uma mina”.¹¹⁹

Esse conjunto normativo é considerado atualmente o código jurídico mais antigo. Sua compilação teria sido feita por Shulgi, filho do rei Ur-Nammu, da cidade de Ur, terra natal de Abrão.¹²⁰ Dos códigos até então encontrados, o de Ur-Nammu é o primeiro a substituir algumas das penas talianas por indenizações,¹²¹ prescrevendo, nesse sentido:

Um cidadão fraturou um pé ou uma mão a outro cidadão durante uma rixa, pelo que pagará 10 ciclos de prata. Se um cidadão atingiu outro com uma arma e lhe fraturou um osso, pagará uma mina de prata. Se um cidadão

¹¹⁵ BOUZON, Emanuel. *O código de Hammurabi*: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 19.

¹¹⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 18.

¹¹⁷ ALBERGARIA, 2011, p. 18.

¹¹⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 19.

¹¹⁹ BOUZON, 2000, p. 28-29.

¹²⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 19.

¹²¹ MACIEL, 2011, p. 55.

cortou o nariz a outro cidadão com um objeto pesado pagará dois terços de mina.¹²²

O conjunto normativo de Ur-Nammu também trata de questões familiares como traição e divórcio, além de estabelecer a pena de morte em alguns casos, como o homicídio. Sobressaiu, no entanto, a instituição da indenização, dando origem a uma espécie de dano moral.¹²³

Das escavações feitas em Tell Abu Harmal, pequena localidade ao sul de Bagdad, no ano de 1945, foi encontrada uma tábua cuneiforme, medindo 10,5 cm x 20 cm, registrada sob o número IM 51.059 no Iraq-Museum. Dois anos mais tarde, foi descoberta outra tábua cuneiforme, de 12 cm x 11,5 cm, registrada no mesmo museu sob o número IM 52.614.¹²⁴ As duas tábuas, encontradas por Sayid Taha Baqir e decifradas por A. Goetze, tratavam do mesmo regramento, as Leis de Esnunna.¹²⁵

O reino de Esnunna seguiu-se à desagregação militar e política da terceira dinastia de Ur, durante o reinado de Ibbi-Sîn, no fim do século XXI a.C., Esse longo processo de declínio culminou com a destruição de Ur e o aprisionamento de seu chefe militar e político, conforme Bouzon:

Com a queda de Ur desaparecia o centro de unidade da Mesopotâmia. Durante os séculos XX, XIX e começos do século XVIII, o quadro político da Babilônia é marcado pelo aparecimento de uma série de dinastias locais, denominadas por semitas, ente as quais se destacavam Isin, Larsa, Babel e na região do rio Diyala, um afluente do Tigre, o reino de Esnunna.¹²⁶

A Babilônia, conforme visto, se dividiu em uma série de cidades-reinos rivais. Somente Hammurabi conseguiu restabelecer a unidade política da região. Justamente nesse intervalo entre a queda da dinastia de Ur e o início do reinado de Hammurabi foi que o Reino de Esnunna conheceu seu esplendor, tornando-se um dos protagonistas do cenário político da Babilônia.¹²⁷

Os 60 artigos das Leis de Esnunna tratam especialmente de direito penal e civil.¹²⁸ Todavia o referido código também traz normas de organização judicial, ao

¹²² MACIEL, 2011, p. 55.

¹²³ ALBERGARIA, 2011, p. 20.

¹²⁴ BOUZON, 2000, p. 13.

¹²⁵ BOUZON, 2000, p. 13.

¹²⁶ BOUZON, 2000, p. 16.

¹²⁷ BOUZON, 2000, p. 20.

¹²⁸ MACIEL, 2011, p. 55.

regular o sistema de julgamento, e regras de funcionamento do reino e do palácio, uma espécie de direito administrativo e constitucional.¹²⁹

Entretanto, como destaca Bouzon, o texto extraído das tábuas de Eshnunna “não forma um código de leis no sentido moderno do termo”.¹³⁰ Inúmeras questões deixaram de ser tratadas por essa coletânea de leis, como o direito de herança e as sanções aos crimes de homicídio e roubo, dentre outros.

Aliás, a preocupação de reunir todas as leis vigentes em um código, que realmente mereça esse nome, é relativamente moderna. Como o demonstrou H. Brunner, as legislações antigas, mesmo na Idade Média, limitavam-se, ao que parece, a fixar por escrito e a colecionar somente aquelas normas e leis cuja transmissão era, por algum motivo, interessante.¹³¹

No Código de Eshnunna verifica-se a divisão de classes sociais em *awilum*, escravos e *muskenum*. A primeira era formada pelo homem livre e representava a camada social mais volumosa; a segunda compunha-se de capturados em guerras ou escravizados para quitação de dívida; e, por fim, os últimos eram a classe social intermediária que, embora oprimida, gozava de certa proteção e garantias concedidas pelo rei.¹³² Para efeito de ilustração, vejamos o que dizem os artigos 12 e 15 do Código de Eshnunna:

Art. 12: O *awilum* que for apanhado no campo de um *muskenum*, ao meio-dia, junto aos feixes de grão: pesará dez ciclos de prata. O que for apanhado, de noite, junto aos feixes de grão morrerá, ele não viverá.¹³³

Art. 15: Da mão de um escravo ou de uma escrava, o comerciante ou a taberneira não poderá receber prata, cevada, lã, óleo de sésamo ou qualquer outra coisa.¹³⁴

Pela disposição da norma contida no Código de Eshnunna e pela identificação dessas três camadas sociais, entende-se que essa legislação pode ter influenciado o Código de Hammurabi.¹³⁵

¹²⁹ ALBERGARIA, 2011, p. 20.

¹³⁰ BOUZON, 2000, p. 27.

¹³¹ BOUZON, 2000, p. 27/28.

¹³² ALBERGARIA, 2011, p. 20.

¹³³ ALBERGARIA, 2011, p. 21.

¹³⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 22.

¹³⁵ MACIEL, 2011, p. 55.

Outro conjunto de leis descoberto foi o chamado Código de Lipit-Ishtar, do rei Lipit-Ishtar, quinto monarca da dinastia de Isin. Esse instrumento normativo data de aproximadamente de 1870 a.C.¹³⁶

Assim como os outros códigos, o de Lipit-Ishtar traz no prólogo uma propaganda real e, em sequência, uma série de regramentos de ordem cível-comercial e penal, tendo sido considerado o segundo código mais antigo já encontrado.¹³⁷

O Código de Hammurabi foi descoberto pelo francês J. de Morgan entre dezembro de 1901 e janeiro de 1902, mas a tradução e a divisão da estela tal qual se encontra atualmente foi feita por Vincent Scheil, em 1902.¹³⁸

O conjunto de leis de Hammurabi data de aproximadamente 1694 a.C., tendo sido grafado com caracteres cuneiformes em um bloco monolítico (estela). Atualmente está exposto no museu do Louvre, em Paris, França.¹³⁹

Westbrook, citado por Fitzpatrick-Mckinley, afirma que o “código” de Hammurabi não pode se equiparar a um código de leis moderno, pois “os estudiosos reconhecem que os códigos [antigos] contêm muitas contradições, inconsistências e lacunas...”, não se identificando com os códigos modernos.¹⁴⁰

Hammurabi, filho do rei Sin-muballit, foi o sétimo rei da Babilônia. Reinou entre 1728 e 1686 a.C., aproximadamente, poderoso a ponto de unificar a Mesopotâmia, firmando alianças entre os semitas e os sumérios, alargando suas fronteiras e se tornando uma espécie de “rei do mundo”,¹⁴¹ como afirma Bouzon:

Hammurabi, contudo, não foi, apenas, um grande conquistador, um estrategista excelente, um rei poderoso. Ele foi, antes de tudo, um exímio administrador. Seus trabalhos de regulação do Eufrates e a construção e a conservação de canais para a irrigação e para a navegação incrementaram enormemente a produção agrícola e o comércio... Uma de suas primeiras preocupações foi, contudo, a implantação do direito e da ordem no país, fundamento da unidade interna do reino.¹⁴²

Hammurabi mantinha correspondência contínua com seus governadores e procurava centralizar em suas mãos todos os negócios do reino, sendo possível, em

¹³⁶ MIES, 2006, p. 23.

¹³⁷ ALBERGARIA, 2011, p. 25.

¹³⁸ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Código de Hammurábi; O manual dos inquisidores; A lei das XII tábuas; A lei do talião*. São Paulo: Rideel, 2006. p. 7.

¹³⁹ MACIEL, 2011, p. 56.

¹⁴⁰ FITZPATRICK-MCKINLEY, 1999, p. 82.

¹⁴¹ GUIMARÃES, 2006, p. 7.

¹⁴² BOUZON, 1992, p. 20.

último grau, recorrer a ele no caso de litígio judicial.¹⁴³ Investiu na construção de templos religiosos e na boa aparência urbanística da Babilônia.¹⁴⁴

No preâmbulo do seu código, como em outros de que tratamos, há uma espécie de propaganda positiva do rei Hammurabi, promovendo sua imagem e legitimando a criação da norma pela inspiração divina,¹⁴⁵ como se lê neste trecho da apresentação:

Quando Anum, o sublime, rei dos Anunnaki, e Enlil, senhor do céu e da Terra, que determina o destino do mundo, deram a Marduk, o todopoderoso filho de Ea, deus de tudo o que é direito, o domínio sobre a humanidade [...]; então, Anum e Enlil chamaram por meu nome, Hammurabi, o príncipe excelso, que teme aos deuses, para trazer a justiça na Terra [...] Quando o deus Marduk concedeu-me o poder de fazer justiça aos povos, de conduzi-los pelo bom caminho, eu o fiz de forma justa e correta e trouxe o bem-estar aos povos.¹⁴⁶

As leis do Código de Hammurabi se fundamentam no código de talião, em que o ilícito era retribuído de forma equivalente.¹⁴⁷

Os 282 artigos da legislação de Hammurabi trata de temas da esfera penal, do falso testemunho (artigo 1 ao 5), da propriedade (artigo 6 ao 126), da família e sucessões (artigo 127 ao 195), de normas criminais específicas quanto à lesão corporal (artigo 196 ao 214), de responsabilidade profissional em geral e especificamente do trabalho de médicos, veterinários, barbeiros, padeiros e barqueiros (artigo 215 ao 240), das regras para fixação de preços e salários (artigo 241 ao 277) e, finalmente, das determinações acerca da posse e propriedade de escravos (artigo 278 ao 282).¹⁴⁸

A pena de morte presente na Torah se mostra mais evidente no Código de Hammurabi, exemplificada pela norma ali disposta: “Se alguém comete roubo e é preso, ele é morto”. Essa disposição do artigo 22 da lei de Hammurabi define a pena de morte como punição até mesmo para alguns casos de lesão patrimonial.¹⁴⁹

Em razão do grande desenvolvimento econômico motivado pelas relações mercantis, a legislação de Hammurabi previu, já naquele tempo, regras acerca dos contratos, como no caso da compra e venda à vista e a prazo, do arrendamento, do

¹⁴³ ALBERGARIA, 2011, p. 27.

¹⁴⁴ GUIMARÃES, 2006, p. 8.

¹⁴⁵ ALBERGARIA, 2011, p. 28.

¹⁴⁶ GUIMARÃES, 2006, p. 14.

¹⁴⁷ ALBERGARIA, 2011, p. 29.

¹⁴⁸ BOUZON, 1992, p. 29.

¹⁴⁹ GUIMARÃES, 2006, p. 19.

depósito, do empréstimo a juros e dos títulos de crédito à ordem, prevendo o reembolso ao portador.¹⁵⁰

Tal qual no início da obra, o rei Hammurabi se despede em seu código com uma autopromoção¹⁵¹:

[...] Uma lei de direito, estatuto piedoso ele ensinou à Terra. Hammurabi, o rei protetor, sou eu. [...] Os grandes deuses me chamaram, sou o pastor que traz a salvação, cujo bordão é ereto, a boa sombra que se espalha sobre minha cidade. [...] Para que o forte não prejudique o mais fraco, a fim de proteger as viúvas e os órfãos, ergui a Babilônia, a cidade onde Anu e Bel reinam poderosos, no Esagila, o Templo, cujas fundações são tão firmes quanto o céu e a terra, para falar de justiça a toda Terra, para resolver todas as disputas e sanar todos os ferimentos, elaborei estas palavras preciosas, escritas sobre meu memorial de pedra, ante minha imagem, como rei de tudo o que é certo e direito.¹⁵²

O Código de Hammurabi deixa claro que, embora o rei tenha sido agraciado pelos deuses, a lei é criação do intelecto humano, diferentemente da Torah, que concede a autoria de suas normas a Deus, sendo o homem apenas instrumento da ordenança divina.¹⁵³

A legislação contida na Torah provavelmente sofreu influência da legislação mesopotâmica e a lei de talião presente no Código de Hammurabi e no Pentateuco seria uma pista para demonstrar tal ligação. Outro fato importante narrado no livro do Êxodo surge quando Jetro, sogro de Moisés, orientou o genro na escolha de anciãos para auxiliarem no julgamento das demandas: Jetro não era judeu e provavelmente trouxe essa experiência de outra nação.¹⁵⁴

O caráter seminômade do povo hebreu teria justificado a influência de outras nações, sendo que inegavelmente “suas idas e vindas à Palestina o colocaram em contato com outras civilizações.”¹⁵⁵ Sobre a influência da norma babilônica diz Levinson:

Apesar da alegação de autores israelitas para a origem divina das coleções legais, os vestígios arqueológicos do antigo Oriente Próximo descaracterizam a noção de que a lei tenha surgido do nada. O Oriente Próximo legou ao antigo Israel um gênero literário de prestígio, a imposição legal, que se originou nas escolas de escribas no final do terceiro milênio e

¹⁵⁰ MACIEL, 2011, p. 58.

¹⁵¹ ALBERGARIA, 2011, p. 28.

¹⁵² GUIMARÃES, 2006, p. 56.

¹⁵³ FACCIOLLA, 2005, p. 14.

¹⁵⁴ FACCIOLLA, 2005, p. 12.

¹⁵⁵ FACCIOLLA, 2005, p. 13.

depois se espalhou do Crescente Fértil através da Babilônia e Assíria na Anatólia e o império hitita.¹⁵⁶

Respeitados as particularidades de cada legislação e os usos e costumes de cada povo, particularmente no que se refere às respectivas religiões – politeísta, uma, e monoteísta, outra – não há como negar que grande parte das normas da Mesopotâmia, especialmente o Código de Hammurabi, guarda semelhanças com a legislação disposta na Torah.¹⁵⁷

1.4 A TORAH

A pesquisa das normas de Direito Hebraico é uma tarefa árdua. É preciso coletar os elementos jurídicos ao longo do texto da Torah, conforme Souza:

Devido a Tanakh não ser um livro jurídico, embora trate de legislação, códigos e aplicação de leis, o estudo do direito hebraico consiste em um tipo de garimpagem ao longo de seus relatos, numa tentativa de reconstituição de um sistema jurídico em suas diferentes formas resultantes de transformações sociais e políticas ocorridas ao longo de vinte séculos da história de Israel.¹⁵⁸

A Torah apresenta um conjunto normativo de 613 ordenanças.¹⁵⁹ Segundo Moshé Ben Maimon,¹⁶⁰ existem 248 preceitos positivos dispostos na Torah, que representam os membros do corpo humano. Já os preceitos negativos, correspondentes aos dias do calendário solar, são 365.¹⁶¹

As regras estabelecidas na Torah, diferentemente dos códigos e legislações contemporâneos, como os códigos de Hammurabi, de Ur-Nammu e Eshnumma,¹⁶²

¹⁵⁶ LEVINSON, 2008, p. 23. Tradução.

¹⁵⁷ FACCIOLLA, 2005, p. 14.

¹⁵⁸ WOLKMER, 2010, p. 59.

¹⁵⁹ FACCIOLLA, Branca Lescher. *A Lei de Moisés: Torá: como fonte de Direito*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 15.

¹⁶⁰ Ben Maiomon – Moisés Maimônides, nascido em Córdoba, no dia 30 de março de 1135 ou 1137/1138 — faleceu no Egito, em 13 de dezembro de 1204, também conhecido pelo acrônimo Rambam, foi um filósofo, religioso, codificador rabínico e médico.

¹⁶¹ MAIMON, Moshé Ben. Tradução: NAHAÏSSI, Giuseppe. *Os 613 Mandamentos*. São Paulo: Nova Stella, 1990. p. 76

¹⁶² ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

não se dispõem de forma linear, sincrônica. Ao contrário, se apresentam de maneira esparsa por todos os livros que a compõem.

O conjunto normativo constante da Torah é apresentado com caráter divino, sem dissociação entre religião e direito, inexistindo, assim, “diferença entre norma moral, religiosa ou jurídica”.¹⁶³

Nesse sentido, Halbe *apud* Fitzpatrick-Mckinley¹⁶⁴ pondera que as normas jurídicas foram inseridas em um conjunto preexistente de leis sagradas, refletindo as mudanças socioeconômicas daquele período.

Fitzpatrick-Mckinley, por sua vez, destaca que autores como Otto, Crüsemann e Schwienhorst-Schonberger consideram a existência prévia de uma norma secular, tendo sido posteriormente acrescentada a norma sagrada à base primitiva.¹⁶⁵

Para Otto, citado por Fitzpatrick-Mckinley:

Ao invés de estar vendo o processo como um em que a lei profana é incorporada em um corpo já existente de lei sacral, a lei israelita se desenvolve a partir de uma base secular para uma base fundada na vontade de Yhwh. O impulso para esse desenvolvimento tem a visão de forjar uma crise de legitimação jurídica, resultado da crescente heterogeneidade social no Israel monárquico.¹⁶⁶

As normas, preceitos e regras jurídicas constituem uma espécie de resposta social a uma necessidade coletiva. Crüsemann, citado por Fitzpatrick-Mckinley, afirma que “a ausência de legislação indica a ausência de uma instituição social”.¹⁶⁷

Os preceitos de ordem positiva e negativa estabelecidos pela Torah (uma espécie de obrigação de fazer e não fazer no Direito moderno) podem ser subdivididos por temas.¹⁶⁸

O que Maimon denominou normas positivas e negativas, Albrecht Alt, em *The origins of Israelite Law*¹⁶⁹ (A origem das leis de Israel), classificou como leis apodíticas e casuísticas. Apodíticas são as normas que se apresentam de forma categórica, definindo o certo e o errado, o que se pode ou não fazer. Já as normas

¹⁶³ ALBERGARIA, 2011, p. 53.

¹⁶⁴ FITZPATRICK-MCKINLEY, Anne. *The transformation of Torah from scribal advice to law*. England: Sheffield Academic Press, 1999. p.30.

¹⁶⁵ FITZPATRICK-MCKINLEY, 1999, p. 30.

¹⁶⁶ FITZPATRICK-MCKINLEY, 1999, p. 30. (traduzido)

¹⁶⁷ FITZPATRICK-MCKINLEY, 1999, p. 38. (traduzido)

¹⁶⁸ MAIMON, 1990, p. 77, 185.

¹⁶⁹ Albrecht Alt teve seu ensaio “The Origins of Israelite Law” (A Origem das Leis de Israel) publicado em 1953, sendo sua obra de referência para o estudo do código de leis hebraicas antigas.

casuísticas não são taxativas e generalizadas, ao contrário, definem casos específicos, estabelecendo uma consequência jurídica.¹⁷⁰

O regramento no corpo da Torah, tendo como base um modelo semiótico, não pode ser entendido como lei.¹⁷¹ Primeiramente em virtude de o direito semiótico moderno¹⁷² exigir a comunicação da norma de forma escrita; em segundo lugar, pelo fato de os julgadores não serem letrados; e finalmente, pela inexistência de toda evidência de que os textos da Tanakh detinham caráter de obrigatoriedade.

As ordenanças sobre a crença em Deus, o santuário, a purificação, os dízimos e as doações, os festivais, a ética do Estado, os deveres para com os semelhantes, as obrigações com a família, as leis criminais e o direito de propriedade são temas abordados pelos preceitos positivos.¹⁷³

Munido de visão ocidentalizada e secular, Souza subdivide o conjunto normativo da Torah em leis da administração da justiça, relações civis, crimes e punições.¹⁷⁴ Já Giordani, dotado de viés positivista e restritivo, subdivide as leis da Torah, classificando-as em normas de direito civil e comercial e regras de Direito Penal.¹⁷⁵

Nas normas de administração da justiça, há determinações como o dever de obediência ao Grande Tribunal, cujas decisões deveriam ser respeitadas por todos, independentemente de serem fundamentadas na tradição ou na lei: “Agirás segundo a instrução que te derem e de acordo com a sentença que te anunciarem”.¹⁷⁶

O Pentateuco e demais livros que compõem a Tanakh dão conta da existência de tribunais primários compostos por juízes que atuavam junto aos anciãos locais. Na cidade de Jerusalém, havia o Tribunal Superior (Grande Tribunal), uma espécie de segunda e última instância.¹⁷⁷

Embora não estejam explícitas as regras processuais para a atuação da justiça, alguns princípios norteavam o processo, como a igualdade entre as partes demandantes, as regras acerca do testemunho.¹⁷⁸

¹⁷⁰ WOLKMER, 2010, p. 61.

¹⁷¹ FITZPATRICK-MCKINLEY, 1999, p. 87.

¹⁷² Direito semiótico moderno, segundo FITZPATRICK-MCKINLEY, refere-se à significação de Lei para o Direito Moderno.

¹⁷³ MAIMON, 1990, p. 77.

¹⁷⁴ WOLKMER, 2010, p.69.

¹⁷⁵ GIORDANI, 2001, p. 237.

¹⁷⁶ MAIMON, 1990, p. 155.

¹⁷⁷ WOLKMER, 2010, p. 63.

¹⁷⁸ GIORDANI, 2001, p. 237.

A isonomia entre as partes perante as normas também se configura como determinação positiva, em que os juízes deveriam julgar o próximo com justiça, não podendo “permitir a uma pessoa que diga tudo o que quiser e ordenar a outra que seja breve”.¹⁷⁹ O dever de tratamento igualitário não deve ser seguido apenas pelos juízes nomeados, mas por todos os homens conhecedores da Lei.¹⁸⁰ Na organização judiciária de Israel existiam tribunais locais, compostos por juízes especiais, em conjunto com os anciãos locais, uma espécie de primeira instância nos dias atuais, enquanto em Jerusalém havia um Tribunal Superior composto por levitas e sacerdotes.¹⁸¹

Nesse sentido, Fitzpatrick-Mckinley cita o Livro de Deuteronômio:

Estabelecerás juízes e magistrados nas tribos, em todas as cidades que o Senhor teu Deus te houver dado, para que julguem o povo com justiça. Não deturpes o direito, não faças discriminação de pessoas, nem aceites suborno, pois o suborno cega os olhos dos sábios e corrompe as palavras dos justos. Segue estritamente a justiça, e assim viverás e possuirás a terra que o Senhor teu Deus te dá. (Dt 16,18-20).¹⁸²

As ordenações positivas acerca da testemunha demonstram que a Torah estabeleceu minuciosamente obrigações e cuidados quanto a essa espécie probatória. Inicialmente se estabelece que todos têm o dever de testemunhar, sendo obrigados “a dar ao Tribunal toda e qualquer prova que tiverem, quer ela arruíne a pessoa julgada ou salve sua vida ou seu dinheiro”.¹⁸³

Cabia aos julgadores investigar os depoimentos prestados pelas testemunhas e apreciá-los com acuidade, antes de decidirem. Verificando-se, porém, que o testemunho prestado era falso, deveria a testemunha ser condenada com a pena que seria aplicada por força do seu depoimento:

Se a testemunha for uma testemunha falsa, e tiver caluniado seu irmão, então vós a tratareis conforme ela própria maquinava tratar o seu próximo. Deste modo extirparás o mal do teu meio, para que os outros ouçam, fiquem com medo, e nunca mais tornem a praticar semelhante mal no meio de ti.¹⁸⁴

¹⁷⁹ MAIMON, 1990, p. 156.

¹⁸⁰ MAIMON, 1990, p. 156.

¹⁸¹ WOLKMER, 2010, p. 62.

¹⁸² FITZPATRICK-MCKINLEY, 1999, p. 87.

¹⁸³ MAIMON, 1990, p. 157.

¹⁸⁴ MAIMON, 1990, p. 157.

Muito embora a prova testemunhal tivesse que ser analisada com bastante cuidado, essa espécie probatória tinha importância processual vital, sendo imprescindível, por exemplo, para a aplicação da pena capital na hipótese de homicídio voluntário.¹⁸⁵

A Torah apresenta ordenações cíveis que tratam da segurança doméstica, buscando eliminar perigos nas moradias. Por essa determinação, todos estavam compelidos a eliminar os obstáculos e possibilidades de risco dos lugares onde viviam, devendo edificar parapeitos nos telhados, poços e fossos, para que ninguém caísse deles ou neles.¹⁸⁶

Direitos e obrigações trabalhistas eram tratados pelas determinações positivas que estabeleciam, por exemplo, o pagamento dos soldos dos empregados no mesmo dia, sem adiamento.¹⁸⁷ Assim, era dever do empregador permitir que o empregado comesse do objeto do seu trabalho, dispendo a lei que “quando entrares na vinha do teu companheiro poderás comer uvas... quando entrares na seara do teu companheiro, poderás colher espigas com a tua mão”.¹⁸⁸

As ordenações acerca do casamento também estão previstas no rol das obrigações, segundo as quais a mulher seria desposada em uma cerimônia de compromisso marcada pela entrega do dote ou por meio de uma certidão de consagração.¹⁸⁹

Segundo Souza, as ordenações acerca do casamento se subdividem em duas etapas: o noivado e as núpcias. O período de contrato ou noivado era similar a uma transação comercial, em que o pretendente pagava ao pai ou ao representante da noiva o *mohar*,¹⁹⁰ assegurando seu direito à noiva. O casamento ou as núpcias se davam como transação oral, presenciada por toda a comunidade, que funcionava como testemunha do ato.¹⁹¹

Outras determinações matrimoniais estão dispostas na Torah, como o dever do marido de permanecer no país, sem se ausentar ou assumir compromisso

¹⁸⁵ GIORDANI, 2001, p. 238.

¹⁸⁶ MAIMON, 1990, p. 158.

¹⁸⁷ MAIMON, 1990, p. 165.

¹⁸⁸ MAIMON, 1990, p. 165.

¹⁸⁹ MAIMON, 1990, p. 170.

¹⁹⁰ Segundo Ze'ev Falk, o *mohar*, para alguns eruditos, era o preço da noiva, enquanto que para outros, tratava-se de uma compensação para o *traditio puellae* retomada mais tarde em forma de dote. *Hebrew Law in Biblical Times*, p. 137 *apud* WOLKMER, 2010, p. 67.

¹⁹¹ WOLKMER, 2010, p. 67.

semelhante durante um ano inteiro, a contar do dia do casamento;¹⁹² a lei do levirato, pela qual o homem deverá tomar por esposa a viúva de seu irmão, quando este tiver morrido sem deixar descendentes;¹⁹³ a obrigatoriedade do casamento na hipótese de o homem deflorar a mulher, ficando impedido de se divorciar dela, estabelecendo-se que “Ihe será por mulher, porquanto a afligiu, e não a poderá despedir por todos os seus dias”.¹⁹⁴ Do mesmo modo, aquele que difamasse a esposa, além de açoitado, seria compelido a permanecer com ela por todos os seus dias.¹⁹⁵ Até mesmo o divórcio, tabu há algumas décadas, está retratado pela Torah, exigindo-se do marido um libelo de repúdio por escrito.¹⁹⁶

Quando um homem tiver tomado uma mulher e consumado o matrimônio, mas esta, logo depois, não encontrar mais graça a seus olhos, porque viu nela algo de inconveniente, ele Ihe escreverá então uma ata de divórcio e a entregará, deixando-a sair de sua casa em liberdade.¹⁹⁷

Verifica-se, portanto, grande preocupação em legislar sobre o casamento e a relação familiar, prevendo-se mesmo a mera suspeita de adultério feminino,¹⁹⁸ o casamento de uma serva hebreia com seu senhor ou com o filho deste,¹⁹⁹ além de outras questões de direito de família.

Ainda na esfera do direito privado, os delitos contra a propriedade, via de regra, eram punidos com penas pecuniárias.²⁰⁰ O Pentateuco contém uma série de normas de direito patrimonial, prevendo situações de reparação de dano causado por um boi. A pena variava de acordo com a pessoa ferida pelo animal, acarretando desde a punição com a morte (casos excepcionais) até a reparação em moedas de prata.²⁰¹ Também era obrigatória a indenização em desfavor de quem abrisse um buraco ou um poço e nele caísse um boi ou um jumento,²⁰² assim como quem causasse prejuízos pelo fogo,²⁰³ etc.

¹⁹² MAIMON, 1990, p. 171.

¹⁹³ WOLKMER, 2010, p. 67.

¹⁹⁴ MAIMON, 1990, p. 172.

¹⁹⁵ MAIMON, 1990, p. 172.

¹⁹⁶ GIORDANI, 2001, p. 236.

¹⁹⁷ MAIMON, 1990, p. 173.

¹⁹⁸ MAIMON, 1990, p. 173.

¹⁹⁹ MAIMON, 1990, p. 175.

²⁰⁰ GIORDANI, 2001, p. 238.

²⁰¹ MAIMON, 1990, p. 177.

²⁰² MAIMON, 1990, p. 177.

²⁰³ MAIMON, 1990, p. 178.

Para Neusner, as normas objetivavam proteger o patrimônio de danos causados por pessoas direta ou indiretamente. O direito civil, sob a ótica de Neusner, privilegia a propriedade e a reparação do dano ao lesado, buscando, na medida do possível, a restauração patrimonial ou, não sendo esta possível, a aplicação de pesadas multas ao infrator.²⁰⁴

Até mesmo o direito sucessório está presente nas ordenações da Torah: morrendo um homem sem deixar filhos, sua herança deveria ser transmitida às suas filhas.²⁰⁵

Entre as normas de caráter penal está a criação de cidades-refúgios para o exílio daqueles que cometem homicídio involuntário (homicídio culposo, na linguagem contemporânea), ficando estabelecido que o homicida jamais poderia sair da cidade, devendo até mesmo nela ser enterrado.²⁰⁶

Ainda na esfera criminal, encontramos as seguintes penalidades: pena de execução com espada para transgressores,²⁰⁷ condenação por estrangulamento,²⁰⁸ pena de morte por meio de fogo²⁰⁹ e por apedrejamento.²¹⁰ Em alguns casos, após a execução, o corpo deveria ser pendurado e exposto.²¹¹ Outros preceitos positivos de caráter penal como a lesão corporal previam a reciprocidade de direito do ofendido, estabelecendo que “conforme ele fez, assim lhe será feito”.²¹² A conhecida Lei de Talião.

Hyman E. Goldin, em *Crime and punishment in the Ancient World* apud Wolkmer subdivide as penas de caráter penal encontradas na Torah em: crimes puníveis com a morte, pelo Karet (eliminação), pelo banimento, pela flagelação (Dt. 25: 1-3), pela *lex talionis*, pela escravidão e com o pagamento de multa.²¹³

Os preceitos positivos somam 248 regras norteadoras de conduta e destinadas a todos ou a grupos específicos, gerando sempre a obrigação de fazer algo.²¹⁴

²⁰⁴ NEUSNER, 2003, p. 3.

²⁰⁵ WOLKMER, 2010, p. 68.

²⁰⁶ MAIMON, 1990, p. 173.

²⁰⁷ MAIMON, 1990, p. 174.

²⁰⁸ MAIMON, 1990, p. 174.

²⁰⁹ MAIMON, 1990, p. 174.

²¹⁰ MAIMON, 1990, p. 174.

²¹¹ MAIMON, 1990, p. 175.

²¹² MAIMON, 1990, p. 176.

²¹³ WOLKMER, 2010, p. 71.

²¹⁴ MAIMON, 1990, p. 181.

Os preceitos negativos se apresentam como obrigação de não fazer, tratando de temas como idolatria, deveres para com Deus, oferendas, proibições alimentares, cultivo da terra, deveres para com os semelhantes, os pobres e os empregados, a autoridade da corte de justiça, os festivais, leis do casamento e a ética dos governantes, tudo isso dividido em 365 ordenanças.²¹⁵

Ao contrário dos preceitos positivos, que impõem a obrigatoriedade de se adotar determinado comportamento, ou seja, o dever de agir, os preceitos negativos evidenciam-se pelo uso do vocábulo “não”, estabelecendo como regra o dever de não fazer ou praticar determinada conduta.²¹⁶

As ordenanças no tocante à abstenção de fazer algo abarcam temas relacionados até mesmo aos usos e costumes, estabelecendo, por exemplo, que a mulher não deveria utilizar-se de vestes ou adornos masculinos e, inversamente, o homem não poderia usar roupas e adornos femininos. A penalidade para tais delitos de caráter religioso era tornarem-se os infratores abomináveis perante Deus. A mulher, dependendo da região, estava sujeita ao açoitamento.²¹⁷

A Torah também proibia que se fizessem marcas no corpo, que se raspassem os cabelos das têmporas, que raspassem a barba, que se fizessem cortes na pele, etc., por tais práticas remeterem ao *modus vivendi* de outras nações.²¹⁸

O instituto do casamento também estava sujeito a imposições negativas pela Torah. Inúmeras são as vedações acerca do matrimônio, entre elas a de casar com homem amonita ou moabita, sob pena de açoitamento do casal.²¹⁹

A legislação contida no Pentateuco preocupou-se excessivamente com a pureza da raça, limitando o casamento a comungantes de credo e descendência, e vedando o matrimônio com indivíduos dos povos vizinhos. A norma estabelecia, quando fossem conquistadas as terras prometidas: “Não contrairás matrimônios com elas, não darás a tua filha a um de seus filhos, nem tomarás uma de suas filhas para teu filho”.²²⁰

Essa prática estava associada à obrigação imposta a cada membro do grupo de manter sua integridade, ou seja, preservar a força do grupo familiar pela

²¹⁵ MAIMON, 1990, p. 185.

²¹⁶ MAIMON, 1990, p. 188.

²¹⁷ MAIMON, 1990, p. 211.

²¹⁸ MAIMON, 1990, p. 213.

²¹⁹ MAIMON, 1990, p. 216.

²²⁰ MAIMON, 1990, p. 216.

endogamia, sistema em que o sucessor poderia reivindicar o patrimônio – inclusive concubinas e esposas – de seu predecessor.²²¹

Além das regras gerais acerca do matrimônio, a lei preocupou-se em regulamentar esse instituto a um grupo bem específico, os sacerdotes, ficando vedada a essa casta o casamento com prostitutas, profanas e divorciadas.²²² O sumo sacerdote (*conhen gadol*), além de observar as restrições matrimoniais impostas aos sacerdotes, não podia se casar com viúva.²²³

No que tange à ordem trabalhista, os preceitos negativos previstos na Torah vedavam abusos dos empregados, como comer das plantações em crescimento e servir-se demasiadamente do produto de seu labor.²²⁴ Por outro lado, a mesma norma estabelecia que o empregador não podia oprimir o empregado, atrasando o salário: “Não ficará a paga de um jornaleiro contigo até pela manhã”;²²⁵ “no seu dia, lhe pagarás a sua diária, e isto o farás antes do pôr-do-sol”.²²⁶

A usura foi outro objeto de regulamentação, ficando vedado o empréstimo a juros: “Teu dinheiro não lhe darás com lucro (*neshekh*), e com usura (*marbit*) não lhe darás tua comida”.²²⁷

Giordani afirma que tanto a usura quanto a garantia com penhor deveriam obedecer a um elevado padrão de clemência.²²⁸

A lei hebraica proibia que se invadisse a casa do inadimplente para lhe tomar um bem em penhor, exceto se houvesse autorização de um juiz. Nesse caso o bem poderia ser tomado por intermédio de um emissário.²²⁹ Se o objeto do penhor fosse de necessidade do proprietário/devedor, deveria ser ressarcido, devendo ser devolvido durante o dia, se o artigo fosse usado no período diurno, e de noite, se o uso se desse no período noturno.²³⁰

Outras regras comerciais e de relação de consumo proibiam a alteração das demarcações com as terras vizinhas (de maneira que se pleiteasse a terra alheia),²³¹

²²¹ WOLKMER, 2010, p. 66.

²²² MAIMON, 1990, p. 261.

²²³ MAIMON, 1990, p. 262.

²²⁴ MAIMON, 1990, p. 311.

²²⁵ MAIMON, 1990, p. 299.

²²⁶ MAIMON, 1990, p. 299.

²²⁷ MAIMON, 1990, p. 297.

²²⁸ GIORDANI, 2001, p. 237

²²⁹ MAIMON, 1990, p. 299.

²³⁰ MAIMON, 1990, p. 300.

²³¹ MAIMON, 1990, p. 303.

a negação de dívidas e o engodo em negócios de compra e venda:²³² “Não terás no teu bolso pesos diversos, um grande e um pequeno”.²³³

A Torah dedicou amplo número de preceitos negativos ao trato do juiz e do tribunal. Havia a norma genérica de o juiz buscar a aplicação da justiça (“Não fareis injustiça no juízo”)²³⁴ e normas específicas acerca da função. O juiz não podia, por exemplo, aceitar presentes de uma das partes: “E suborno não tomes”.²³⁵ Nesse sentido, Fitzpatrick-Mckinley cita o seguinte trecho de 2 Crônicas:

Cuidado com o que você faz: vocês estão lá como juízes, para agradar não ao homem, mas ao Senhor, que está com vocês quando vocês julgam. Deixem que o temor do Senhor esteja com vocês, então; tomem cuidado com o que fazem, porque o Senhor nosso Deus não vai tolerar a injustiça, parcialidade ou suborno (2 Cr. 19,5-7).²³⁶

Regras processuais claras sobre a conduta do juiz foram abrangidas pelos preceitos negativos, proibindo-se que o juiz protegesse um dos litigantes, independentemente da condição social do demandante.²³⁷ A decisão judicial não podia ser fundada na piedade do pobre, do prosélito e do órfão.²³⁸ Além disso, o juiz não podia ouvir uma das partes na ausência da outra, considerando-se que nesse caso o litigante ouvido não diz a verdade.²³⁹ Também não podia distorcer o julgamento contra alguém de má reputação,²⁴⁰ devendo pautar sua decisão nas provas produzidas.

A Torah vedava a designação do juiz inculto, considerando cultos aqueles conhecedores da sabedoria da Torah,²⁴¹ não podendo o juiz se omitir no pronunciamento de um julgamento justo por medo de sofrer agressão da parte sucumbente.²⁴²

A Torah determinava que o tribunal não poderia condenar por maioria de apenas um quando se tratasse de caso capital. Assim, havendo divisão no

²³² MAIMON, 1990, p. 304.

²³³ MAIMON, 1990, p. 312.

²³⁴ MAIMON, 1990, p. 313.

²³⁵ MAIMON, 1990, p. 313.

²³⁶ FITZPATRICK-MCKINLEY, 1999, p. 87.

²³⁷ MAIMON, 1990, p. 313.

²³⁸ MAIMON, 1990, p. 314.

²³⁹ MAIMON, 1990, p. 315.

²⁴⁰ MAIMON, 1990, p. 314.

²⁴¹ MAIMON, 1990, p. 317.

²⁴² MAIMON, 1990, p. 314.

posicionamento dos juízes, não se poderia condenar alguém à morte sem maioria de dois ou mais.²⁴³

Havia muitas outras disposições negativas acerca das testemunhas, a ponto de haver previsão nos dez mandamentos, a espinha dorsal das demais leis da Torá.²⁴⁴ Há evidente preocupação do texto normativo do Pentateuco no tocante ao falso testemunho, não podendo o juiz aceitar o testemunho do homem mau, injusto e ladrão, para que este não subvertesse os fatos e causasse dano a alguém.²⁴⁵ Do mesmo modo e pela mesma razão, o juiz não poderia admitir o testemunho de parente de uma das partes.²⁴⁶

O processo legal previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1.215 e ao art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem,²⁴⁷ está esboçado nos preceitos negativos da Torah quanto ao julgamento do homicida. O texto legal judaico vedou a possibilidade de matar alguém que cometesse algum crime punível com pena de morte sem prévio julgamento: “Não morrerá o homicida antes de ser apresentado diante da congregação para o julgamento.”²⁴⁸

Na esfera criminal, a Torah estabelece ordenações negativas no tocante ao roubo, proibindo “tomar abertamente pela força e violência qualquer coisa a que não tenhamos direito”, e punindo tal delito de forma variada, dependendo de ter havido ou não restituição.²⁴⁹ Quanto ao furto, limitado a dinheiro, a lei obrigava o infrator a restituir em dobro, quádruplo ou quántuplo a quantia subtraída.²⁵⁰

O decálogo previu, também no âmbito criminal, o “não matarás”, um dos preceitos negativos da Torah.²⁵¹ Entretanto, havia uma espécie de excludente de ilicitude no texto jurídico hebraico quando se tratava de crime cometido sob coação.²⁵²

Por fim, entre os preceitos negativos, destaca-se a prescrição de grande quantidade de obrigações referentes ao comportamento sexual. Estão previstos o

²⁴³ MAIMON, 1990, p. 316.

²⁴⁴ FACCIOLLA, 2005, p.15.

²⁴⁵ MAIMON, 1990, p. 317.

²⁴⁶ MAIMON, 1990, p. 318.

²⁴⁷ MORAES, 2003. p. 25-26.

²⁴⁸ MAIMON, 1990, p. 320.

²⁴⁹ MAIMON, 1990, p. 302.

²⁵⁰ MAIMON, 1990, p. 302.

²⁵¹ MAIMON, 1990, p. 318.

²⁵² MAIMON, 1990, p. 321.

incesto com pai, mãe, irmã, filhos, netos, tios e noras/genros, a relação sexual com enteados, cunhada e tios por afinidade, bem como a proibição de se deitar com mulher menstruada, a relação sexual com animais e de homem com homem.²⁵³ Em meio a tantos óbices de ordem sexual, destaca-se: “E com a mulher de teu companheiro não te deitarás para dar sêmen”. A violação a essa regra acarretava punições gravíssimas: o apedrejamento, se a mulher fosse noiva; se fosse filha de sacerdote, deveria morrer queimada e o homem, estrangulado; se filha de israelita, ela e o homem morreriam estrangulados.²⁵⁴

Não estão transcritas aqui todas as ordenações positivas e negativas contidas na Torah, tampouco se criticam ou justificam as normas apontadas, por não ser esse o objeto deste trabalho. O que se evidencia dos preceitos aqui lançados é que a legislação do Pentateuco não se resume a um conjunto de obrigações e restrições, antes introduzindo um compêndio de direito.²⁵⁵

1.5 O CRISTIANISMO E O LEGADO DA TORAH

A religião judaica influenciou grandemente na sociedade atual, em especial por meio do cristianismo, religião predominante no Ocidente.²⁵⁶

De acordo Drapkin, em *The ancient hebrew criminal law*, a Mesopotâmia se destacou por ter desenvolvido o sistema de irrigação, o Egito construiu grandiosos monumentos e exuberantes cidades, a Suméria legou a roda e a escrita cuneiforme, a Cananeia forneceu o alfabeto, já os judeus “legaram ao mundo o conceito de um Deus invisível, intangível e que se relaciona com a humanidade mediante um sistema de leis”.²⁵⁷

Acerca do legado do antigo Israel, afirma Leonel Mello:

O Judaísmo exerceu, também, grande influência no surgimento de duas outras religiões monoteístas: o Cristianismo e o Islamismo. O lavé dos

²⁵³ MAIMON, 1990, p. 333/339.

²⁵⁴ MAIMON, 1990, p. 338.

²⁵⁵ FACCIOLLA, 2005, p. 17.

²⁵⁶ GIORDANI, 2001, p. 254.

²⁵⁷ WOLKMER, 2010, p. 74.

judeus é cultuado, entre os cristãos, com o nome de Jeová e adorado pelos maometanos com o nome de Alá.²⁵⁸

Sem a Tanakh não existiria cristianismo. Os textos bíblicos, desde os primórdios, eram interpretados e lidos pelas comunidades cristãs como sagrados. Zenger afirma que “textos bíblicos foram normativos e formativos da existência cristã no seguimento de Jesus”.²⁵⁹

Mesmo os evangelhos e as cartas apostólicas de origem cristã firmam-se em fatos e argumentos presentes nas escrituras judaicas. É certo que no séc. II d.C. movimentos isolados buscaram negar a bíblia judaica, todavia tais movimentos, como o de Marcião,²⁶⁰ foram rechaçados pela Igreja, que reconhecia a importância do Velho Testamento para a formação da identidade cristã.²⁶¹

Crüsemann, em tom mais crítico, assevera que a Torah é aplicável e ao mesmo tempo não se aplica ao Cristianismo, sendo que “toda referência cristã à Torá tinha e tem por isso sempre traços ecléticos”.²⁶²

Assim, da parte cristã, foi assumida sobretudo a parte inicial da Torá, o Decálogo, que foi separado do restante. ... Também, em outras partes, a arbitrariedade no manejo da Torá é espantosa, e sobretudo orientada por determinados interesses. Assim, por exemplo, o mandamento do amor ao próximo (Lv 19,18) torna-se central no Novo Testamento (Mt 19,19) e o mandamento do amor ao inimigo, que vem logo em seguida (Lv 19,34), praticamente é declarado irrelevante.²⁶³

Independentemente do manejo da Torah pelo Cristianismo, ela exerceu e continua exercendo grande influência sobre a religião cristã.²⁶⁴

E qual seria a importância da recepção cristã da Torah? O cristianismo, religião que passou a ser permitida no Império Romano por Constantino, através do Edito de Milão (313 d.C.), tornou-se a religião do Estado, quando Teodósio promulgou o Édito de Tessalônica em 3-2-380. Esse elo entre o Estado e a Igreja se

²⁵⁸ MELLO, 1985, p. 70.

²⁵⁹ ZENGER, 2003, p. 16.

²⁶⁰ Marcião foi um armador naval, oriundo da Ásia Menor. Homem financeiramente poderoso, com grande influência na Igreja de Roma, rejeitava as escrituras judaicas por acreditar que o Deus anunciado por Jesus não tinha nada em comum com o Deus Judaico. O marcionismo, nome dado em referência a Marcião, refere-se a todas as tendências que visam rejeitar ou diminuir a importância da Bíblia Judaica, ou seja, do Antigo Testamento, para a identidade cristã.

²⁶¹ ZENGER, 2003, p. 17.

²⁶² CRÜSEMANN, 2012, p. 16.

²⁶³ CRÜSEMANN, 2012, p. 16.

²⁶⁴ CRÜSEMANN, 2012, p. 497.

perpetuou durante a Idade Média e a Idade Moderna, até a Revolução Francesa. Já no Brasil, permaneceu até 1889, quando foi instituída a República.²⁶⁵

A religião cristã exerceu grande influência sobre a Idade Média e a Moderna. Teólogos como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, que retomaram os pensamentos de Platão e Aristóteles, respectivamente, são até hoje referência para a Igreja no que tange à aplicabilidade das leis bíblicas.²⁶⁶ Sobre São Tomás de Aquino, diz Albergaria:

São Tomás de Aquino afirmava que na Lei Natural Deus revela ao homem, através da concessão de sua inteligência, o que se deve e o que não se deve fazer. Tem, como principal fonte, as palavras (oficiais) de Deus: os Dez Mandamentos (Antigo Testamento); o Novo Testamento; as interpretações da Bíblia (monopólio da Igreja), bem como as leis oriundas da Igreja (Direito Canônico).²⁶⁷

São Tomás de Aquino sustenta que o homem deve preterir as leis positivas, ou seja, as leis dos homens, quando destoarem da Lei Natural ou Divina, uma vez que, para esse teólogo, esta é perfeita, acultural, atemporal e verdadeira.²⁶⁸

O Cristianismo, por meio da Igreja Católica Apostólica Romana, legou-nos o Direito Canônico, de enorme relevância na história do direito, tanto na formação da cultura jurídica quanto no âmbito das instituições, e principalmente no processo e no conceito de jurisdição.²⁶⁹

O direito canônico serviu de base à reorganização da vida jurídica europeia, atingindo todos os atores da vida social da Europa, desde a corte até a plebe.²⁷⁰

Por tudo isso, é inegável o legado deixado pela Torah na formação do Cristianismo que, por sua vez, influenciou o mundo ocidental, incluindo instituições de direito. O jurista Miguel Reale sustenta que “o Cristianismo veio atingir em cheio a essência monista do Estado antigo”.²⁷¹

²⁶⁵ DE CICCO, 2012, p.64.

²⁶⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 110.

²⁶⁷ ALBERGARIA, 2011, p. 111.

²⁶⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 111.

²⁶⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

²⁷⁰ LOPES, 2012, p. 68.

²⁷¹ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 75.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

No capítulo anterior tratamos da manifestação do direito nas sociedades do Oriente Próximo antigo, principalmente o direito hebraico contido na Torah. Doravante trataremos sucintamente da evolução do direito da antiga Grécia até os tempos atuais.

Numerosas fontes apontam o surgimento dos direitos humanos, sendo inegável a influência das diversas civilizações ao longo da história, especialmente a cultura judaico-cristã, o pensamento jurídico-filosófico e o direito natural, como fontes geradoras dos direitos humanos.²⁷² Usark, em referência a Yelle Sullivan, reflete sobre a influência judaico-cristã nas sociedades ocidentais:

Há uma forte tendência nas sociedades ocidentais de enxergar os campos do direito e da religião como desvinculados ou, até mesmo, antagônicos, mesmo que se reconheça que muitos elementos constitutivos para o sistema jurídico moderno têm suas raízes na tradição judaico-cristã.²⁷³

Os valores da dignidade humana existem desde o surgimento da sociedade, tendo afirmado Fábio Konder Comparato que “tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo”.²⁷⁴

No mundo antigo a religião regia a vida particular e familiar. A comunhão do culto doméstico tinha maior peso que os laços sanguíneos, pois era por meio dessa comunhão que se uniam os membros da família para prestar culto ao deus lar.²⁷⁵

Os deuses, segundo Fustel de Coulanges, citado por Comparto, intervinham em todo e qualquer ato da vida pública. Segundo Coulanges, “como se vivia da idéia

²⁷² MORAES, 2003, p. 19.

²⁷³ SOARES, Afonso Maria Ligorio. *Teologia e direito: o mandamento do amor e a meta da justiça*. São Paulo: Paulinas, 2010, p. 34.

²⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

²⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 50.

de que os deuses tanto eram protetores excelentes quanto inimigos cruéis, o homem não ousava proceder sem estar seguro de que eles lhe eram favoráveis”.²⁷⁶

As cidades, para os antigos, eram constituídas por uma associação religiosa e política responsável pela aglomeração de famílias que professavam culto em comum e tinha os mesmos deuses guardiões.²⁷⁷

O respeito aos mortos se constitui como um dos mais antigos cultos em comum da tradição grega e latina. A tragédia Antígona, escrita por Sófocles, por volta de 442 a.C, tratou do tema com grande propriedade, retratando a disputa entre Antígona, que defendia a prevalência do costumes, e Creonte, que sustentava a aplicação da lei.²⁷⁸

Nessa sociedade cívico-religiosa o indivíduo subsumia-se à coletividade, conforme reflete Miguel Reale, ao analisar a doutrina de Fustel:

Só se compreendia a plenitude da personalidade dentro do Estado e pelo Estado, a tal ponto que era apenas como parte componente de uma comunidade político-religiosa que o homem se revestia da qualidade de cidadão, com a qual se confundia a qualidade de ser livre. Afastado da zona de influência da *polis* ou da *urbis*, o cidadão via-se a mercê das maiores violências, sem as garantias que nascem do respeito devido ao homem enquanto homem.²⁷⁹

Embora gozasse de ampla liberdade nos assuntos públicos, o homem sofria fortes limitações na vida privada. “O indivíduo, absorvido no grupo familiar ou na coletividade política urbana, era totalmente despido de autonomia.”²⁸⁰ Fora dessa coletividade o homem podia ser interdito pela assembleia do povo, banido e até mesmo condenado à morte.

Miguel Reale, em referência aos escritos de Benjamim Constant, afirma que “a liberdade antiga é uma liberdade coletiva; consiste, por assim dizer, na presença permanente do cidadão na praça pública, sem ser incompatível com a mais completa submissão do indivíduo à entidade do conjunto”.²⁸¹

A tese de Benjamim Constant e Fustel de Coulanges de que o cidadão gozava apenas da liberdade coletiva no mundo antigo sofreu restrições dos

²⁷⁶ COMPARATO, 2006, p. 51.

²⁷⁷ COMPARATO, 2006, p. 51.

²⁷⁸ COMPARATO, 2006, p. 52.

²⁷⁹ REALE, 1999, p. 7.

²⁸⁰ COMPARATO, 2006, p. 61.

²⁸¹ REALE, 1999, p. 7.

historiadores Hauriou e Glotz. Este último chegou a afirmar que havia harmonia entre os direitos do indivíduo e a vida pública na cidade de Atenas.²⁸²

No mundo helênico, principalmente na cidade de Atenas, o direito era o resultado da noção de justiça e, dessa forma, deveria fazer parte da educação de todo cidadão. Por essa razão, de acordo com Maciel, “os gregos não foram grandes juristas na acepção do termo, já que não se empenharam em construir uma ciência do direito, e nem mesmo em sistematizar as suas instituições de direito privado”.²⁸³

A sociedade política grega encontrou nas leis o seu fundamento. Em Atenas era pelo *nomos* (lei ou costume) que se combatiam os arbítrios do Estado, e nesse sentido escreveu Eurípedes, na peça *As suplicantes* (versos 434-437): “Uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande”.²⁸⁴

A contribuição grega para a cultura jurídica ocidental se deu por meio da filosofia, encontrando sua expressão máxima nos filósofos Sócrates, Aristóteles e Platão, que passaram a refletir sobre a natureza da lei e da justiça.²⁸⁵ Nesse período foi estabelecido o confronto entre o “discurso verdadeiro” e o “discurso belo” na busca pela justiça, quando a verdade deveria se sobrepor ao belo e comovente discurso.

Os gregos, conforme já dito, não se empenharam na criação de leis escritas. Suas duas legislações mais antigas foram as leis de Zeleucus, de 662 a.C., e as leis de Drácon, de 621 a.C. Das leis de Zeleucus sabe-se muito pouco. Não foi encontrado nenhum fragmento dessa norma e naquele tempo as leis eram mantidas em total sigilo, pois os gregos criam que as leis eram ditadas pelos Oráculos.²⁸⁶

As leis de Drácon são reconhecidas pelo elevado grau de punibilidade, tendo sido amplamente divulgadas em Atenas. Na legislação de Drácon os homicídios foram classificados em voluntários, involuntários e em legítima defesa.²⁸⁷

Por se considerarem as leis de Drácon truculentas, e portanto incapazes de alcançarem a paz social, o poeta Sólon foi incumbido de elaborar um novo

²⁸² REALE, 1999, p. 13.

²⁸³ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Formação humanística em Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.

²⁸⁴ COMPARATO, 2008, p. 13.

²⁸⁵ LOPES, 2012, p. 22.

²⁸⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 56.

²⁸⁷ MACIEL, 2012, p. 244.

regramento grego, o que aconteceu em 594 a.C. Com a nova constituição de Sólon, foram abolidas as Leis de Drácon, exceto as questões relativas ao homicídio.²⁸⁸

A partir das Leis de Sólon a igualdade civil foi estabelecida, com a limitação do pátrio poder, a introdução do testamento e da adoção, e a extinção da propriedade coletiva dos clãs, assim como da servidão por dívida. A justiça passou a ser exercida pelos cidadãos, promovendo-se o debate contínuo a respeito do direito e da justiça. “Não havia advogados, juízes, promotores públicos, como conhecemos hoje, apenas dois litigantes dirigindo-se a centenas de jurados.”²⁸⁹

Como ilustração da força da lei/costume em Atenas, Comparato narra:

Em uma passagem famosa de sua obra, Heródoto reporta o espantoso diálogo que o rei dos persas, Xerxes, teria tido com um antigo rei de Esparta. O soberano oriental, prestes a invadir a Grécia, manifestou o profundo desprezo que lhe inspirava aquele povo pouco numeroso, composto de pessoas “todas igualmente livres e que não obedecem a um chefe único”. O espartano retrucou que se os gregos eram livres, a sua liberdade não era completa: “Eles têm um senhor, a lei, que eles temem mais do que teus súditos a ti”.²⁹⁰

O caráter religioso das normas foi sendo eliminado a partir das leis de Sólon. Aristóteles já reconhecia as leis por seu caráter universal, denominando-as “leis comuns”, firmadas na norma escrita, mas principalmente nos costumes.²⁹¹

Em geral, os gregos dedicaram-se mais à teorização do direito e à ideia de justiça do que à formatação e elaboração de leis de controle do comportamento social.²⁹²

Já os romanos, segundo Reale, “homens práticos por excelência”, discriminaram minuciosamente as esferas de atividades permitidas ou vedadas pela lei, antes de questionarem a razão da obediência das normas impostas.²⁹³ “A Grécia”, consoante conhecido cotejo de Villari, ‘raciocina longamente sobre a índole da sociedade humana, sobre o homem e a origem do direito; Roma dispõe-se a criar uma sociedade e um direito.’²⁹⁴

²⁸⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 62.

²⁸⁹ MACIEL, 2012, p. 245.

²⁹⁰ COMPARATO, 2006, p. 62.

²⁹¹ COMPARATO, 2008, p. 14.

²⁹² REALE, 1999, p. 45.

²⁹³ REALE, 1999, p. 45.

²⁹⁴ REALE, 1999, p. 46.

A história do direito romano se inicia a partir do século VII a.C., sobrevivendo além à queda do Império Romano do Ocidente, no século V d.C., e estendendo-se até o século XV, com o Império Bizantino. Assim, conforme Maciel, “a história do direito romano é de 22 séculos”.²⁹⁵

Tamanha foi a influência jurídica dos romanos que até hoje utilizamos no direito expressões em latim: *vocatio legis* e *habeas corpus*, por exemplo, foram incorporadas ao dicionário jurídico português.²⁹⁶

Podemos dividir a história romana, para fins de estudo do direito, em *Época Antiga* ou *Arcaica*, que vai da fundação de Roma até meados do século II a.C.; *Época Clássica*, aproximadamente 150 a.C. até 284 d.C.; e, por fim, *Época do Baixo Império*, de 284 a 565 da era cristã.²⁹⁷

No período arcaico a sociedade romana era formada por: patrícios, que gozavam de plena cidadania romana, em virtude de origem; plebeus, que, apesar de livres, não eram considerados cidadãos romanos; clientes, estrangeiros, plebeus ou escravos, que gozavam da proteção de algum patrício, que se tornava seu patrono; e escravos, capturados de guerra ou plebeus endividados.²⁹⁸

As normas jurídicas, morais e religiosas na época antiga ainda se misturavam, cabendo aos pontífices a interpretação das leis. Somente a partir da instauração da República e ascensão do Senado, a Lei ficou a cargo das autoridades públicas. No entanto, as regras divergiam para cada parcela da sociedade: o plebiscito, por exemplo, impunha-se apenas aos plebeus. Os magistrados patrícios detinham o poder de julgamento e o faziam conforme suas próprias tradições, o que gerou grande insatisfação da maior camada social da época, a plebe. Fruto das reivindicações dos plebeus, surgiu em 450 a.C. a Lei das Doze Tábuas.²⁹⁹

Ao tratar do pleito da plebe romana, Miguel Reale não vislumbra “na história romana a luta de uma classe desejosa de privar a outra de seus privilégios, mas antes animada da aspiração de ver tais privilégios estendidos também a ela.”³⁰⁰

²⁹⁵ MACIEL, 2012, p. 245.

²⁹⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 81.

²⁹⁷ LOPES, 2012, p. 29.

²⁹⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 83.

²⁹⁹ MACIEL, 2011, p. 81.

³⁰⁰ REALE, 1999, p. 47.

A Lei das Doze Tábuas, segundo Antonio Marchionni, foi “fruto da primeira greve proletária da história”, quando a plebe abandonou a cidade e foi viver no Monte Sacro, insurgindo-se contra os desmandos dos patrícios.³⁰¹

O texto jurídico gravado nas doze tábuas foi afixado no Fórum romano. Seu conteúdo abarcava a organização e os procedimentos judiciais; normas de direito comercial, especialmente a questão da inadimplência; regras do pátrio poder, sucessão, tutela, propriedade e servidões; normas dos delitos; regras de direito público e de direito sacro; e finalmente leis complementares.³⁰²

É na Época Clássica que o direito romano se torna laico, distanciando o direito privado do público. O Senado assumiu a titularidade do poder de legislar, mas o imperador podia elaborar normas diretamente, por meio de editos, decretos, rescritos e instruções.³⁰³

Os editos são disposições de caráter geral para todo o império. Pelo conhecido Edito de Milão, Constantino modificou a condição do cristianismo. Para Lopes, a influência do imperador naquele período está bem representada na frase do jurisconsulto Ulpiano, no século II: “O que agrada ao príncipe tem força de lei”.³⁰⁴

Eis um pequeno trecho do Edito de Milão:

Decretamos, portanto, que não obstante a existência de anteriores instruções relativas aos cristãos, os que optarem pela religião de Cristo sejam autorizados a abraçá-la sem estorvo ou empecilho, e ninguém absolutamente os impeça ou moleste.³⁰⁵

É também no período clássico que se destacam os grandes juristas, autores das jurisprudências, como Cícero, Papiano, Gaio, Ulpiano e Paulo.³⁰⁶

A partir de Diocleciano, teve início o Baixo Império, período do direito pós-clássico, que sofreu grande influência do cristianismo, fator de grandes mudanças nos princípios de direito privado romano.³⁰⁷

Diocleciano dividiu o Império Romano em Ocidente e Oriente. Uma nova capital foi fundada para o Império Romano Oriental, Constantinopla. Roma passou a

³⁰¹ SOARES, 2010, p. 37.

³⁰² ALBERGARIA, 2011, p. 87.

³⁰³ MACIEL, 2012, p. 249.

³⁰⁴ LOPES, 2012, p. 46.

³⁰⁵ ALBERGARIA, 2012, p. 99.

³⁰⁶ ALBERGARIA, 2012, p. 98.

³⁰⁷ MACIEL, 2011, p. 85.

ser a capital do Império Romano Ocidental e Constantinopla, atual Istambul, capital do Império Romano Oriental.³⁰⁸

No ano 380 da era cristã o catolicismo foi elevado a religião oficial do Império Romano pelo imperador Teodósio, por meio do Edito de Tessalônica. Em 476 d.C. deu-se a queda do Império Romano do Ocidente. No Oriente, o imperador Justiniano determinou o resgate da época clássica do direito romano, recuperando os escritos jurídicos do apogeu de Roma.³⁰⁹

No Império Bizantino, como fruto do desejo de Justiniano, nasceu o conhecido *Corpus Iuris Civilis*, talvez a mais relevante contribuição do direito romano ao campo de direito, formado por quatro partes: o *Codex*, compilação das leis romanas, tentativa de formação de um único texto normativo; o *Digesto* ou *Pandectas*, cópia de grande parte das doutrinas dos juristas; as *Institutas*, manual destinado ao estudo do direito para os estudantes; e as *Novelas*, constituições imperiais mais recentes do próprio imperador Justiniano.³¹⁰

Sobre o *Corpus Iuris Civilis* diz Marchionni:

No Ocidente, o *Corpus Iuris Civilis* permaneceu na sombra durante os séculos posteriores a Justiniano, até 1050. Nesses séculos prevaleceu o direito consuetudinário das legislações romano-bárbaras e carolíngias. O texto do *Corpus* ficou guardado primeiramente em Amálfis, depois em Pisa, a partir de 1200, depois em Florença, de 1400 até hoje. Foi em Bolonha, a partir de 1050, que o *Corpus*, juntamente com o Direito Canônico, se tornou objeto de estudos renovados nas escolas e nas universidades.³¹¹

A importância do direito na sociedade romana foi imensa, a ponto de, segundo Reale, “organizar a sociedade juridicamente, fixando linhas mestras ainda hoje inabaláveis para a Ciência do Direito.”³¹²

A queda do império romano ocidental inaugurou a Idade Média, que se estendeu do século V ao XV. Esse período da história se divide em duas etapas, a alta Idade Média, que vai do século V ao X, e a baixa Idade Média, do século XI ao XV.³¹³

³⁰⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 100.

³⁰⁹ MACIEL, 2012, p. 251.

³¹⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 102.

³¹¹ SOARES, 2010, p. 40.

³¹² REALE, 1999, p. 48.

³¹³ MACIEL, 2012, p. 255.

O grande número de invasões bárbaras a partir do século V modificou o cenário geopolítico europeu, alterando as práticas econômicas, jurídicas, religiosas e culturais.³¹⁴

Em linhas gerais, o direito bárbaro é resultado da consolidação dos costumes bárbaros, mas sob a forte influência do direito romano em cada reino bárbaro. Nesse contexto nasceu o Livro das Constituições Reais, promulgado pelos nobres de Borgonha, dando início à fase de criação do direito bárbaro, conhecido como *Lex Romana Barbarorum* – Direito Romano dos Povos Bárbaros.³¹⁵

A descentralização política da Europa e o surgimento das instituições eclesiásticas refletem a consolidação da Igreja no primeiro período da Idade Média. Contudo, mesmo com os concílios e os movimentos monásticos, a Igreja ainda não contava com a estrutura monárquica e centralizada da baixa Idade Média.³¹⁶

Sobre o domínio do cristianismo na Idade Média, diz Albergaria:

Não sem razão, uma das principais características da Idade Média foi a influência religiosa em praticamente todas as áreas do conhecimento humano: filosofia, arte, arquitetura, e também no direito. Assim, o pensamento judaico-cristão marcou profundamente o mundo medieval.³¹⁷

Vivendo em fases distintas da Idade Média Santo Agostinho e São Tomás de Aquino refletiram sobre inúmeras áreas do pensamento humano, entre as quais se encontra o direito.³¹⁸

O papa Gregório VII marcou o ponto de passagem na história do direito canônico da Idade Média. As instituições e a cultura jurídica europeia são fortemente influenciadas pelo direito canônico.³¹⁹

Na baixa Idade Média fundou-se a primeira universidade na Europa, a Universidade de Bolonha, em 1088. O ensino nas faculdades era atribuição da Igreja. Ao iniciarem o curso os alunos eram instruídos em gramática, lógica e retórica, fase denominada *trivium*. Ao avançarem para a segunda fase os alunos estudavam aritmética, geometria, astronomia e música, fase denominada de *quadrivium*. Findadas as sete disciplinas básicas os alunos poderiam ingressar no

³¹⁴ LOPES, 2012, p. 50.

³¹⁵ MACIEL, 2012, p. 257.

³¹⁶ LOPES, 2012, p. 58.

³¹⁷ ALBERGARIA, 2011, p. 107.

³¹⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 110.

³¹⁹ LOPES, 2012, p. 69.

curso superior de Direito, Medicina ou Teologia. Assim, a maior parte do conhecimento literário e científico da Idade Média ficou sob o domínio da Igreja.³²⁰

De acordo com Marchionni, “a fórmula da revolução papal para a renascença da Europa foi a ciência de Atenas e o direito de Roma a serviço da ética de Jerusalém.” Em virtude dessa relação foram criadas as faculdades de medicina, direito e teologia, no intuito de se estudar a sociedade pelo direito, a natureza pela ciência e Deus pela teologia.³²¹

A escolástica representou o retorno aos estudos do direito romano e aos canonistas. Boécio, contrariando o Concílio de Niceia, redefiniu o conceito de pessoa como “a substância individual da natureza racional”. A partir dessa concepção elaborou-se o princípio da igualdade essencial do ser humano, com a conclusão, já naquele tempo, de que o direito natural inerente à pessoa humana era superior e anterior às normas jurídicas. Com isso, na visão de Comparato, “lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade.”³²²

A partir do século XV, com o advento da Idade Moderna, o pensamento religioso gradativamente cedeu lugar à reflexão filosófica. O antropocentrismo, o humanismo e o racionalismo foram substituindo o teocentrismo. A quebra da hegemonia da Igreja Católica com a Reforma Protestante, o absolutismo de Maquiavel, Jean Bodin, Hugo Grotius e Thomas Hobbes, a desconstrução do latim e a valorização de cada língua com as obras de Dante Alighieri, William Shakespeare, Miguel de Cervantes, Luís Vaz de Camões e Martinho Lutero, que traduziu a Bíblia para o alemão, foram desenhando um novo cenário europeu cada vez mais compatível com a formação do Estado moderno.³²³

Com a crise do modelo absolutista, instaurou-se o pensamento iluminista do século XVIII. A ideia da tripartição dos poderes como limite dos desmandos do Estado proposta por Montesquieu, o contrato social de Rousseau e as liberdades individuais – especialmente a de opinião, defendida por Voltaire – influenciaram inúmeras revoluções e, mais uma vez, alteraram o paradigma do pensamento universal, especialmente no que tange aos direitos humanos.³²⁴

³²⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 108.

³²¹ SOARES, 2010, p. 48.

³²² COMPARATO, 2008, p. 20.

³²³ ALBERGARIA, 2011, p. 133-152.

³²⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 153-162.

A evolução dos direitos humanos ao longo da história foi tema de reflexão de Comparato, que afirmou:

Seja como for, se a pessoa – e não todo e qualquer indivíduo, como queria Protágoras – é fonte e medida de todos os valores; ou seja, se o próprio homem, e não a divindade ou a natureza de forma geral, é o fundamento do universo ético, a História nos ensina que o reconhecimento dessa verdade só foi alcançado progressivamente, e que a tradução em termos jurídicos jamais será concluída, pois ela não é senão o reflexo do estado de “permanente inacabamento” do ser humano, de que falou Heidegger.

Assim, os direitos humanos evoluíram de acordo com as mudanças sociais ao longo do tempo, e permanecerão em constante evolução.

2.2 A AFIRMAÇÃO POSITIVA DOS DIREITOS HUMANOS

A noção de direitos do homem, conforme se verifica no item anterior, sempre se fez presente nas sociedades antigas, com maior ou menor intensidade, sendo inegável que tal noção não é a mesma de hoje.³²⁵

Na Inglaterra, no século XIII, o rei João, conhecido pela alcunha de João Sem-Terra, outorgou a *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* – Grande Carta das Liberdades ou Concórdia entre o Rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês.³²⁶

A *Magna Carta Libertatum* foi assinada no dia 15 de junho de 1215 e constitui um dos mais importantes documentos históricos dos direitos fundamentais. Ela contém garantias de liberdade da igreja da Inglaterra, restrições tributárias, equilíbrio entre a pena e a sanção, a previsão do devido processo legal, a possibilidade de acesso à justiça, bem como a liberdade de locomoção, sendo permitida a livre entrada e saída do país.³²⁷ A norma inglesa, contudo, era apenas uma fagulha no tocante aos direitos fundamentais.

³²⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32.

³²⁶ MACIEL, 2012, p. 322.

³²⁷ MORAES, 2003, p. 26.

Com o fim da Idade Média o Estado absolutista tornou-se o modelo político adotado por quase todos os países ocidentais de maior expressividade, do século XV ao XVIII.³²⁸

A Europa sofria, nos séculos XV e XVI, uma série de transformações no campo político, filosófico e religioso. A Reforma Protestante, tendo como combustível o humanismo renascentista, desencadeou uma grande revolução religiosa na Europa. Seu principal expoente foi o frade agostiniano Martinho Lutero.³²⁹

Defensor do sistema absolutista, Nicolau Maquiavel escreveu, em 1512, sua obra clássica *O príncipe*, sustentando que a manutenção do poder, na condução da coisa pública, deveria ser buscada pelo soberano por todos os meios possíveis.³³⁰

Deveis saber, portanto, que existem duas formas de se combater: uma, pelas leis, outra, pela força. A primeira é própria do homem; a segunda, dos animais. Como, porém, muitas vezes, a primeira não seja suficiente, é preciso recorrer à segunda. Ao príncipe torna-se necessário, porém, saber empregar convenientemente o animal e o homem.³³¹

Para Maquiavel o governante deveria utilizar de todos os meios necessários para a manutenção e ampliação de seu poder, não estando adstrito a leis ou qualquer outra forma de regramento, devendo aniquilar todas as ameaças ao seu governo.³³²

Jean Bodin, jurista francês nascido em 1529, defendeu o Estado absolutista, reivindicando para o rei todo o poder para governar. O pensador calvinista foi um grande defensor da soberania, somente lhe admitindo restrições pelas leis divinas. Assim, a soberania do Estado deveria ser conferida ao soberano, a quem os súditos deveriam obediência absoluta.³³³

Nascido na Holanda na segunda metade do século XVI, o jurista Hugo Grotius, graduado e doutorado em Direito aos quinze anos de idade, defendia a ideia do Estado laico, sob o argumento de que a religião deveria ser individual e pessoal, fugindo ao interesse do Estado. Na visão de Grotius os Estados deveriam se autogovernar autonomamente, com igualdade internacional entre si,

³²⁸ MARMELSTEIN, 2008, p. 35.

³²⁹ De CICCIO, 2012, p. 141.

³³⁰ MARMELSTEIN, 2008, p. 35.

³³¹ MACHIAVELLI, Nicolò. *O príncipe*. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. 30 ed. São Paulo: Ediouro, 1998, p. 99.

³³² MARMELSTEIN, 2008, p. 35.

³³³ ALBERGARIA, 2011, p. 145.

independentemente do tamanho ou potencial econômico. Por essa razão, Grotius foi considerado um dos pais do Direito Internacional Público.³³⁴

Outro grande defensor do Estado absolutista foi Thomas Hobbes, cuja obra mais célebre, *Leviatã*, foi publicada em 1651. Para Hobbes, o desejo de poder do homem é insaciável, extinguindo-se apenas com a morte. Por essa razão, ele defendeu a existência de um governante apto a organizar a sociedade.³³⁵

De acordo com Hobbes, influenciado pelo pessimismo de matiz protestante, o soberano tinha de gozar de poder irrestrito, sem limitação jurídica ou política. O governante não poderia sofrer nenhum juízo de valor, prestando contas dos seus atos somente a Deus.³³⁶

Os direitos fundamentais, segundo Marmelstein, não existiram na Antiguidade, na Idade Média e nem durante o período absolutista, “pois a noção de Estado de Direito ainda não estava consolidada”.³³⁷

Sobre a reação ao modelo absolutista, afirma Marmelstein:

[...] a noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano. Os direitos fundamentais pressupõem um Estado juridicamente limitado (Estado de direito/separação de poderes) e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (direitos fundamentais/democracia).³³⁸

Em 1690 o pensador inglês John Locke publicou o *Segundo tratado sobre o governo*, em que sustenta a igualdade, independência e liberdade naturais dos homens, isentos da submissão ao poder de outro sem manifesta aquiescência.³³⁹ Com base no ideário de Locke é que se verifica a gênese da separação dos poderes, não podendo o mesmo indivíduo acumular o poder de legislar e o de governar.³⁴⁰

De acordo com Locke, o que nos obriga ao direito não é o medo da pena, mas a reta razão. Outra grande contribuição do filósofo para a moderna democracia foi a discussão da tolerância, definindo-se o Estado como garantidor da coexistência

³³⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 146.

³³⁵ MARMELSTEIN, 2008, p. 34.

³³⁶ De CICCIO, 2012, p. 157.

³³⁷ MARMELSTEIN, 2008, p. 33.

³³⁸ MARMELSTEIN, 2008, p. 36.

³³⁹ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Caps. II, III, V, VII, VIII, IX, XIX, p. 4.

³⁴⁰ MARMELSTEIN, 2008, p. 38.

da diversidade, da paz, da ordem pública e do direito de opinião. Mesmo herdeiro de formação religiosa, Locke apresenta a base do Estado laico, separando institucionalmente política e religião.³⁴¹

A ideia de divisão dos poderes foi mais bem desenvolvida pelo magistrado Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu. Em sua mais conhecida obra, *Do espírito das leis*, Montesquieu, como refere Marmelstein, sustenta que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele”. Assim, “para que não possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.³⁴²

Outro pensador que reagiu ao sistema absolutista foi Jean-Jacques Rousseau, considerado um dos grandes expoentes do Iluminismo. Dentre suas obras, publicou, em 1762, *Do contrato social*. Rousseau defendeu o que conhecemos atualmente como Estado democrático de direito, ou seja, a soberania do povo.³⁴³

Em meio a essas mudanças estruturais do pensamento europeu, que influenciaram todo o Ocidente, uma série de revoluções propiciou o surgimento dos direitos fundamentais.

Novamente na Inglaterra, no tocante à liberdade individual, surgem no final do século XVII o *habeas corpus* e o Bill of Rights, novidade no campo dos direitos fundamentais, mas de benefícios restritos ao clero e à nobreza. Como advento do *Bill of rights* a concepção de um governo representativo, mesmo que não pelo povo, mas principiando a idéia de uma garantia constitucional essencial às liberdades civis.³⁴⁴

O instituto do *habeas corpus* previa que os indivíduos apresentassem para si ou em favor de outrem detido ou acusado de prática de crime requerimento escrito solicitando a liberdade. A ordem de soltura era concedida pelo lorde-chanceler ou, na sua ausência, por um juiz dos tribunais superiores.³⁴⁵

A Bill of Rights extinguiu a censura política e reafirmou o direito do parlamento de legislar com exclusividade sobre os impostos, instituindo também o direito de livre apresentação de petições.³⁴⁶

³⁴¹ LOPES, 2012, p. 182.

³⁴² MARMELSTEIN, 2008, p. 38.

³⁴³ MARMELSTEIN, 2008, p. 39.

³⁴⁴ COMPARATO, 2008, p. 50.

³⁴⁵ MORAES, 2003, p. 26.

³⁴⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 156.

No século XVIII as treze colônias inglesas do norte do continente americano conquistaram a liberdade, legando aos direitos fundamentais, por influência do Iluminismo, dois importantes documentos: a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.³⁴⁷

A Virgínia, uma das treze colônias da América do Norte, proclamou em sua declaração, entre outros, o direito à vida, à propriedade e à liberdade, contemplando os princípios do devido processo legal, do juiz natural e imparcial, da legalidade e da liberdade de imprensa e religiosa.³⁴⁸

A Declaração de Direitos da Virgínia estabeleceu, em seu artigo I:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entrem em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter a felicidade e segurança.³⁴⁹

Com o avanço das ideias iluministas no novo continente, aliado à instabilidade política da Inglaterra, que disputava com a França o comércio marítimo na Guerra dos Sete Anos, as treze colônias da América declararam independência em 1783.³⁵⁰

No entanto, antes mesmo da declaração de independência, em 4 de julho de 1776, foi produzida principalmente por Thomas Jefferson a Declaração de Independência das Treze Colônias, que teve como escopo predominante a limitação do poder estatal.³⁵¹

A constituição dos Estados Unidos da América, todavia, surgiu quatro anos após o reconhecimento da independência pela Inglaterra,³⁵² prevendo no preâmbulo:

Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.

³⁴⁷ MORAES, 2003, p. 27.

³⁴⁸ MACIEL, 2012, p. 323.

³⁴⁹ MARMELSTEIN, 2008, p. 42.

³⁵⁰ ALBERGARIA, 2011, p.164.

³⁵¹ MORAES, 2003, p. 27.

³⁵² ALBERGARIA, 2011, p. 168.

Treze anos depois da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, no início da Revolução Francesa, as mesmas ideias de liberdade e igualdade são reafirmadas e sustentadas.³⁵³

Na França, a burguesia, apoiada pelos intelectuais, pelo baixo clero e pela pequena nobreza, instaurou a Assembleia Constituinte em 1789. No dia 14 de julho do mesmo ano a Bastilha foi tomada, com a morte dos guardas e do seu administrador. Albergaria lembra que “em nome da liberdade, igualdade e fraternidade o rio Sena ficou tingido de vermelho-sangue”.³⁵⁴

Para Moraes, foi na França que os direitos humanos fundamentais se consagraram como instrumento normativo, tendo a Assembleia Constituinte promulgado, em 16 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A norma *sus* continha 17 artigos e tratava de temas como direito de propriedade, liberdade, segurança, igualdade, associação política, resistência à opressão, legalidade e reserva legal, livre manifestação do pensamento e liberdade religiosa, dentre outros.³⁵⁵

Contudo, há na Revolução Francesa uma evidente inspiração dos propósitos da burguesia, ou seja, extinguir os privilégios das duas principais classes do regime anterior, como comenta Comparato:

O espírito original da democracia moderna não foi a defesa do povo pobre contra a maioria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (*demos*), a democracia moderna surgiu como um instrumento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a maioria rica.³⁵⁶

Em 1791 a Constituição francesa dispôs novas formas de controle do poder estatal. Dois anos mais tarde, a nova Carta Constitucional francesa regulamentou mais eficazmente os direitos do homem e do cidadão. Seu preâmbulo afirmava, em 24 de junho de 1793:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a

³⁵³ COMPARATO, 2008, p. 50.

³⁵⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 169

³⁵⁵ MORAES, 2003, p.28.

³⁵⁶ COMPARATO, 2008, p. 50.

fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto de sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.³⁵⁷

Ainda como parte do ideário burguês da Revolução Francesa, Napoleão Bonaparte promulgou, no dia 21 de março de 1804, o código civil francês, que tinha por objetivo unificar a lei civil em todo o território nacional, novamente atendendo a vontade da burguesia.

Os ideais iluministas sofreram grande influência do filósofo Immanuel Kant, que muito contribuiu para a Revolução Francesa. Kant era filósofo e não jurista, contudo influenciou sobremaneira no campo do direito, especialmente com *Crítica da razão pura*. Foram os estudos filosóficos de Kant que modificaram o foco do objeto para o observador. Assim, para o filósofo, o estudo da forma de pensar do observador e suas limitações deveria preceder o estudo do objeto.³⁵⁸

No campo da moral, na obra *Crítica da razão pura*, Kant pergunta: “o que posso fazer? O que posso conhecer? O que posso esperar?” A moral seria a resposta para a primeira questão, a metafísica para a segunda e a religião – impregnada na formação do filósofo – responderia a terceira pergunta.³⁵⁹

O chamado liberalismo constitucional do século XIX ampliou a efetivação dos direitos humanos fundamentais, em especial, com o advento da Constituição de Cádiz (Constituição Espanhola), a Constituição Portuguesa, a Constituição da Bélgica e a Declaração Francesa de 1848.³⁶⁰

Com essas normas liberais o indivíduo ascende historicamente, contudo perde proteção familiar, estatal ou religiosa, enfraquecendo-se diante das necessidades da vida. O estado liberal, em contrapartida, oferece ao homem a lei como garantia de igualdade entre todos os indivíduos. Ocorre que essa garantia legal de igualdade “cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas”.³⁶¹

³⁵⁷ MORAES, 2003, p. 28.

³⁵⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 173.

³⁵⁹ ALBERGARIA, 2011, p. 175.

³⁶⁰ MORAES, 2003, p. 29.

³⁶¹ COMPARATO, 2008, p. 53.

Beneficiados pela política liberal dos séculos XVIII e XIX, os donos do capital (burgueses) passam a oprimir a massa de trabalhadores submetidos às suas regras laborais. Até mesmo a Igreja Católica se manifestou, por meio do Papa Leão XIII, publicando a *Encíclica Rerum Novarum*, que tratava das condições dos operários, apontando a necessidade de intervenção do Estado nas questões trabalhistas.³⁶²

“O resultado dessa automatização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX.” Em consequência disso o operariado passou a se unir, como mecanismo de defesa diante da crescente exploração capitalista.³⁶³

Em 1948 foi publicado o Manifesto do Partido Comunista, consagrando os dois maiores pensadores do chamado comunismo científico, Karl Heinrich Marx e Friedrich Engels.³⁶⁴ Segundo o pensamento marxista os donos do capital sempre explorariam a força de trabalho do proletariado, com a obtenção de lucro, denominado mais-valia pelo pensador alemão.

A solução, para Marx e Engels, seria a intervenção estatal, devendo o Estado priorizar o domínio social em detrimento do individual, tendo início a construção do chamado Estado Social.³⁶⁵

As constituições sociais do início do século XX retrataram bem os ideais comunistas. Em 1917 a Constituição Mexicana, após a revolução zapatista, passou a garantir direitos trabalhistas, com fortes tendências sociais.³⁶⁶

Outra importante carta constitucional dotada dessa visão social foi a Constituição de Weimar, que, embora previsse direitos individuais, tratou também dos direitos relacionados à vida social, à educação e à economia.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 foi a que mais absorveu os ideais socialistas difundidos a partir da segunda metade do século XIX. Assim estabelecia o art. 1º do capítulo II da norma soviética:³⁶⁷

suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores,

³⁶² ALBERGARIA, 2011, p. 193.

³⁶³ COMPARATO, 2008, p. 54.

³⁶⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 194.

³⁶⁵ ALBERGARIA, 2011, p.195.

³⁶⁶ MORAES, 2003, p. 30.

³⁶⁷ MORAES, 2003, p. 31.

a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países.

A constituição soviética ainda proclamou o dever de prestação de assistência material, bem como qualquer outra forma de apoio, aos operários e camponeses mais necessitados, instituindo também a obrigatoriedade do trabalho, seguindo a máxima de que “quem não trabalha não come”.³⁶⁸

Segundo Comparato:

Os direitos humanos de proteção ao trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores.³⁶⁹

O movimento socialista legou o reconhecimento dos direitos humanos de caráter social e econômico, beneficiando diretamente os “grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização”.³⁷⁰

O século XX foi marcado pela internacionalização dos direitos humanos fundamentais. Em 1864, instaurou-se a Convenção de Genebra, para abrandar o sofrimento dos soldados de guerra e dos civis residentes em áreas beligerantes. Como forma de efetivação da Convenção de Genebra, foi fundada, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, ampliada pela Convenção de Haia, em 1907, e pela nova Convenção de Genebra de 1929.³⁷¹

O Direito Humanitário, para Flávia Piovesan, “foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”.³⁷²

Também voltada à negação do caráter absoluto da soberania dos Estados, a Liga das Nações, instaurada em 1920, tinha como escopo a promoção da paz e a segurança internacional, reprovando as agressões contra a integridade territorial e a independência política de seus membros.³⁷³

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, também cooperou para a internacionalização dos direitos humanos. Nascida após a Primeira

³⁶⁸ MORAES, 2003, p. 31.

³⁶⁹ COMPARATO, 2008, p. 55.

³⁷⁰ COMPARATO, 2008, p. 54.

³⁷¹ COMPARATO, 2008, p. 55.

³⁷² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184.

³⁷³ PIOVESAN, 2013, p. 184.

Guerra Mundial, objetivava a proteção do trabalhador assalariado, estabelecendo padrões mínimos internacionais de bem-estar e melhoria da condição laboral. De acordo com Comparato, “até o início da Segunda Guerra Mundial, a OIT havia aprovado nada menos que 67 convenções internacionais, das quais apenas três não contam com nenhuma ratificação”.³⁷⁴

A OIT, a Liga das Nações e o Direito Humanitário contribuíram grandemente para a internacionalização dos direitos humanos fundamentais, conforme Piovesan:

Seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e a segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional.³⁷⁵

Depois da Segunda Guerra Mundial, ultrapassada a primeira fase dos direitos humanos internacionais, inicia-se a internacionalização dos direitos humanos fundamentais.³⁷⁶

Com o genocídio do primeiro conflito de caráter mundial a humanidade assistiu a todo tipo de atrocidade e banalização da vida, supremo valor da dignidade humana.³⁷⁷

O totalitarismo rompeu com toda a estrutura dos direitos humanos negando pelo massacre o valor da pessoa humana. Reflete Piovesan:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.³⁷⁸

Com a vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial, em 1945 surge uma nova ordem do Direito internacional representada pela Carta das Nações Unidas e pelas suas organizações. Louis Henkin, segundo comentário de Piovesan, afirma: “O

³⁷⁴ COMPARATO, 2008, p. 56.

³⁷⁵ PIOVESAN, 2013, p. 186.

³⁷⁶ MORAES, 2003, p. 36.

³⁷⁷ COMPARATO, 2008, p. 56.

³⁷⁸ PIOVESAN, 2013, p. 190.

Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela”.³⁷⁹

Em 10 de dezembro de 1948 foi assinada, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, grande conquista dos direitos humanos fundamentais em âmbito internacional.³⁸⁰ Um dia antes, nos quadros da ONU, aprovou-se a Convenção internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio.³⁸¹

O objetivo da Declaração Universal de 1948 era uniformizar na ordem internacional o respeito à dignidade da pessoa humana, consagrando padrões básicos mundiais. Já no preâmbulo a pessoa humana é dotada de titularidade de direitos iguais e inalienáveis. Foi essa Declaração que introduziu a indivisibilidade dos direitos universais, associando os direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais.³⁸²

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade”.³⁸³

A partir daí inúmeros foram os tratados, pactos e convenções nesse sentido, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), a Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1982), dentre outros.³⁸⁴

O grande desafio aos direitos humanos fundamentais na modernidade é a sua efetivação. Bobbio, citado por Piovesan, comenta que o grande desafio dos direitos humanos atualmente “não é mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los”.³⁸⁵

³⁷⁹ PIOVESAN, 2013, p. 198.

³⁸⁰ MORAES, 2003, p. 36.

³⁸¹ COMPARATO, 2008, p. 57.

³⁸² PIOVESAN, 2013, p. 210.

³⁸³ COMPARATO, 2008, p. 57.

³⁸⁴ COMPARATO, 2008, p. 268, 279 e 395.

³⁸⁵ PIOVESAN, 2013, p. 182.

2.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

O pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais são apontados pela doutrina francesa como as mais importantes fontes dos direitos humanos fundamentais. Em meio a outras tantas fontes dos direitos humanos, como as condições sociais e históricas, as declarações de direito inspiram-se no jusnaturalismo e no cristianismo para sua noção de homem abstrato.³⁸⁶

Marmelstein lembra que a expressão direitos humanos tem sido banalizada, utilizando-se, para designar o mesmo objeto, “direitos do homem, direitos humanos, direitos da pessoa humana, direitos humanos fundamentais, liberdades públicas, entre outras.”³⁸⁷

Ante a grande ampliação e metamorfose dos direitos fundamentais ao longo da história, difícil é a missão de conceituá-lo de forma concisa e assertiva, especialmente, segundo Silva, em razão das variadas expressões que o designam, como “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.³⁸⁸

Bobbio, em *A era dos direitos*, esclarece:

No que se refere ao significado da palavra direito na expressão “direitos do homem” o debate é permanente e confuso. Contribuiu, para aumentar a confusão, o encontro cada vez mais frequente entre juristas de tradição e cultura continental e juristas de tradição anglo-saxônica, que usam frequentemente palavras diversas para dizer a mesma coisa e, por vezes, acreditam dizer coisas diversas usando as mesmas palavras.³⁸⁹

A constante mutabilidade histórica dos Direitos Fundamentais remete a outra dificuldade de definição dos direitos fundamentais: “O rol de direitos se modificou e ainda se modifica, pois as condições históricas determinam as necessidades e

³⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 176.

³⁸⁷ MARMELSTEIN, 2008, p. 17.

³⁸⁸ SILVA, 2001, p. 179.

³⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 10.

interesses da sociedade.” Assim, é impossível a atribuição de fundamentos absolutos a direitos que se mostram, no curso da história, relativos.³⁹⁰

Os direitos humanos fundamentais, de acordo com a UNESCO, são aquelas normas de proteção institucionalizadas “dos direitos da pessoa humana contra os excessos de poder cometidos pelos órgãos do Estado” e ainda “regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.³⁹¹

A expressão direitos humanos é a mais utilizada nos documentos internacionais, apesar do argumento contrário de que todo direito é humano, ressalvado atualmente o direito de proteção dos animais. A nomenclatura “direitos individuais” é utilizada na Constituição brasileira para exprimir o arcabouço de direitos fundamentais. “Direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas” são também, na visão de Silva, expressões limitativas e insuficientes para designar os direitos fundamentais do homem.³⁹²

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.³⁹³

Para Canotilho, os direitos do homem derivam da própria natureza humana, mas os fundamentais vigoram em determinado ordenamento jurídico.³⁹⁴

Pérez Luño, citado por Moraes, define os direitos fundamentais do homem como:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.³⁹⁵

³⁹⁰ BOBBIO, 2004, p. 13.

³⁹¹ MORAES, 2003, p. 40.

³⁹² SILVA, 2001, p. 180 e 181.

³⁹³ SILVA, 2001, p. 182.

³⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

³⁹⁵ MORAES, 2003, p. 40.

Moraes conceitua os direitos fundamentais do homem como o arcabouço legal de direitos e garantias do homem que objetiva o respeito à dignidade pela limitação do poder estatal, estabelecendo “condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.³⁹⁶

Marmelstein afirma que os direitos fundamentais do homem são dispositivos jurídicos estreitamente vinculados à ideia de limitação do poder estatal e de dignidade da pessoa humana, constando tais normas do plano constitucional “de determinado Estado Democrático de Direito”.³⁹⁷

Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.³⁹⁸

Juridicamente os direitos fundamentais “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. No plano interno dos Estados esses direitos assumem o caráter de norma constitucional.³⁹⁹

Segundo Moraes, a natureza jurídica dos direitos fundamentais é constitucional, inserindo-se no texto de uma Constituição cujo enunciado da norma implicará sua eficácia e aplicabilidade.⁴⁰⁰

Para que se chegue a esse estágio constitucional os direitos fundamentais são classificados em quatro estágios: a primeira geração foi marcada pelos direitos referentes às liberdades públicas e aos direitos políticos, tendo como principais documentos a Magna Carta de 1215, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill Of Rights* de 1688 e as Declarações Americana de 1776 e Francesa de 1789. A segunda geração foi marcada pela Revolução Industrial europeia e as questões de cunho social, especialmente trabalhista, sendo os principais documentos a Constituição Mexicana, a Constituição de Weimar e o Tratado de Versalhes, todos do século XX.

³⁹⁶ MORAES, 2003, p. 39.

³⁹⁷ MARMELSTEIN, 2008, p. 20.

³⁹⁸ MARMELSTEIN, 2008, p. 20.

³⁹⁹ SILVA, 2001, p. 183.

⁴⁰⁰ MORAES, 2003, p. 42.

Na terceira geração dos direitos humanos, marcada por profundas mudanças na sociedade internacional, especialmente em virtude da Segunda Guerra Mundial, “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade”.⁴⁰¹ A quarta geração dos direitos fundamentais, defendida por Bobbio, refere-se “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.”⁴⁰²

Sobre essas gerações de direitos fundamentais, o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello declarou:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos da segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos da terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade que constitui um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁴⁰³

São características dos direitos fundamentais a historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a concorrência/interdependência, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a inviolabilidade, a efetividade e a complementariedade.⁴⁰⁴

No que tange à historicidade, Lenza sustenta que os direitos fundamentais originam-se remotamente no cristianismo.⁴⁰⁵ Por outro lado, sob o ponto de vista material, Silva aponta a origem desses direitos nas revoluções burguesas, afirmando que tais direitos “são históricos como qualquer direito”.⁴⁰⁶

Os direitos fundamentais também são universais, alcançando todos os indivíduos, “independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica.”⁴⁰⁷

⁴⁰¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 670.

⁴⁰² BOBBIO, 2004, p. 9.

⁴⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 61.

⁴⁰⁴ LENZA, 2009, p. 672.

⁴⁰⁵ LENZA, 2009, p. 672.

⁴⁰⁶ SILVA, 2001, p. 185.

⁴⁰⁷ MORAES, 2003, p. 41.

A relatividade dos direitos fundamentais confirma seu caráter de limitabilidade, demonstrando que tais regras não são absolutas. Assim, havendo conflito de interesses, ficará a cargo do julgador qual direito deverá prevalecer, “levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição”.⁴⁰⁸

Esses direitos podem ser exercidos cumulativamente, com diversas intersecções, no intuito de se atingir sua finalidade. Nesse sentido, a título de exemplo, Moraes esclarece que ir e vir estão intimamente ligados ao *habeas corpus*.⁴⁰⁹

Os direitos fundamentais são irrenunciáveis: ainda que não sejam exercidos, não se permite a renúncia a tais direitos. Essa particularidade subsidia discussões sobre a eutanásia, o aborto e o suicídio.⁴¹⁰

Também não se podem alienar os direitos fundamentais, gratuita ou onerosamente, destituídos que são de conteúdo econômico-patrimonial, sendo, portanto, inalienáveis e indisponíveis.⁴¹¹

São imprescritíveis os direitos fundamentais do homem e “nunca deixam de ser exigíveis”. Assim, não se perdem pelo decurso do prazo. A prescrição, segundo Silva, somente alcança direitos patrimoniais, não atingindo a exigibilidade dos direitos personalíssimos, “sempre exercíveis e exercidos”.⁴¹²

A inviolabilidade, de acordo com Moraes, é outra característica dos direitos fundamentais. Não se permite o desrespeito a esses direitos “por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal”.⁴¹³

Outra característica dos direitos fundamentais defendida por Moraes é a efetividade, entendida como obrigação do poder público de agir buscando garantir o seu efetivo cumprimento, “uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato”.⁴¹⁴

⁴⁰⁸ LENZA, 2009, p. 672.

⁴⁰⁹ MORAES, 2003, p. 41.

⁴¹⁰ SILVA, 2001, p. 185.

⁴¹¹ LENZA, 2009, p. 672.

⁴¹² SILVA, 2001, p. 185.

⁴¹³ MORAES, 2003, p. 41.

⁴¹⁴ MORAES, 2003, p. 41.

E, finalmente, os direitos fundamentais são complementares, devendo ser interpretados conjuntamente, objetivando o “alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.”⁴¹⁵

Há diferença entre os direitos e garantias fundamentais. Rui Barbosa, ao analisar a Constituição de 1981, diferenciou as disposições meramente declaratórias das assecuratórias, estabelecendo que “aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.”⁴¹⁶

No entanto Silva refere que a Constituição não separa os direitos das garantias constitucionais, deixando à doutrina a pesquisa de onde se encontram os direitos e quais são as garantias.⁴¹⁷ Os direitos, para Lenza, “são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”.⁴¹⁸

De acordo com Canotilho, a distinção entre direitos fundamentais e garantias institucionais remete à clássica distinção da doutrina alemã, segundo a qual as “garantias institucionais (Einrichtungsgarantien) compreendiam as garantias jurídico-públicas (Institutionelle Garantien) e as garantias jurídico-privadas (Institutsgarantie).”⁴¹⁹

Assim, a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia académica, são instituições protegidas directamente como realidades sociais. [...] A protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do «mínimo essencial» (núcleo essencial) das instituições.⁴²⁰

Apresentamos, portanto, uma breve noção dos direitos fundamentais do homem com sua conceituação, natureza jurídica e características.

⁴¹⁵ MORAES, 2003, p. 41.

⁴¹⁶ LENZA, 2009, p. 671.

⁴¹⁷ SILVA, 2001, p. 189.

⁴¹⁸ LENZA, 2009, p. 671.

⁴¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 521.

⁴²⁰ CANOTILHO, 1993, p. 522.

2.4 HERMENÊUTICA JURÍDICA E O ELO COM A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ

Muito embora as regras contidas na Torah datem da história antiga, distanciando-se temporalmente dos ditames de direitos fundamentais, podemos, por meio da hermenêutica, estabelecer relações, mesmo indiretas, entre essas normas. Para isso necessitamos conhecer essa ciência e compreender os métodos interpretativos dos hermeneutas.

Palmer, citado por Maciel, esclarece que etimologicamente “a palavra hermenêutica remonta ao verbo grego *hermeneuein* (= interpretar) e ao substantivo *hermeneia* (= interpretação).”⁴²¹ O vocábulo também é associado ao deus grego Hermes, cujo atributo mais notável era a transmissão clara aos homens de tudo o que lhes fugia ao entendimento, atribuindo-se a essa divindade a descoberta da linguagem e da escrita.⁴²²

No tocante a conceituação da hermenêutica, afirma Maciel:

A hermenêutica é a filosofia que permite buscar instrumentos que facilitam a arte de compreender, de interpretar, de traduzir de maneira clara signos inicialmente obscuros. A primeira função da hermenêutica foi entregar aos profanos o sentido de um oráculo. Progressivamente foi ela penetrando no domínio das ciências humanas e da filosofia.⁴²³

Historicamente a hermenêutica se associa aos textos sagrados dos patriarcas do judaísmo, caminhando pela teologia medieval e pela Reforma Protestante e alcançando a teologia moderna. Portanto verifica-se que “a hermenêutica mantém estrita ligação com a interpretação de textos religiosos”.⁴²⁴ Ou conforme Camargo:

A hermenêutica alcançou notável proeminência no campo religioso. O problema de interpretar corretamente a palavra de Deus era comum ao povo judeu em relação ao Antigo Testamento; aos cristãos, ao Novo Testamento; e aos protestantes, em relação à Reforma. Durante a Idade Média, a análise sistemática sobre a evidência da relação divina deu origem à Teologia, e a hermenêutica assumiu o aspecto exegético da correta

⁴²¹ MACIEL, 2012, p. 63.

⁴²² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

⁴²³ MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67-68.

⁴²⁴ MACIEL, 2012, p. 64.

interpretação dos textos sagrados, dando ensejo ao seu desenvolvimento no campo filológico.⁴²⁵

A história da hermenêutica perceptivelmente se funde com a história do cristianismo. O judaísmo, célula *mater* do cristianismo, detém “longa tradição doutrinal, textual e interpretativa”. Por essa razão a hermenêutica cristã se desenvolveu “em vários âmbitos, como o semiótico, o teológico e o interpretativo”.⁴²⁶

No judaísmo foram elaboradas as regras interpretativas da Torah no aspecto jurídico, espiritual ou literal. Com o advento do cristianismo a letra da Torah foi relativizada pela mensagem dos evangelhos, que reinterpretoou os textos sagrados do judaísmo à luz da vinda de Jesus Cristo.⁴²⁷

Para os romanos inicialmente o direito se apresentava de forma religiosa, incumbindo-se os sacerdotes de interpretar as normas. Em decorrência da grande valorização do direito pelos romanos, é natural que a interpretação relacione-se intimamente a questões jurídicas. Não por acaso, portanto, segundo Maciel, “a *interpretatio* romana é considerada por muitos a base da hermenêutica jurídica”.⁴²⁸

Já na Idade Média foi fundada a Escola dos Glosadores, que alcançou grande importância para a história do direito, unificando teoria e prática como base do pensamento jurídico e ensejando o estudo do direito romano nas universidades. Os glosadores respeitavam enfaticamente o texto e viam seu conteúdo com certo caráter de sacralidade, daí a adoção de uma interpretação analítica do *Corpus Juris Civilis*, “limitando-se a resolver dificuldades e atualizar o texto para aquela época”.⁴²⁹

A Escola dos Glosadores foi superada pela Escola dos Comentadores, que, mais livremente, empreendiam a interpretação com base filosófica, relacionando o direito com a ética no intuito de alcançar a justiça. “Essa nova concepção acabou por dar origem à hermenêutica contemporânea, de base essencialmente filosófica”.⁴³⁰

A partir do século XVIII a hermenêutica sofre grande influência da fenomenologia e da filosofia existencial, em virtude da corrente de pensamento alemã, cujo primeiro expoente foi o filósofo e professor protestante Friedrich Schleiermacher (1768-1834), seguido pelo historicista Wilhelm Dilthey (1833-1911),

⁴²⁵ CAMARGO, 2003, p. 25.

⁴²⁶ MACIEL, 2012, p. 65.

⁴²⁷ MACIEL, 2012, p. 65.

⁴²⁸ MACIEL, 2012, p. 69.

⁴²⁹ MACIEL, 2012, p. 70.

⁴³⁰ MACIEL, 2012, p. 70.

depois Martin Heidegger (1889-1976), com sua fenomenologia estrutural, e finalmente Hans-Georg Gadamer (1900-2002).⁴³¹

Com Schleiermacher a hermenêutica deixa de ser vista como tema disciplinar exclusivo da literatura, da teologia e do direito e passa a ter caráter geral de compreensão das expressões linguísticas. Segundo Ricoeur, é Schleiermacher quem inicia e executa o projeto de uma hermenêutica geral (universal). O pensador alemão procura alicerçar a hermenêutica, de modo a situar-se ou aplicar-se em qualquer obra. A hermenêutica filosófica de Schleiermacher é exclusivamente técnica. Ricoeur afirma que, apesar da preocupação essencialmente técnica de resolver o problema da interpretação e da compreensão, Schleiermacher sedimenta a hermenêutica num aspecto filosófico.⁴³²

O verdadeiro movimento de desregionalização começa com o esforço para se extrair um problema geral da atividade de interpretação cada vez engajada em textos diferentes. O discernimento dessa problemática central e unitária deve-se à obra de F. Schleiermacher.⁴³³

Schleiermacher estabeleceu a necessidade de esclarecer filosoficamente as condições da compreensão, não podendo a hermenêutica se restringir ao esclarecimento dos textos, na medida do surgimento das dificuldades de compreensão.⁴³⁴

A partir do filósofo e historiador alemão Wilhelm Dilthey, escritor de uma biografia de Schleiermacher, a hermenêutica deve se aplicar de forma metodológica a fim de se alcançar uma interpretação válida. Como afirma Ricoeur:

Para além de Dilthey, o passo decisivo não consistiu num aperfeiçoamento da epistemologia das ciências do espírito, mas num questionamento de seu postulado fundamental: essas ciências podem rivalizar com as ciências da natureza com as armas de uma metodologia que lhes seria própria. Essa pressuposição, dominante na obra de Dilthey, implica que a hermenêutica seria uma modalidade de teoria do conhecimento e que o debate entre explicar e compreender possa ser mantido nos limites da *Methodenstreit* caro aos neokantianos.⁴³⁵

⁴³¹ CAMARGO, 2003. p. 17.

⁴³² RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Tradução Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990, p. 21.

⁴³³ RICOEUR, 1990, p. 20.

⁴³⁴ MACIEL, 2012, p. 72.

⁴³⁵ RICOEUR, 1990, p. 29-30.

Com Dilthey os estudos humanísticos passaram a ter grande importância para a hermenêutica. Três foram os princípios historicistas formulados por Dilthey: as manifestações humanas, por comporem um processo histórico, devem ser explicadas em termos históricos; o historiador deve considerar as distintas épocas e os diferentes indivíduos no intuito de compreendê-los especificamente; e finalmente, “o próprio historiador está limitado pelos horizontes de sua época”.⁴³⁶

Adiante, Martin Heidegger apresenta uma hermenêutica como fenomenologia, que se tornou explicação fenomenológica da própria existência humana. No capítulo denominado “O método fenomenológico de investigação”, da obra *O ser e o tempo I*, Heidegger trata seu método como “hermenêutica”.⁴³⁷

De acordo com Richard Palmer, citado por Maciel:

A hermenêutica como teoria da compreensão é conseqüentemente uma teoria da revelação ontológica. Pois a existência humana é, em si mesma, um processo de revelação ontológica. Heidegger não permite que encaremos o problema ontológico separadamente da existência humana. A sua análise junta a hermenêutica à ontologia existencial e à fenomenologia e aponta para um fundamento da hermenêutica que não se baseia na subjetividade mas na facticidade do mundo e na historicidade da compreensão.⁴³⁸

O pensamento de Heidegger abre a estrada para a hermenêutica filosófica de Gadamer, especialmente quando afirma: “Toda a compreensão está embasada no caráter histórico da compreensão existencial”.⁴³⁹

Em Gadamer a hermenêutica, como teoria filosófica, “diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo”.⁴⁴⁰ Assim, o entendimento das coisas das quais se constitui o mundo e a compreensão entre os seres humanos se dão pela linguagem e pelo diálogo.

Ao esboçar o pensamento de Gadamer sobre a hermenêutica filosófica, afirma Carlos Nieto Blanco, citado por Streck:

En la comprensión hermenéutica entendida al modo gadameriano se pone también en juego la autocomprensión, revelándose en ella la propia dimensión del sujeto: ‘Es también – [...] – siempre la obtención de una

⁴³⁶ MACIEL, 2012, p. 72-73.

⁴³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, Parte I*. 10 ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 56-57.

⁴³⁸ MACIEL, 2012, p. 73.

⁴³⁹ MACIEL, 2012, p. 74.

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 195.

autocomprensión (*Selbvertändnisses*), más amplia y profunda. Pero eso significa que la hermenéutica es filosofía y, en tanto filosofía, filosofía práctica'. De acuerdo con Gadamer, tal comprensión posee siempre una dimensión lingüística.⁴⁴¹

A compreensão da hermenêutica entendida do modo gadameriano também se coloca no jogo da autocompreensão, revelando-se nela a própria dimensão do sujeito: É também – [...] – sempre a obtenção de uma compreensão mais ampla e profunda. Portanto isso significa que a hermenêutica é filosofia, enquanto filosofia, filosofia prática. De acordo com Gadamer, essa compreensão passa sempre por uma dimensão linguística.

Segundo Gadamer, a compreensão se concebe como maneira de ser do homem e não como processo subjetivo do homem em relação a um objeto. Nesse sentido, “o resultado dessas interpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica filosófica”.⁴⁴² Os textos, então, passam a ser interpretados de forma dialética, buscando responder à pergunta feita pelo texto e não ao questionamento que o intérprete fez, fundindo-se os horizontes do intérprete e do texto para alcançar a denominada linguagem.

Como diz Streck:

Em Gadamer, o primado da linguagem é o sustentáculo de seu projeto hermenêutico. Esse lugar cimeiro assumido pela linguagem é o sinal para o desencadeamento do giro linguístico. Em sua principal obra, fala-nos de um acontecer da verdade no qual já sempre estamos embarcados pela tradição.⁴⁴³

Assim, fica evidente que a hermenêutica gadameriana deixa de ser metódica, passando a ser filosófica. Logo, a “hermenêutica será, assim, o ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete”.⁴⁴⁴

Em meio a esse processo hermenêutico é necessário que o intérprete compreenda os valores, os fins e a problemática filosófica em que esteja inserido o objeto da interpretação. Alguns dos métodos de interpretação de textos, especialmente os jurídicos são: gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico, teleológico e axiológico. Os métodos histórico e axiológico serão os mais utilizados neste trabalho.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ STRECK, 2009, p. 194.

⁴⁴² MACIEL, 2012, p. 74.

⁴⁴³ STRECK, 2009, p. 218.

⁴⁴⁴ STRECK, 2009, p. 218.

⁴⁴⁵ MACIEL, 2009, p. 80-81.

Interpretar, conforme Carlos Maximiliano, “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão”.⁴⁴⁶ Entretanto a proposta é simplesmente demonstrar que, historicamente e, em alguns casos, axiologicamente, há relação entre os direitos fundamentais e as regras da cultura judaico-cristã.

Sobre essa relação do homem com a história, diz Falcão:

Essa inserção do homem na história e na sociedade – que, aliás, é da natureza mesma de sua vida *vivente*, no tempo – exige do ser humano permanente e efetiva percepção do mundo, o que se torna realizável por intermédio da interpretação. Viver é estar condenado – grata condenação! – a interpretar constantemente.⁴⁴⁷

Em virtude dessa constante necessidade de compreensão e interpretação, será analisada, no próximo capítulo, a possibilidade de estabelecer uma relação histórica e de valores entre a cultura judaico-cristã e algumas regras de direito fundamental da modernidade.

⁴⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

⁴⁴⁷ FALCAO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 83.

3 A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ E SUA RELAÇÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A história do direito brasileiro está intimamente ligada à história da evolução do direito europeu⁴⁴⁸ estudada no capítulo anterior. E este último, por sua vez, tem relação íntima com o direito canônico e, por consequência, com a cultura judaico-cristã.

Segundo Gusmão, “a história do sistema jurídico brasileiro inicia-se antes da História do Brasil, quando a Europa fazia a história, pois começa muito antes de 1500”.⁴⁴⁹ O sistema jurídico brasileiro é de direito escrito, tendo como fonte central a norma escrita, a lei. No que se refere ao conteúdo, o direito brasileiro, por meio do direito português, sofreu forte influência dos direitos romano, germânico e canônico.

Os colonizadores do Brasil não aderiram às ideias reformistas de Lutero e Calvino, optando pela denominada Contrarreforma, mantendo-se fechados “no dogma eclesiástico da fé e da revelação”⁴⁵⁰ católica apostólica romana. Esse fator levou o reino de Portugal ao distanciamento da modernidade, decorrente da valorização exacerbada da tradição, com reflexos na colônia.

A formação jurídica brasileira é dividida em três períodos: colonial (1500 a 1822), imperial (1822 a 1889) e republicano (1889 aos dias atuais).⁴⁵¹

Na denominada época colonial vigoravam como leis gerais no Brasil as Ordenações do Reino, separadas por períodos: Ordenações Afonsinas (1500 a 1521), que estabeleciam, dentre vários temas, as relações da Igreja com o Estado; Ordenações Manuelinas (1521 a 1603); e Ordenações Filipinas, que, ao lado das

⁴⁴⁸ ALBERGARIA, 2011, p. 197.

⁴⁴⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 27. ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 325.

⁴⁵⁰ MACIEL, 2011, p. 131.

⁴⁵¹ GUSMÃO, 2000, p. 325.

Leis Extravagantes, vigoraram no Brasil de 1603 a 1916. As “Ordenações não eram códigos no sentido atual, mas compilações de leis, de atos e de costumes”.⁴⁵²

No século XIX a corte portuguesa veio para o Brasil, conferindo-lhe o *status* de reino unido de Portugal e, conseqüentemente, acelerou o desenvolvimento com a instalação de portos, a criação do Banco do Brasil e a possibilidade de eleição de deputados pelas cortes. Nesse período houve grande contato com o liberalismo europeu, especialmente na Universidade de Coimbra, onde muitos iam estudar.⁴⁵³ Acerca desse período, afirma Silva:

Mas aqui já se constituía uma nobreza brasileira “assentada sobre as bases dos grandes latifúndios, numerosa, rica, orgulhosa, esclarecida pelas ideias novas que revolucionam os centros cultos do Rio e de Pernambuco”, bem como “uma aristocracia intelectual, graduada na sua maioria pelas universidades européias, especialmente a Universidade de Coimbra”, que acorre ao Rei, domina o Paço, como elemento catalisador, que haveria de influir na formação política desses primeiros tempos, que coincidem com o aparecimento de um novo fator, um novo modificador da estrutura política, que são as novas teorias políticas que então agitavam e renovavam, desde os seus fundamentos, o mundo europeu: o Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia, a República.⁴⁵⁴

O retorno de D. João VI e sua corte a Portugal, a tentativa da Coroa portuguesa de restabelecer o regime de colônia ao Brasil e a necessidade de uma norma que atendesse a nossa realidade político-social contribuíram para que, em 7 de setembro de 1822, fosse declarada a independência do Brasil e instaurado o Império.⁴⁵⁵

Consolidada a independência, surge a necessidade de um “novo arcabouço jurídico” para o recém-criado país.⁴⁵⁶ Em 1823 convocou-se a Assembleia Constituinte para a elaboração da Carta Magna. Entretanto, por questões políticas, o imperador a dissolveu no mesmo ano, instituindo um Conselho de Estado que elaborou e redigiu o texto constitucional, aprovado e sancionado em 25 de março de 1824, tornando-se a primeira Constituição do Brasil.⁴⁵⁷

A primeira Constituição brasileira teve traços marcantes, como a presença de um quarto poder, denominado Poder Moderador, além da instituição da eleição indireta e censitária. Entretanto, como escopo desta pesquisa, destacam-se a

⁴⁵² GUSMÃO, 2000, p. 327.

⁴⁵³ MACIEL, 2011, p. 143-144.

⁴⁵⁴ SILVA, 2001, p. 73.

⁴⁵⁵ GUSMÃO, 2000, p. 329.

⁴⁵⁶ MACIEL, 2011, p. 145.

⁴⁵⁷ LENZA, 2009, p. 51.

presença marcante do catolicismo e a instituição de direitos e garantias individuais.⁴⁵⁸

A Constituição de 1824 declarou a religião católica como religião oficial do Império, muito embora admitisse a “liberdade” de crença, ainda que vedada a sua manifestação pública. “O clero católico era tratado como um ramo do funcionalismo público, e as rendas da Igreja eram matéria de Estado.”⁴⁵⁹ Em virtude das ocupações públicas e das propriedades de grandes porções de terras, os padres exerciam grande influência em suas localidades.

Acerca da forte influência do cristianismo católico na Constituição de 1824 diz Albergaria:

A “*Constituição Política do Império do Brasil*” de 25 de março de 1824 teve, ainda, forte influência católica. Assim, foi promulgada em Nome da Santíssima Trindade e tinha “a Religião Catholica Apostolica Romana” como “a Religião do Império”. Contudo, todas as outras religiões eram “permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo” (Art. 5).⁴⁶⁰

Tal exemplo demonstra a força exercida pelo cristianismo católico na formação normativa brasileira, contrapondo-se a todas as ideias libertárias presentes na Europa do século XIX.⁴⁶¹

A Constituição do Império trata, no seu Título VIII, “*Das disposições geraes, garantias e direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*”. O Art. 179 da Carta Constitucional de 1824 estabelece, em 35 incisos, direitos e garantias fundamentais. O texto constitucional tratou dos princípios da legalidade e igualdade, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, princípio da reserva legal e da anterioridade da lei penal, princípio do juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, individualização da pena, direito de propriedade e responsabilidade civil do Estado por ato de funcionários públicos, dentre outros.⁴⁶²

Em 1827 foram criados, pela Lei de 11 de agosto de 1827, os dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas e Sociais no Brasil, um em Olinda, posteriormente transferido para Recife, e outro na cidade de São Paulo. Tal iniciativa contribuiu

⁴⁵⁸ SILVA, 2001, p. 75.

⁴⁵⁹ LOPES, 2012, p. 311.

⁴⁶⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 200.

⁴⁶¹ LOPES, 2012, p. 312.

⁴⁶² MORAES, 2003, p. 32.

enormemente para a formação de uma cultura jurídica nacional.⁴⁶³ E mais uma vez, é perceptível a presença da cultura judaico-cristã, já que o estudo do direito canônico fazia parte da formação curricular no segundo ano do curso de Direito.⁴⁶⁴

O período imperial passa por grande turbulência político-administrativa, com a abdicação de D. Pedro I, em 7 de abril de 1831. Depois de um período regencial de nove anos, em 18 de julho de 1841 D. Pedro II assumiu o trono. O novo imperador instituiu o parlamentarismo, conhecido como “parlamentarismo às avessas”, porque o primeiro-ministro era escolhido e nomeado pelo próprio imperador. Além disso, fatores sociais como o enfraquecimento da monarquia a partir de 1860, o Manifesto do Centro Liberal de 1869, o Manifesto Republicano de 1870, os fortes entraves entre o Clero e a Monarquia e as constantes insurreições que já vinham acontecendo no Brasil ao longo do século XIX criaram um cenário ideal para a instituição do regime republicano.⁴⁶⁵

Entre o fim do Império e o início da República houve modificação, principalmente por má absorção das ideologias estrangeiras e avanço dos interesses burgueses, em detrimento dos valores tradicionais.⁴⁶⁶ Sob esse aspecto, escreveu Euclides da Cunha:

Vivendo quatrocentos anos no litoral vastíssimo, em que palejam reflexos da vida civilizada, tivemos de improviso, como herança inesperada, a República. Ascendemos, de chofre, arrebatados na caudal dos ideais modernos, deixando na penumbra secular em que jazem, no âmago do país, um terço da nossa gente. Iludidos por uma civilização de empréstimo; respigando, em faina cega de copistas, tudo o que de melhor existe nos códigos orgânicos de outras nações, tornamos, revolucionariamente, fugindo ao transigir mais ligeiro com as exigências da nossa própria nacionalidade, mais fundo o contraste entre o nosso modo de viver e o daqueles rudes patrícios mais estrangeiros nesta terra do que os imigrantes da Europa. Porque não no-los separa um mar, separam-no-los três séculos...⁴⁶⁷

Nos anos de 1889 a 1891 instala-se o Governo Provisório por meio do Decreto nº. 1 de 15 de novembro de 1889, redigido por Rui Barbosa, sob a presidência de Deodoro da Fonseca, que ficou imbuído de cimentar o novo regime e firmar uma nova Constituição.⁴⁶⁸

⁴⁶³ MACIEL, 2011, p. 147.

⁴⁶⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 199.

⁴⁶⁵ LENZA, 2009, p. 52, 55.

⁴⁶⁶ MACIEL, 2011, p. 161.

⁴⁶⁷ CUNHA, Euclides da. Os Sertões. São Paulo: Três, 1984, p. 90.

⁴⁶⁸ LENZA, 2009, p. 55.

Em 1890 foi convocada a Assembleia Constituinte para elaborar a primeira Constituição da República. Criou-se uma comissão de cinco ilustres juristas que elaboraram o anteprojeto da Constituição, encaminhando-o ao governo para revisão do então ministro da Fazenda Rui Barbosa, “que o alterou de tal maneira que ele próprio passou a considerar-se autor do projeto”.⁴⁶⁹

Uma das marcas dessa primeira Constituição da República é o laicismo. Foi estabelecido um Estado laico. O preâmbulo da referida Carta Magna não fazia menção a Deus. O casamento, para ser reconhecido, deveria ser civil e celebrado gratuitamente, e o ensino ministrado nas escolas públicas, conforme previa o Art. 72, §2º, deveria ser laico.⁴⁷⁰ O Brasil, em razão das mudanças normativas, se estabeleceu como “um país leigo, laico ou não confessional”.⁴⁷¹

Quanto aos direitos fundamentais, a Constituição “de Rui Barbosa” repete o rol de direitos humanos estabelecidos pela Constituição anterior, com algumas inovações, tais como gratuidade de casamento civil, ensino leigo, *habeas corpus*, instituição do júri, direito de reunião e ampla defesa, além de outros previstos no Art. 72 e parágrafos.⁴⁷²

O novo texto constitucional foi fortemente influenciado pela Constituição norte-americana e pelas Constituições argentina e suíça. Segundo Silva, “faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida”.⁴⁷³

O forte sistema oligárquico brasileiro da primeira República (ou República Velha) destoava do texto constitucional vigente. Os coronéis, grandes produtores rurais, dominavam o cenário político, com o denominado “voto de cabresto”, não secreto, ensejando o controle pelos latifundiários. Além disso, a crise econômica de 1929, com a quebra da bolsa de valores de Nova York, nos Estados Unidos, e o fortalecimento da classe operária no Brasil contribuíram para o golpe de Estado de 1930, com a deposição do então presidente Washington Luís e o impedimento do presidente eleito Julio Prestes de tomar posse. No dia 3 de novembro de 1930, Getúlio Vargas assume a presidência da Nova República.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ MACIEL, 2011, p. 162-163.

⁴⁷⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 205-206.

⁴⁷¹ LENZA, 2009, p. 56.

⁴⁷² MORAES, 2003, p. 32.

⁴⁷³ SILVA, 2001, p. 79.

⁴⁷⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 208.

Os revolucionários dissolveram o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais, e vedaram a apreciação judicial dos atos do governo provisório que estivessem de acordo com o Decreto 19.398 de 11 de novembro de 1930.⁴⁷⁵ Foi instituída a Assembleia Nacional Constituinte em 1933, e em 16 de julho de 1934, foi promulgada uma nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil.⁴⁷⁶

A Constituição de 1934 manteve a base laica do Estado, resguardando a liberdade de consciência e crença. Além disso, restabeleceu, em seu art. 146, o casamento religioso com efeitos civis, prevendo:

O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública e os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo de oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no registro civil.⁴⁷⁷

Ainda no campo da religião foi facultado o ensino religioso nas escolas públicas, por força do Art. 153 da Carta Magna de 1934, divergindo também nesse ponto da Constituição de 1891, considerada antirreligiosa.⁴⁷⁸

A Constituição de 1934, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, reiterou em seu art. 113 e incisos as disposições contidas na Constituição anterior, acrescentando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a escusa de consciência, a irretroatividade da lei penal, o mandado de segurança e a ação civil pública, além de outros direitos.⁴⁷⁹

Os denominados direitos sociais também foram objeto de previsão pela Lei Maior de 1934, que adotou uma política de proteção trabalhista, uma das maiores contribuições do governo Vargas ao Texto Constitucional, [dispondo que] “a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ MACIEL, 2011, p. 166.

⁴⁷⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 208.

⁴⁷⁷ LENZA, 2009, p. 61-62.

⁴⁷⁸ LENZA, 2009, p. 62.

⁴⁷⁹ MORAES, 2003, p. 33.

⁴⁸⁰ ALBERGARIA, 2011, p. 209-210.

Getúlio Vargas, atento às novas ideologias do pós-guerra e ao movimento partidário brasileiro – com o surgimento do Partido Fascista liderado por Plínio Salgado e a reorganização do Partido Comunista chefiado por Luís Carlos Prestes – revoga a Constituição de 1934 e promulga a nova Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937,⁴⁸¹ sob o seguinte argumento:

Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central.⁴⁸²

A Constituição de 1937 foi desenvolvida por Francisco Campos e recebeu a alcunha de “Polaca”, pela grande influência que recebeu da Constituição polonesa, de caráter fascista. Mais uma vez foram fechadas as casas do Legislativo, e estabelecido o domínio do Executivo sobre o Judiciário. Também se extinguiram os partidos políticos.⁴⁸³

Segundo Silva, a Constituição de 1937 não foi regularmente aplicada e “muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta”. Estabeleceu-se nesse período um regime ditatorial, “com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República”⁴⁸⁴ que estabelecia e aplicava as leis. Inexistiram nessa Constituição avanços no tocante aos direitos fundamentais.

Em 1945, com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, uma grande pressão política visando ao retorno da democracia no país.⁴⁸⁵ Getúlio Vargas, mesmo com toda a popularidade, foi deposto pelas Forças Armadas, que convocaram o presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, para assumir o comando do Executivo nacional. No dia 1º de fevereiro de 1946 o presidente eleito General Gaspar Dutra assumiu o poder e no mesmo dia foi instaurada nova Assembleia Constituinte. A promulgação do novo texto constitucional deu-se em 18 de setembro de 1946.⁴⁸⁶

A Constituição de 1946 destaca-se pelo restabelecimento de direitos fundamentais suprimidos pela Carta Constitucional anterior, como o mandado de

⁴⁸¹ SILVA, 2001, p. 82

⁴⁸² SILVA, 2001, p. 82.

⁴⁸³ LENZA, 2009, p. 64-65.

⁴⁸⁴ SILVA, 2001, p. 83.

⁴⁸⁵ ALBERGARIA, 2011, p. 212.

⁴⁸⁶ LENZA, 2009, p. 68.

segurança e a ação civil pública, por exemplo. Foi prevista a inafastabilidade do controle jurisdicional do Poder Judiciário (art. 141, § 4º) e eliminaram-se as penas de morte, de confisco, de caráter perpétuo e de banimento (art. 143, § 31).⁴⁸⁷ Acerca dessa retomada de princípios, pondera Silva:

Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente.⁴⁸⁸

Em 1964, pela via do golpe militar, o presidente João Goulart (Jango) foi deposto, assumindo o controle da nação o comando das Forças Armadas, que logo baixou o Ato Institucional nº. 1, de lavra do mesmo autor da Constituição de 1937. Mais uma vez o Congresso Nacional foi fechado e, por meio do Ato Institucional nº. 4, foi aprovada a Constituição de 1967, que seguiu a mesma linha da Constituição de 1937. Ocorreu nesse período uma larga supressão dos direitos e garantias fundamentais, ampliando-se, por outro lado, os direitos dos trabalhadores.⁴⁸⁹

Alguns direitos fundamentais permaneceram intactos no texto constitucional, não sendo, contudo, observados na prática. Ademais, foram acrescentados no rol dos direitos humanos (art. 150) o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, a previsão de competência para o Tribunal do Júri e a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil, entre outros.⁴⁹⁰

Em 1968 o Ato Institucional nº. 5, baixado pelo presidente, marechal Arthur da Costa e Silva, “rompeu com a ordem constitucional”.⁴⁹¹ Tornaram-se “suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade”⁴⁹², além de outros direitos anteriormente assegurados.

Com o afastamento de Costa e Silva foi promulgada, em 17 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº. 1, que vigorou a partir de 30 de outubro de 1969, substituindo a Constituição de 1967. Por essa razão, “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição”.⁴⁹³

⁴⁸⁷ LENZA, 2009, p. 70.

⁴⁸⁸ SILVA, 2001, p. 85.

⁴⁸⁹ LENZA, 2009, p. 70-72.

⁴⁹⁰ MORAES, 2003, p. 34.

⁴⁹¹ SILVA, 2001, p. 87.

⁴⁹² LENZA, 2009, p. 73.

⁴⁹³ SILVA, 2001, p. 87.

A ferrenha opressão do governo militar tornou insustentável a sua permanência no poder. Já a partir de 1974 a abertura política do Brasil começou a ser buscada. Em 1982 iniciou-se o movimento pelas eleições diretas para presidente da República, com a alcunha de “Diretas Já”. Todo esse cenário político culminou com o declínio do regime militar e a eleição de Tancredo Neves, em 1985, para a presidência.⁴⁹⁴ Silva transcreveu parte do discurso de Tancredo Neves em Maceió:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, ‘com prudência e moderação’, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que ‘se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários’, e o que é mais importante, ‘pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira’. E, assim, finalmente, a Nova República ‘será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã’.⁴⁹⁵

Tancredo Neves morreu antes de assumir a presidência. Seu vice, José Sarney, assumiu o comando do país, tornando-se o primeiro presidente civil após a redemocratização. Em 1987 foi instalada a Assembleia Constituinte, sob a presidência do deputado Ulysses Guimarães e promulgada, em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal que vigora atualmente.⁴⁹⁶

A Carta Magna de 1988, ensina Piovesan, “institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil”.⁴⁹⁷ A nova Carta, além de resguardar setores fragilizados da sociedade brasileira, cimenta as garantias e direitos fundamentais. A Constituição de 1988 apresenta-se “como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos jamais adotado no Brasil”.⁴⁹⁸

Sobre a nova Carta, diz Silva:

É a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ ALBERGARIA, 2011, p. 220.

⁴⁹⁵ SILVA, 2001, p. 88.

⁴⁹⁶ ALBERGARIA, 2011, p. 221.

⁴⁹⁷ PIOVESAN, 2013, p. 87.

⁴⁹⁸ PIOVESAN, 2013, p. 87.

⁴⁹⁹ SILVA, 2001, p. 90.

No tocante aos direitos e garantias fundamentais a Carta de 1988 se estabeleceu “entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”.⁵⁰⁰ Um dos seus princípios consagrados é o princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo Paulo Bonavides *apud* Piovesan, é o princípio que melhor sintetiza “a unidade material” da Carta Magna.

Essa Constituição servirá de fonte ao apontamento da possível relação com regras advindas da cultura judaico-cristã, absorvida ao longo dos séculos por inúmeras gerações. Piovesan, embasada em Habermas, ensina que “os princípios morais, de origem jus-racional, são, hoje, parte integrante do direito positivo. Por essa razão, a interpretação constitucional assume uma forma cada vez mais jusfilosófica”.⁵⁰¹

Nesse sentido, busca-se analisar o sistema jurídico constitucional de forma axiológica, preservando-lhe os valores fundamentais e apontando, de forma comedida e razoável, possíveis elementos da cultura judaico-cristã no texto constitucional vigente no Brasil.

3.2 O DIREITO À VIDA E O “NÃO MATARÁS” PRESENTE NO DECÁLOGO

A Carta Constitucional de 1988 dispõe em seu Título II, no *caput* do art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”⁵⁰²

Vida. Do latim *vitae*, de *vivere* (viver, existir), designa propriamente a força interna substancial, que anima, ou dá ação própria aos seres organizados, revelando o estado de atividade dos mesmos seres. No sentido vulgar, vida exprime o modo de viver, a subsistência, a ocupação e o espaço, ou tempo que ocorre do nascimento à morte. Sintetiza-se, pois, em relação ao homem, no conjunto de atividades, de costumes ou de ocupações, a que se possa dedicar.⁵⁰³

⁵⁰⁰ PIOVESAN, 2013, p. 88, 93.

⁵⁰¹ PIOVESAN, 2013, p. 94-95.

⁵⁰² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 68.

⁵⁰³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 865.

Ao assegurar o direito à vida, a Constituição Federal protege todos os demais direitos fundamentais, pois a vida se constitui requisito primário para a existência e aplicação dos demais direitos.⁵⁰⁴

A previsão do direito à vida no dispositivo constitucional é genérica, abrangendo “tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.⁵⁰⁵

A vida, sobretudo a vida humana, ainda tem para nós significado um tanto quanto místico e sobrenatural, fruto da nossa incapacidade de encontrar uma explicação “científica” para a sua existência. Daí a crença de que a vida é sagrada, um presente de Deus e por isso mesmo possui um valor intrínseco. E mesmo para aqueles mais céticos que não acreditam na tese da “centelha divina”, a vida tem importância inestimável, tanto pelo mistério que a envolve quanto pelo fato de que ela é pressuposto para o exercício de todos os demais direitos.⁵⁰⁶

O Decálogo, “espinha dorsal dos mandamentos”, conforme Facciolla, assim estabelece: “Não matarás”,⁵⁰⁷ e sobre as disposições contidas nos dez mandamentos, diz Silva:

Nessa perspectiva, os Mandamentos são categóricos, incondicionais e genéricos; pois não descrevem circunstâncias imediatas a uma dada situação. Daí o seu caráter conciso para facilitar a memorização e a aplicação nos vários âmbitos da vida. Constituem um conjunto de instruções e orientações para a vida.⁵⁰⁸

A ordenança de não matar constante do Decálogo compõe uma unidade constituída por ditames de caráter social.⁵⁰⁹ As normas que estabelecem a obrigação de não fazer têm também aqui caráter universal, abrangendo “os mandamentos teológicos e éticos mais importantes” dispostos segundo “seu peso temático, na forma mais genérica possível”. Ainda de acordo com Schmidt, “os mandamentos do Decálogo advertem contra o delito antes que seja cometido, constituem instruções para vida, são, portanto, mais *ethos* do que *ius*”.⁵¹⁰

⁵⁰⁴ MORAES, 2003, p. 87.

⁵⁰⁵ LENZA, 2009, p. 678.

⁵⁰⁶ MARMELSTEIN, 2008, p. 82.

⁵⁰⁷ FACIOLLA, 2005, p. 15-16.

⁵⁰⁸ SILVA, 2001, p. 118.

⁵⁰⁹ SILVA, 2001, p. 122.

⁵¹⁰ SCHMIDT, 1994, p. 114.

A Torah determina a aplicação da pena de morte por meio de espada, estrangulamento, morte pelo fogo ou apedrejamento.⁵¹¹ Todavia, a classificação de homicídio limita-se “ao derramamento ilícito de sangue pelo indivíduo e não se aplica ao homicídio perpetrado pela coletividade, através de pena de morte ou na guerra”.⁵¹²

A Constituição brasileira dá ao texto dimensão muito maior, por estar fundada na dignidade da pessoa humana. Assim, não apenas se mantém a vida, mas principalmente cabe ao Estado garantir a todos vida digna.⁵¹³ Nesse caminho, afirma Moraes:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer, e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais de cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa...⁵¹⁴

O testamento cristão, muito embora ratifique o texto legal do Antigo Testamento, dá-lhe conotação muito mais humanista, conforme se depreende da leitura do capítulo 13, verso 9, da carta de Paulo aos Romanos: “Não cometerás adultério, não matarás, não furtarás, não cobiçarás, e todos os outros, se resumem nesta sentença: Amarás o teu próximo como a ti mesmo.”⁵¹⁵

Essa releitura pelo cristianismo da tradição judaica influenciou, como já dito, o pensamento contemporâneo e moderno sobre o direito à vida ou o dever de não matar. Essa influência do pensamento cristão é tão evidente que o Superior Tribunal de Justiça do Brasil emitiu decisão fundada no calendário gregoriano:

Calendário gregoriano e primeiro dia de vida: STJ – “A legislação penal sufragou o calendário gregoriano para o cômputo do prazo. O período do dia começa à zero hora e se completa às 24 horas. Inclui-se o dia do começo. A idade é mencionada por ano. Não se leva em conta a hora do nascimento. O dia do começo, normativamente, independe do instante da ocorrência do nascimento. Termina às 24 horas. Assim, a pessoa nascida ao meio-dia completa o primeiro dia de vida à meia-noite” (Ementário STJ

⁵¹¹ MAIMONIDES, 1990, p. 174.

⁵¹² SCHMIDT, 1994, p. 115.

⁵¹³ LENZA, 2009, p. 678.

⁵¹⁴ MORAES, 2003, p. 87.

⁵¹⁵ Rm 13,9.

nº. 8/736 – Resp nº 16.849-0 – SP. rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª T. Unânime. DJ 14-6-93).⁵¹⁶

Temas que gravitam em torno do direito à vida, como o aborto, a eutanásia, as pesquisas com células-tronco e a pena de morte são recorrentes no judiciário brasileiro e nos debates da esfera pública, contando sempre com a participação efetiva das diversas religiões, especialmente, no caso do Brasil, das religiões cristãs.⁵¹⁷

No caso da pena de morte o Brasil estabeleceu, no art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal, que “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. Na contramão da cultura brasileira, alguns políticos e pessoas públicas levantam a bandeira da pena de morte para crimes bárbaros. Contudo, para Marmelstein, essa “discussão é muito mais retórica do que propriamente jurídica”, pois no Brasil a vedação da pena de morte é tida por cláusula pétreia, não sendo possível instituí-la nem mesmo por meio de emenda à Constituição.⁵¹⁸

Evidentemente, conforme já exposto, não era essa a realidade cultural dos hebreus, que admitiam a pena de morte. Mesmo a Igreja Católica, por meio do seu Código de Direito Canônico de 1917, a previa. O papa Paulo VI disse que “entre os direitos do homem, a vida é um direito fundamental e ninguém pode ter um direito contrário quando se trata de uma pessoa inocente”. Assim, o representante maior da Igreja Católica manteve o entendimento do preceito judaico e da tradição católica no que se refere à pena de morte.⁵¹⁹

Conclui-se, portanto, que o Brasil não seguiu a tradição judaico-cristã, sendo, ao contrário, movido por uma visão ético-moral dissociada dos costumes bíblicos.

Outro tema de discussão constante envolvendo o direito à vida é a eutanásia que, no campo jurídico, refere-se “à morte que alguém provoca em outra pessoa já em estado agônico ou pré-agônico, com o fim de libertá-la de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, ou muito penosa ou tormentosa”.⁵²⁰

⁵¹⁶ MORAES, 2003, p. 88.

⁵¹⁷ SILVA, 2001, p. 201-206.

⁵¹⁸ MARMELSTEIN, 2008, p. 85.

⁵¹⁹ RODRIGUES, Paulo Daher. *Pena de morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 72-73.

⁵²⁰ SILVA, 2001, p. 205.

O tema não foi enfrentado explicitamente pela Constituição Federal de 1988. Entretanto o direito à vida não é disponível, o que impossibilita o indivíduo de dela se desfazer.⁵²¹ Nesse sentido, afirma Aníbal Bruno *apud* Silva:

A vida é um bem jurídico que não importa proteger só do ponto de vista individual; tem importância para a comunidade. O desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui esta da tutela penal. O Estado continua a protegê-la como valor social e este interesse superior torna inválido o consentimento ao particular para que dela o prive. Nem sequer quando ocorrem as circunstâncias que incluíram o fato na categoria de eutanásia, ou homicídio piedoso.⁵²²

O cristianismo, fundado na norma judaica “não matarás”, mostra-se, por meio de suas lideranças, contrário à prática da eutanásia ou qualquer outro tipo de interrupção voluntária da vida. O ordenamento jurídico brasileiro constitucional e infraconstitucional segue o mesmo caminho e veda todo tipo de eutanásia, “quais sejam, ativa ou passiva (ortotanásia)”.⁵²³

Mais um tema envolvendo o direito à vida ou a exigência de não matar é o aborto, que nos últimos anos tem gerado acaloradas discussões e diálogos (monólogos) na esfera pública, requerendo o constante posicionamento do poder judiciário, especialmente no que tange ao aborto do feto anencefálico.⁵²⁴

O aborto é questão enfrentada pela Constituição Federal que, conforme já dito, dispõe genericamente, tal qual a lei hebraica, sobre o direito à vida. Por outro lado, o artigo 2º do Código Civil Brasileiro dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.⁵²⁵

Por força dessa definição, a lei penal criminaliza a prática do aborto nos artigos 124 a 126, salvaguardando apenas duas hipóteses: o aborto pelo médico como única solução para salvar a vida da gestante e no caso de gravidez advinda de estupro, mediante a anuência da gestante ou de seu responsável legal, quando esta for menor.⁵²⁶

⁵²¹ MORAES, 2003, p. 91.

⁵²² SILVA, 2001, p. 205.

⁵²³ MORAES, 2003, p. 91.

⁵²⁴ MARMELSTEIN, 2008, p. 86-87.

⁵²⁵ BRASIL, 2012, p. 247.

⁵²⁶ BRASIL, 2012, p. 589.

Considerando que o direito à vida é um dom divino, muitas religiões se opõem à interrupção da gravidez, independentemente da justificativa. A Igreja Católica adota um posicionamento bastante radical nesse assunto.⁵²⁷

A Igreja Católica, em princípio, condenava o aborto necessário (ou seja, a interrupção da gestação quando não há outro meio de salvar a vida da gestante), por acreditar que a morte do nascituro, sem o sacramento do batismo, implicaria na perdição daquele ser, que ficaria excluído do Reino de Deus. Porém, refez seu entendimento na Encíclica *Casti Connubii*, de Pio XI, onde passou a tolerar o aborto necessário.⁵²⁸

Também por motivos religiosos a doutrina espírita e o judaísmo admitem a interrupção da gravidez apenas quando a gestação oferece risco de vida à mãe. Por outro lado, no meio protestante, afirma Tessaro, “se verifica um maior apoio à interrupção da gestação motivada pela anomalia fetal grave”.⁵²⁹

Em 2012 o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão muito bem elaborada, sentenciou na ADPF 54/DF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/ Distrito Federal, sobre um caso em que se discutia a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos. O ministro citou parte de um sermão do padre Antônio Vieira e, ao longo de sua tese, discorreu sobre o direito à vida, embasado em ponderações de caráter cristão sustentadas pela Igreja Católica, bem como dissertou a respeito da laicidade do Estado brasileiro, colhendo subsídios também de legislações de outros países. Ao final, concluiu com a possibilidade legal de interromper a gravidez de feto anencéfalo.⁵³⁰

Outros temas de grande importância que norteiam o direito à vida, como a pesquisa com células-tronco embrionárias prevista na Lei nº. 11.105/2005, já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal,⁵³¹ e o caso de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, com a colisão entre princípios de direitos fundamentais (direito à vida x liberdade religiosa),⁵³² geram grande mobilização social, principalmente religiosa.

⁵²⁷ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 27.

⁵²⁸ TESSARO, 2008, p. 28.

⁵²⁹ TESSARO, 2008, p. 29.

⁵³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013.

⁵³¹ LENZA, 2009, p. 678.

⁵³² MARMELESTEIN, 2008, p. 477-479.

Este trabalho não pretende levantar bandeiras ou justificar os posicionamentos sobre o direito à vida (“não matarás”), limitando-se a apontar indícios da relação histórico-jurídica entre a norma moderna e a cultura judaico-cristã.

3.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO

Há uma enorme preocupação da legislação hebraica com o estabelecimento de um julgamento justo, razão pela qual dispõe uma séria de regras sobre o direito de defesa, a capacidade e responsabilidade do julgador, a cuidado ao ouvir a testemunha e a isonomia processual, além de outros aspectos.⁵³³

Hoje é possível verificar esse mesmo cuidado no texto constitucional, que estabelece no art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No mesmo artigo, inciso LV, a Carta Magna dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁵³⁴

Ao estabelecer o princípio do devido processo legal, a Constituição Federal revive, conforme Moraes, a “*Magna Charta Libertatum*”, datada de 1215. Diferindo de outras, a Constituição de 1988 declarou categoricamente o devido processo legal.⁵³⁵

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁵³⁶

O contraditório e a ampla defesa asseguram que o procedimento contará com as garantias necessárias às partes para que “possam sustentar suas razões,

⁵³³ MAIMONIDES, 1990, 313-320.

⁵³⁴ BRASIL, 2012, p. 71.

⁵³⁵ MORAES, 2003, p. 256-257.

⁵³⁶ MORAES, 2003, p. 257.

produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz”.⁵³⁷ Atualmente a justiça cível e penal norteia-se, em linhas gerais, pelos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, sendo que “destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa”.⁵³⁸

A Torah, motivada por valores éticos e morais diversos dos modernos, já impunha a apresentação do homicida perante a congregação para julgamento, vedando sua execução antes desse procedimento.⁵³⁹

O texto legal dos hebreus não previu apenas a necessidade de julgamento prévio para fins de execução penal, estabelecendo também uma série de regras para o processo. Entre as preocupações com a figura do julgador, vedava-se a designação, para o Grande Tribunal, de juízes incultos, ou seja, ignorantes da Torah. O texto legal hebraico também previu, no livro de Levítico, capítulo 19, versículo 15, que o juiz não deve decidir injustamente: “Não fareis injustiças no juízo”. Outros preceitos, como não aceitar presentes de uma das partes, abster-se de proteger quaisquer das partes, proferir julgamento sem covardia, não sentenciar por piedade ou por convicções pessoais. Todas essas regras garantiam o direito de defesa e de contraditório do acusado.⁵⁴⁰

Conforme já disposto, a amplitude axiológica nas normas modernas é muito superior às normas da Antiguidade, especialmente pelo grau de importância que se dá ao indivíduo. Todavia são inegáveis as semelhanças entre as disposições normativas. Assim, a legislação infraconstitucional estabelece algumas regras de conduta e postura do juiz, como por exemplo, a impossibilidade de “se eximir de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.” O processo civil brasileiro ainda prevê que o juiz será considerado suspeito quando “receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo...”. Portanto, as regras processuais brasileiras estabelecem, assim com a norma hebraica, padrões de comportamento e postura dos juízes.⁵⁴¹

Elpídio Donizetti ao tratar dos deveres e responsabilidades do juiz, na busca de se garantir a isonomia processual assim ensina:

⁵³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

⁵³⁸ CINTRA, 2009, p. 90.

⁵³⁹ MAIMONIDES, 1990, p. 320.

⁵⁴⁰ MAIMONIDES, 1990, p. 313-317.

⁵⁴¹ BRASIL, 2012, p. 417.

Para impor a ordem jurídica e, conseqüentemente, manter a paz social, o Estado assumiu o monopólio da justiça, manifestando uma faceta de seu poder, o poder jurisdicional. Por outro lado, não permitindo a justiça privada, assumiu o dever de prestar a tutela jurisdicional sempre que provocado para tanto. Aliás, o conceito de jurisdição engloba pelo menos dois aspectos: a jurisdição como manifestação do poder do Estado e como função ou encargo. Em razão disso, os poderes e deveres do juiz são indissociáveis.⁵⁴²

Os textos hebreu e brasileiro disciplinam regras acerca das testemunhas, cada um do seu modo e de acordo com sua realidade social. O processo civil brasileiro declara a suspeição daqueles que tiveram condenação transitada em julgado por falso testemunho e daquele que “por seus costumes, não for digno de fé”.⁵⁴³ Também a Torah determina que o juiz vede o testemunho do homem mau e exorta a não prestar falso testemunho contra o próximo.⁵⁴⁴ No que tange ao testemunho de parentes o Código de Processo Civil brasileiro dispõe que “são impedidos: o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade...”⁵⁴⁵ Da mesma forma, segundo Maimônides, o texto legal hebreu desautoriza a aceitação de testemunho de parentes de alguma das partes:

Por esta proibição um juiz fica proibido de admitir o testemunho de parentes, seja a favor ou contra ele. Ela está expressa em Suas palavras, enaltecido seja Ele, “Não se fará morrer os pais pelos filhos, nem os filhos pelos pais” (Deuteronômio 24:16), cuja explicação Tradicional se encontra no Sifrei: “Pais não devem morrer pelo testemunho de seus filhos nem os filhos pelo testemunho de seus pais”.⁵⁴⁶

Portanto, ambos os textos, embora dotados de argumentos diversos, se aproximam como regra, embora as garantias modernas, como já foi dito, sejam mais abrangentes, principalmente no tocante à figura do acusado. A Constituição Federal de 1988 não só prevê a necessidade de prévio julgamento do homicida, como o faz o texto jurídico dos hebreus, mas vai além, ao ponderar que “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”,⁵⁴⁷ consagrando assim o princípio da presunção de inocência, “um dos princípios

⁵⁴² DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149.

⁵⁴³ BRASIL, 2012, p. 438.

⁵⁴⁴ MAIMÔNIDES, 1990, p. 317.

⁵⁴⁵ BRASIL, 2012, p. 438.

⁵⁴⁶ MAIMÔNIDES, 1990, p. 318.

⁵⁴⁷ BRASIL, 2012, p. 71.

basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.⁵⁴⁸

Por certo, conforme se verifica neste tópico, o direito de defesa e o contraditório, bem como a existência do processo, constam do texto da Torah. Contudo o processo de evolução histórico-social desde a Antiguidade até a modernidade, além de dar nova roupagem ao texto legal, lhe conferiu maior alcance e novos valores.

3.4 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da isonomia ao dispor que todos são iguais perante a lei. Consagrado desde o período do liberalismo clássico,⁵⁴⁹ o direito à igualdade sempre foi limitado pela sociedade burguesa, como assinala Silva:

É que a igualdade constitui signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.⁵⁵⁰

A igualdade perante a lei tratada pelo texto constitucional estabelece a isonomia formal, impedindo ao legislador diferenciações abusivas e/ou arbitrárias. O intérprete não poderá estabelecer ou ampliar desigualdades arbitrárias e o particular deverá se orientar por condutas não discriminatórias.⁵⁵¹

Além da isonomia formal, a igualdade material tratada pelo legislador – consistindo em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, como bem lecionou Ruy Barbosa em sua famosa Oração aos Moços – também foi objeto de previsão constitucional.⁵⁵² Assim a Constituição

⁵⁴⁸ MORAES, 2003, p. 269.

⁵⁴⁹ LENZA, 2009, p. 679.

⁵⁵⁰ SILVA, 2001, p. 214.

⁵⁵¹ MORAES, 2003, p. 93.

⁵⁵² LENZA, 2009, p. 679.

Federal de 1988 não se limita a estabelecer a igualdade perante a lei, procurando, dessa forma, aproximar os dois tipos de isonomia ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, apresentar os direitos sociais e vedar quaisquer formas de discriminação.⁵⁵³

O tema igualdade, entretanto, não é uma particularidade da modernidade. Já no texto de Deuteronômio, capítulo 10, versículo 17, está estabelecido que “lahweh vosso Deus é o Deus dos deuses e o Senhor dos senhores, o Deus grande, o valente, o terrível, que não faz acepção de pessoas...”⁵⁵⁴

A noção de isonomia perante Deus foi ampliada no testamento cristão. Passagens bíblicas como o capítulo 10, versículo 34, dos Atos dos Apóstolos; o capítulo 2, versículo 11, da Carta aos Romanos; e o capítulo 2, versículo 6, da Carta aos Gálatas, reforçam a ideia de não distinção, desde que mantidos o temor a Deus e a prática da justiça.⁵⁵⁵

Maimônides analisa os preceitos da Torah acerca da isonomia no âmbito processual. Segundo esse autor, a norma hebraica estabelece o tratamento igualitário no curso do processo. Assim, não se admite que alguém exponha tudo o que quiser e a outra parte não possa fazer o mesmo.⁵⁵⁶ No entanto, essa igualdade tratada por Maimônides vincula-se mais à ideia de ampla defesa do que ao princípio da isonomia.

Essa igualdade processual também é tratada pela Constituição de 1988, cujo art. 5º, XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁵⁵⁷ Entretanto, segundo Silva, essa igualdade é ilusória.

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, “pois está bem claro hoje que tratar ‘como igual’ a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça”. Os pobres têm acesso muito precário à justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados.⁵⁵⁸

⁵⁵³ SILVA, 2001, p. 218.

⁵⁵⁴ Dt 10,17.

⁵⁵⁵ At 10,34; Rm 2,11; Gl 2,6.

⁵⁵⁶ MAIMONIDES, 1990, p. 156.

⁵⁵⁷ BRASIL, 2012, p. 70.

⁵⁵⁸ SILVA, 2001, p. 222-223.

Diferentemente da cultura teocêntrica em que se formou a Torah, a norma constitucional brasileira preserva o direito de igualdade independentemente do credo do indivíduo, assegurando que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa...”. Infere-se desse dispositivo que “todos têm de ter igual tratamento nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada em conta”.⁵⁵⁹

Não se pretende aqui forçar uma relação entre a noção de igualdade tratada na Torah e o princípio da isonomia suscitado pela Constituição Federal de 1988. Todavia a evolução histórica dos direitos fundamentais tem raiz na cultura judaico-cristã.

3.5 A TORAH E ALGUMAS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS ACERCA DA FAMÍLIA

A Carta Constitucional de 1988 declara, no *caput* do artigo 226, que a família é a base da sociedade, o que demonstra a preocupação constitucional com a entidade familiar, dada a sua importância social.⁵⁶⁰

A lei judaica não é diferente, com enorme quantidade de normas atinentes à instituição familiar, em especial, à regulação do casamento que, segundo Leão, “é concebido como uma união sagrada estabelecida e abençoada por Deus, cujo fim precípua, mas não único, é a procriação, uma obrigação religiosa e um elemento essencial para a continuidade do povo judeu.”⁵⁶¹

Os hebreus concebiam o casamento como algo sagrado e revestido de certas formalidades, como a cerimônia de compromisso dos homens ao desposar a mulher, quer seja entregando-lhe uma certidão de consagração pelo casamento, ou mediante a conjunção carnal.⁵⁶² De acordo com Leão:

Segundo fontes bíblicas, tem-se que por ocasião do casamento se realizava um banquete, após o qual a noiva era entregue ao noivo, como ocorreu no casamento de Jacó (Gênesis, 29:21-25), e que durava certas vezes mais de

⁵⁵⁹ SILVA, 2001, p. 229.

⁵⁶⁰ LENZA, 2009, p. 859.

⁵⁶¹ LEÃO, 1998, p. 52.

⁵⁶² MAIMÔNIDES, 1990, p. 170.

uma semana (Juízes, 14:12). No livro de Salmos, capítulo 78:63, mencionava-se que um canto nupcial era entoado por ocasião do casamento de uma donzela, o que é reforçado pelo livro de Jeremias, capítulo 16:9, que se refere a um canto de alegria e regozijo do noivo e da noiva.⁵⁶³

Embora o casamento judaico gozasse de elevada visão de sacralidade, sua natureza jurídica, assim como ocorre no direito brasileiro, é a de um contrato legal que estabelece direitos e deveres entre os contraentes.⁵⁶⁴ Monteiro define o casamento como “uma relação puramente contratual”.⁵⁶⁵ Essa concepção foi absorvida pelo Código de Napoleão, que reconheceu o casamento como contrato civil.

Além da corrente contratualista, outra corrente defende a natureza institucionalista do casamento, ou seja, o casamento como instituição social.⁵⁶⁶ A esse respeito ensina Monteiro:

O casamento constitui uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos. As pessoas que o contraem, explica Salvat, têm liberdade de realizá-lo, ou não; uma vez que se decidem, porém, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de suas relações. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei.⁵⁶⁷

Para o direito hebraico a natureza contratual do matrimônio revela-se pela manifestação de alguns princípios tidos por essenciais aos contratos, como a capacidade, o consentimento, a forma legal e o objeto lícito, entre outros. Prova disso é o dever de manutenção de sustento da esposa pelo cônjuge, derivada na lei da Torah, prevista no livro de Êxodo, capítulo 21:10.⁵⁶⁸ Diz Leão:

Desta forma, cabe ao marido manter e sustentar sua mulher, fornecendo-lhe todos os meios para que possa ter uma vida digna, compatível com a vida que possuía antes de casar, e ao mesmo tempo, compatível com o padrão de vida do seu marido.⁵⁶⁹

⁵⁶³ LEAO, 1998, p. 57.

⁵⁶⁴ LEAO, 1998, p. 77.

⁵⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12-13.

⁵⁶⁶ FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 605.

⁵⁶⁷ MONTEIRO, 2001, p. 13.

⁵⁶⁸ LEAO, 1998, p. 77,97.

⁵⁶⁹ LEAO, 1998, p. 97.

O direito brasileiro estabelece a denominada assistência mútua, em que “os cônjuges reciprocamente se obrigam à prestação de socorro material e moral”. Barros esclarece que “uma das finalidades do matrimônio é precisamente o *mutuum adjutorium* nos momentos felizes, como nos instantes de infortúnio”.⁵⁷⁰

Tanto o direito civil pátrio quanto o direito hebraico preveem o dever de coabitação. O direito hebraico já o previa naquele tempo. Em contrapartida aos deveres de manutenção masculina, as esposas obrigavam-se a manter relações conjugais com o marido. O não cumprimento dessa obrigação conjugal ensejava justo motivo para o divórcio, instituto já reconhecido pelos hebreus.⁵⁷¹

O Código Civil Brasileiro também reconhece o dever de coabitação entre os cônjuges, prescrevendo no artigo 1.576 que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”.⁵⁷² De acordo com Monteiro, “sem essa coabitação entre os cônjuges não existe lar, apto a abrigar a família”.⁵⁷³

Ainda quanto à natureza jurídica do casamento, diz Pereira:

O Casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.⁵⁷⁴

Os preceitos de caráter matrimonial dos hebreus influenciaram, principalmente através do cristianismo, o direito romano. Após a religião cristã ter se tornado a religião oficial de Roma e pela escassez de normas relativas ao casamento, “pode-se observar que a influência por muitos atribuída ao Cristianismo, reflete, na verdade, a influência judaica”.⁵⁷⁵

O direito canônico também sofreu forte influência do direito hebraico e domina grande parte do direito civil brasileiro, principalmente no que diz respeito à ideia de família e matrimônio. Nesse sentido pondera Diniz que a família é detentora de “caráter religioso, uma vez que, como instituição, a família é um ser

⁵⁷⁰ MONTEIRO, 2001, p. 121.

⁵⁷¹ LEÃO, 1998, p. 98.

⁵⁷² BRASIL, 2012, p. 361.

⁵⁷³ MONTEIRO, 2001, p. 119.

⁵⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. 5. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 31.

⁵⁷⁵ LEÃO, 1998, p. 136.

eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter com a laicização do direito”.⁵⁷⁶

A forte influência do direito hebraico no direito canônico foi analisada por Leão, que afirma:

Principalmente no que se refere aos aspectos históricos, o Cristianismo possui uma inegável e incomensurável influência da religião e da lei judaica. Basta atentar para o fato de que Jesus e Paulo eram judeus religiosos, praticantes, e doutos na lei, discípulos de dois grandes mestres, respectivamente, Hilel e Gamaliel. Neste contexto, já afirmava o apóstolo Paulo que a Igreja era como um ramo de oliveira silvestre enxertado na árvore cultivada do povo judeu.⁵⁷⁷

Quanto ao casamento, a legislação brasileira sofreu influência do direito canônico e do direito português. Conforme já dito, a Constituição Federal de 1824 reconhecia a religião católica como a oficial dos brasileiros. Assim, nesse período o casamento respeitava as normas do Concílio de Trento, bem como os ditames da Constituição do Arcebispo da Bahia.⁵⁷⁸

No período colonial era admitido somente o casamento contraído entre os católicos apostólicos romanos. Posteriormente, com o crescente movimento de imigração e a chegada de outras culturas e crenças ao território brasileiro, foi preciso estabelecer forma diversa de matrimônio que se adequasse à nova realidade.⁵⁷⁹ Assim, em 1861 surgiu a Lei nº. 1.114, que regulamentava o casamento dos não católicos. Depois, com o advento da República, a Constituição Federal rompeu com o caráter religioso e instituiu o casamento civil.⁵⁸⁰

Todavia, no direito brasileiro essa cultura religiosa de influência judaico cristã ainda se faz muito presente no tocante à família, como se observa na discussão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo. Muito embora o texto constitucional não seja taxativo quanto ao casamento entre pessoas do sexo oposto, o parágrafo 3º, do artigo 226 da Constituição Federal vigente estabelece, acerca do reconhecimento da união estável, que “para efeito da proteção do Estado, é

⁵⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

⁵⁷⁷ LEAO, 1998, p. 159.

⁵⁷⁸ LEAO, 1998, p. 167.

⁵⁷⁹ MONTEIRO, 2001, p. 16.

⁵⁸⁰ MONTEIRO, 2001, p. 16.

reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.⁵⁸¹

Monteiro conceitua o casamento “como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.⁵⁸²

O direito hebraico já estabelecia que o homem não pode deitar-se com outro homem como se fosse mulher (Levítico 18:22), abominando a pederastia (Deuteronômio 23:18).⁵⁸³ Sobre a vedação do casamento homossexual na Torah, afirma Leão:

Embora admitido pelos gregos e, segundo pesquisas feitas pelos sociólogos C. S. Ford e F. A. Beach (*apud* Lamm, Maurice, 1991, p. 65), por 64% das sociedades “primitivas”, o relacionamento sexual ou o casamento entre indivíduos do mesmo sexo sempre foi considerado intolerável na lei judaica. Realmente, escassas são as referências ao homossexualismo na literatura judaica, o que demonstra que praticamente não existia. A lei bíblica se refere apenas ao homossexualismo entre homens, considerando uma abominação, punível com pena de morte (Levítico 20:13). Assim, em Levítico 18:22 se encontra a seguinte norma: “E com homem, não te deitarás como se fosse mulher, abominação é.” Tal preceito é reforçado em Deuteronômio 23:18, onde se lê: “Não haverá mulher destinada à prostituição entre as filhas de Israel, nem haverá destinado à pederastia dentre os filhos de Israel.”⁵⁸⁴

O direito canônico também caracteriza o casamento como “aliança pela qual o homem e a mulher constituem uma comunhão de vida toda, visando ao seu próprio bem e à geração e educação da prole, elevada à dignidade do sacramento.”⁵⁸⁵

Somente em 2013, em decorrência da enorme influência da cultura judaico-cristã no matrimônio e na conceituação de família no direito brasileiro, é que foi reconhecida no Brasil, não através da lei, mas por meio de resolução expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, a união entre pessoas do mesmo sexo como casamento.⁵⁸⁶

⁵⁸¹ BRASIL, 2012, p. 133.

⁵⁸² MONTEIRO, 2001, p. 12.

⁵⁸³ MAIMÔNIDES, 1990, p. 339.

⁵⁸⁴ LEAO, 1998, p. 71.

⁵⁸⁵ LEAO, 1998, p. 148.

⁵⁸⁶ CNJ. Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay entra em vigor nesta quinta-feira. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>>. Acesso em: 30 maio 2013.

A lei judaica também relaciona uma série de normas sobre a moral sexual, como a vedação do adultério, a proibição das relações incestuosas e zoofílicas, dentre outras.⁵⁸⁷

As interdições previstas na Torah constituíam impedimento ao matrimônio, destacando-se o incesto, o adultério, o casamento misto (que compreende a união de judeu com não judeu), o homossexualismo e a infração do levirato (união caracterizada pela necessidade de perpetuação do nome familiar, consistindo na obrigação do irmão do homem falecido de casar-se com a cunhada).⁵⁸⁸

Atualmente, acerca do adultério, o Código Civil Brasileiro estabelece em seu artigo 1566, *caput* e inciso I, como dever dos cônjuges a fidelidade recíproca.⁵⁸⁹ Diniz afirma que “o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.”⁵⁹⁰

Há também na legislação civil brasileira, assim como na Torah, o impedimento nos casos de incesto, estabelecendo o art. 1521 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.521. Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante;⁵⁹¹

O incesto, conforme Fiuza, “é a união entre certos parentes”. Segundo o dispositivo legal acima o direito tem por incestuosa a união de parentes em linha reta, como pais, avós, filhos e netos, que não podem contrair matrimônio entre si, mesmo se tratando de parentesco por adoção. Também se evidencia o incesto no casamento entre irmãos, bem como no matrimônio entre parentes em linha reta por afinidade, por exemplo, o da sogra com o genro.⁵⁹²

Assim, são inegáveis as semelhanças entre o direito de família disposto na Torah e o ordenamento jurídico brasileiro, tanto na esfera constitucional, quanto na infraconstitucional, apesar dos diferentes momentos históricos e diversidade cultural.

⁵⁸⁷ MAIMÔNIDES, 1990, p. 333-345.

⁵⁸⁸ LEAO, 1998, p. 68-71.

⁵⁸⁹ BRASIL, 2012, p. 360.

⁵⁹⁰ DINIZ, 2002, p. 124.

⁵⁹¹ BRASIL, 2012, p. 360.

⁵⁹² FIUZA, 2000, p. 607.

Para Leão, “a influência legislativa do sistema legal judaico sobre o Direito Romano, o Direito Canônico, e enfim sobre o Direito Brasileiro, por ser matéria de difícil bibliografia e estudo, carece, ainda, de um maior exame pelos juristas pátrios.”⁵⁹³

⁵⁹³ LEÃO, 1998, p. 179.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa foram apontados elementos da cultura judaico-cristã, representados pelo conjunto de regras que compõe a Torah, que influenciaram o direito ocidental, especialmente os direitos fundamentais absorvidos pela norma constitucional e infraconstitucional brasileira.

Por certo o tema não foi esgotado, tendo em vista, além da sua vastidão, sua parca exploração para o estabelecimento de paralelos de estudo jurídico – Direito Comparado – entre a cultura judaico-cristã e o direito atual.

Crüsemann, ao tratar da atualidade dos temas abarcados na Torah no âmbito profano e social, aponta para a discussão de matérias de ordem contemporânea, como o perdão de dívida de países do denominado Terceiro Mundo, as obrigações acerca do direito de asilo político, as solicitações de tratamento igualitário para os estrangeiros, os embates acerca da jornada de trabalho e a criação de novos postos de trabalho e a proteção jurídica da flora e da fauna, a fim de transformá-las em sujeitos de direito. Crüsemann conclui que “acerca de tais temas de nossa atualidade, existem na Torá princípios para uma ética autônoma, não somente circunstancial, mas uma ética biblicamente fundamentada.”⁵⁹⁴

Assim, há muito a ser explorado na Torah sob a perspectiva da cultura judaico-cristã, porém esta pesquisa procurou traçar um corte epistemológico no texto legal hebraico, relacionando-o com a norma brasileira, principalmente a constitucional.

No intuito de investigar a relação entre a cultura judaico-cristã e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal em vigor, foram feitas pesquisas bibliográficas em obras de teologia, ciências das religiões, história e filosofia do direito, sociologia, doutrinas jurídicas de direitos humanos, constitucional, civil e processual civil, além dos textos legais.

No capítulo primeiro investigou-se a formação da Torah, passando por um breve relato da história de Israel, devidamente recortada a fim de destacar os aspectos da formação cultural-normativa. Também no capítulo inicial foram

⁵⁹⁴ CRÜSEMANN, 2012, p. 17.

apontadas algumas normas dispostas na Torah e feito um estudo das leis mesopotâmicas contemporâneas ao texto legal hebreu. Na conclusão desse capítulo, concatenou-se o direito hebraico com o cristianismo, demonstrando-se a formação da denominada cultura judaico-cristã.

Leão ressalta a importância de se pesquisar o direito hebraico, buscando as fontes próprias do seu sistema normativo, com o objetivo de ampliar a cultura jurídica.⁵⁹⁵ Entretanto, os textos legais da Torah, de acordo com Crüsemann, “vêm de uma sociedade agrária pré-industrial, da qual somos sempre mais e mais rapidamente distanciados pelos processos tecnológicos e industriais”.⁵⁹⁶

Terminado o estudo da norma hebraica no primeiro capítulo, passou-se à pesquisa dos direitos humanos fundamentais no capítulo seguinte. A evolução histórica dos direitos humanos e a positivação de tais direitos foram objeto de estudo nesse capítulo, além da abordagem do conceito, características e natureza jurídica dos direitos fundamentais, sempre com foco na cultura judaico-cristã.

A evolução histórica dos direitos fundamentais suscitada neste trabalho apontou para o ensinamento de juristas e historiadores do direito que sinalizavam a presença marcante do Cristianismo, destacando-se Marmelstein:

E o pensamento cristão, que até hoje influencia intensamente a sociedade ocidental, estabelece que “não há judeu, nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só em Cristo” (Epístola aos Gálatas, III, 26), o que é uma demonstração clara do dever de respeitar o semelhante, independentemente de adjetivos.⁵⁹⁷

O estudo da hermenêutica como elo entre o direito contemporâneo e a cultura judaico-cristã, especialmente as regras legais previstas na Torah, concluiu o segundo capítulo desta dissertação.

A Constituição Federal de 1988 e algumas normas infraconstitucionais em comparação com textos legais constantes na Torah nortearam a análise do direito comparado no terceiro capítulo, no qual também se estudou a evolução dos direitos fundamentais nas diversas constituições brasileiras, com o objetivo de demonstrar a presença da religião, especialmente do cristianismo, na formação de parte das normas constitucionais.

⁵⁹⁵ LEÃO, 1998, p. 235.

⁵⁹⁶ CRÜSEMANN, 2012, p. 18.

⁵⁹⁷ MARMELSTEIN, 2008, p. 30-31.

Por fim foram contempladas questões acerca do direito à vida e à igualdade, do respeito ao devido processo legal, do julgamento justo e do direito de família, comparando-se a cultura judaico-cristã com as leis hebraicas.

O estudo do Direito Comparado neste trabalho possibilita a ampliação cultural dos juristas, na medida em que passa a identificar e reconhecer as marcas trazidas por outros institutos ético-jurídicos ao direito pátrio.

“A contribuição do judaísmo ao Direito ocidental é tema de estudo em vários países do mundo”,⁵⁹⁸ afirma Facciolla. Como objeto de estudo do Direito Comparado, o direito hebraico é objeto de estudo nas Universidades de Paris (França), de Oxford (Inglaterra) e de Nova York e da Califórnia (Estados Unidos da América).⁵⁹⁹

Conclui-se, portanto, que, pelo estudo do Direito Comparado, é possível detectar elementos das normas constantes na Torah, relidas pela cultura judaico-cristã, em alguns aspectos dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional brasileira.

⁵⁹⁸ FACCIOLLA, 2005, p. 196.

⁵⁹⁹ LEÃO, 1998, p. 236.

5 REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. *História do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. *História antiga e medieval*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1979.

BARBOSA, Rui. *Antologia*. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOUZON, Emanuel. *O código de Hammurabi: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. Emanuel. *Uma coleção de direito babilônico pré-hammurabiano: leis do reino de Esnunna*. Petrópolis: Vozes, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CNJ. Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay entra em vigor nesta quinta-feira. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686->

resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>. Acesso em: 30 maio 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRUSEMANN, Frank. *A Torá: teologia e história social da lei do Antigo Testamento*. Tradução Haroldo Reimer. 4. ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2012.

CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. São Paulo: Três, 1984.

De CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACCIOLLA, Branca Lescher. *A Lei de Moisés: Torá como fonte de Direito*. São Paulo: RCS, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FITZPATRICK-MCKINLEY, Anne. *The transformation of Torah from scribal advice to law*. England: Sheffield Academic Press, 1999.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GIORDANI, Mário Curtis. *História da Antiguidade Oriental*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Código de Hammurábi; O manual dos inquisidores; A lei das XII tábuas; A lei do talião*. São Paulo: Rideel, 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 27. ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, Parte I*. 10 ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou A matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

JOSEFO, Flávio. Trad. Vicente Pedroso. *História dos hebreus*. Rio de Janeiro: CPAD, 1990.

LEÃO, Sinaida De Gregório. *A influência da lei hebraica no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEVINSON M. Bernard. *Legal revision and religious renewal in ancient Israel*. New York: Cambridge University Press, 2008.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHIAVELLI, Nicolò. *O príncipe*. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. 30 ed. São Paulo: Ediouro, 1998.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. AGUIAR, Renan. *História do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. José Fábio Rodrigues. *Formação humanística em Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. José Fabio Rodrigues. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAIMON, Moshé Ben. *Os 613 mandamentos*. Tradução: Giuseppe Nahaïssi. São Paulo: Nova Stella, 1990.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História antiga e medieval: da comunidade primitiva ao Estado moderno*. São Paulo: Abril Educação, 1984.

MIES, Françoise (org.). *Bíblia e direito: o espírito das leis*. Tradução: Paula S. R. C. Silva. São Paulo: Loyola, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, José Geraldo Vinci de. *Caminhos das civilizações – história integrada: Geral e Brasil*. São Paulo: Atual, 1998.

NEUSNER, Jacob. *The Halakhah: religious and historical perspectives*. (The Brill reference library of ancient Judaism; Vol. 8). Leiden; Boston; Köln: Brill, 2002.

_____. Jacob. *The perfect Torah*. (Brill reference library of Judaism). Leiden; Boston; Köln: Brill, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: v. 5. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINSKY, Jaime. *As primeiras civilizações*. 13. ed. São Paulo: Atual, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

RICOUER, Paul. *Interpretação e ideologias*. Tradução Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

SCHIMIDT, Werner H. *Introdução ao Antigo Testamento*. Tradução: Annemarie Höhn. São Leopoldo: Sinodal, 1994.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Afonso Maria Ligorio. *Teologia e direito: o mandamento do amor e a meta da justiça*. São Paulo: Paulinas, 2010.

SOUZA, Marcos Antônio de; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. São Paulo: Scipione, 1997.

ZABATIEIRO, Júlio Paulo Tavares. *Uma história cultural de Israel*. São Paulo: Paulus, 2013.

ZENGER, Erich et al. *Introdução ao Antigo Testamento*. Tradução Werner Fuchs. São Paulo: Loyola, 2003.