

## **DIREITO DIVINO POSITIVADO OU DIREITO POSITIVO DIVINIZADO? ENSAIO SOBRE A *GRUNDNORM* DE LEGISLAÇÕES DO ORIENTE ANTIGO**

## **DIVINE LAW POSITIVIZED OR POSITIVE LAW DEIFIED? ESSAY ON *GRUNDNORM* OF ANCIENT NEAR EASTERN LEGISLATIONS**

**Daniel Vieira Gonçalves<sup>1</sup>  
Romyr Conde Garcia<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente artigo busca realizar uma reflexão acerca do conteúdo da norma fundamental, analisada sob a óptica estática, dos direitos babilônico e hebreu com vistas a descobrir o alicerce material dessas duas ordens jurídicas, ao mesmo tempo próximas e distantes, pois partilham o fato de possuírem um fundo divino com positivação humana — cuja divisão só se operou a partir do Cristianismo. Para tanto, primeiro se expôs uma síntese da teoria kelseniana da norma fundamental a fim de se obter um substrato teórico para a análise dos sistemas jurídicos referidos, dados a conhecer mediante a transcrição de excertos do Código de Hammurabi e do Deuteronômio com comentários próprios e de estudiosos como Bouzon e Tomás de Aquino, respectivamente. Ao final, viu-se que, embora a construção inicial seja parecida, a essência do alicerce é diferente: enquanto o direito babilônico apresenta uma roupagem divina apenas para legitimar a autoridade do rei, que faz questão de se apresentar como a última instância de apelação, a própria justiça corporificada, o direito hebreu foi materializado na esfera humana apenas por finalidades práticas, posto que a atividade legiferante cabe quase que exclusivamente à divindade — a única, diga-se de passagem, capaz de estabelecer dispensas ao estrito cumprimento da lei porquanto seja a criadora não só da ordem jurídica hebraica como também do universo como um todo.

**Palavras-chave:** Hammurabi. Bíblia. Direito hebreu. Direito babilônico.

### **ABSTRACT**

This article seeks to reflect on the content of the fundamental norm, analyzed from the static point of view, of Babylonian and Hebrew rights. The aim is to discover the material foundation of these two legal orders, at the same time near and far, because they share the fact that they have a divine background with human positivation — whose division occurred only from Christianity. For this purpose, a synthesis of the Kelsenian theory of the fundamental rule was first exposed to obtain a theoretical substrate for the analysis of the referred legal systems. The exhibition of these systems took place through the transcription of excerpts from the Code of Hammurabi and Deuteronomy with own comments and from scholars like Bouzon and Thomas Aquinas, respectively. In the end, it was seen that, although the initial construction is similar, the essence of the foundation is different. Babylonian law presents a divine guise only to

---

<sup>1</sup> Universidade do Estado de Mato Grosso, Unemat

<sup>2</sup> Universidade do Estado de Mato Grosso, Unemat

legitimize the authority of the king (for him, the embodied justice himself), who makes a point of presenting himself as the court of last resort of appeal. Hebrew law was only materialized in the human field for practical purposes, inasmuch as the legifying activity belong almost exclusively to the deity — the only one, by the way, capable of establishing exemptions from the full compliance of the Law, since He is the creator not only of the Hebrew legal order but also of the universe.

**Keywords:** Hammurabi. Bible. Hebrew law. Babylonian law.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo consiste em uma reflexão dos direitos babilônico e hebraico a partir da teoria da norma fundamental de Hans Kelsen (1998). Dividido em três partes, na primeira pretende-se mostrar como é a teoria de Kelsen para, nas duas seguintes, apresentar de forma rápida o direito babilônico e o direito hebreu e tecer algumas considerações sobre a possível norma fundamental de ambos. No entanto, antes disso, faz-se necessário tecer algumas observações sobre o direito antigo.

Se tivéssemos que fazer uma comparação entre o direito atual e aquele praticado na antiguidade, o que mais chamaria a atenção é que, hoje, apesar da preponderância do direito positivo, existe sempre quem evoque um direito ideal, universal, imutável, um direito que tenha por base a justiça e não a validade, sendo nominado de direito natural essa manifestação jurídica ideal. Desse modo, pode-se dizer que, atualmente, impera uma visão binária do direito.

Os antigos, especialmente gregos e romanos, tinham uma visão bem diferente. Para eles, o universo jurídico abrangia três direitos: o positivo, o natural e o divino. E justamente por não terem uma visão binária, maniqueísta, o direito clássico é muito mais maleável, pluralista e dinâmico que o contemporâneo, posto que esses três direitos não se opõem, mas se complementam. Inclusive, é até possível afirmar que, do ponto de vista da filosofia jurídica, o direito antigo é muito mais interessante e desafiador do que o atual.

Partindo desta premissa, é possível notar que esses três direitos se fundem e se confundem na realidade jurídica antiga oriental, particularmente entre os povos semitas, como hebreus, árabes e babilônicos. Por mais que possam existir claros confrontos e oposições entre o direito positivo, o direito natural e o direito divino, é impossível entender o direito antigo, oriental e clássico, pela preponderância de um direito, o que vale tanto para gregos e babilônicos, como para egípcios e romanos.

Voltando ao direito atual, é hoje muito fácil identificar o que vem a ser direito positivo e o que é direito natural. Direito positivo é um fato facilmente observável: é positivo o direito posto

pela autoridade estatal ou por outra autoridade que o Estado assim reconheça; direito natural, um conceito do que vem a ser justo e injusto, certo e errado. Ademais, enquanto o direito positivo se restringe a uma particularidade humana, normalmente um Estado ou um ente supraestatal, o direito natural abarca a universalidade, *i.e.*, a humanidade como um todo.

Ao se estudar o universo jurídico na Idade Antiga, no caso, o direito clássico (greco-romano) e os direitos do oriente próximo (hebreus, egípcios e babilônicos), é possível ver que as manifestações jurídicas existentes — a divina, a natural/ideal e a positiva — são amalgamadas. Inicialmente, é interessante discutir sobre a origem do Direito Arcaico. Com relação a esse primeiro Direito, diz Wolkmer (1996) que se pode compreendê-lo a partir dos indivíduos para quem e que o criaram, corroborando a tese de que estudar o Direito de um povo é, também, estudar a própria sociedade da qual ele se origina.

A gênese desse direito primevo ainda é incerta, uma vez que não havia escrita nessa época. Contudo, alguns estudiosos fizeram o possível para desvelar esse começo obscuro. Fustel de Coulanges (2009), por exemplo, traz que o Direito Arcaico se originou no seio das famílias por conta do caráter sagrado que a família, e seus antepassados, possuíam.

Summer Maine, por sua vez, acrescenta que o caráter sacro desse Direito fez com que os sacerdotes-legisladores fossem os primeiros a julgar e efetivar o que havia disposto na Lei já existente – o que se pode observar, por exemplo, no grande poder dado aos *Patres familias*, que possuíam o mais alto *status familiae* na Roma antiga, justamente por serem os únicos capazes de efetuar corretamente os rituais aos antepassados (WOLKMER, 1996).

Outro ponto relevante do mundo antigo é a dificuldade de se distinguir o direito positivo do direito divino, já que a maioria dos governantes evocavam para si algum tipo de divindade. Até mesmo o direito grego, inclusive o ateniense, mesmo que sendo feito em assembleias, carregava consigo algo de sagrado (WOLKMER, 1996).

Um exemplo são as tábuas sagradas que a Bíblia diz que Deus entregou pessoalmente a Moisés em uma montanha no Sinai. As leis, ou mandamentos destas tábuas, podem ser consideradas como direito divino ou como direito positivo?

*A priori*, está claro que são divinas, mas, a partir do momento em que elas passam a valer não só pelo valor da divindade, como também por estarem escritas e em virtude do consentimento dado pelo povo hebreu e pelos seus governantes, não seria também um direito positivo?

Ajudando na provocação, é com as palavras “[e]is os discursos que Moisés dirigiu a todo o Israel, do outro lado do Jordão, no deserto, na planície que se estende defronte de Suf, entre Farã, Tofel, Labã, Haserot e Dizaab” (BÍBLIA, Deuteronomio, 1, 1) que se inicia o principal livro veterotestamentário que contém a base do direito judaico: Deuteronomio. Se a lei divina fosse válida apenas por emanar do próprio Deus, qual a necessidade de publicizá-la?

Moisés, após reconhecer ser incapaz de dirimir todas as contendas do povo de Israel, ordena que tomem “homens sábios, prudentes e experimentados” (BÍBLIA, Deuteronomio, 1, 13) para serem líderes e juízes do povo. Na sequência, o guia do povo hebreu continua:

Nesse mesmo tempo, dei esta ordem aos vossos juízes: “Dai audiência aos vossos irmãos e julgai com equidade as questões de cada um deles com o seu irmão ou com o estrangeiro que mora com ele. Não fareis distinção de pessoas em vossos julgamentos. Ouvireis o pequeno como o grande, sem temor de ninguém, porque o juízo é de Deus. Se uma questão vos parecer muito complicada, deveis apresentá-la a mim para que eu a ouça. É assim que, naquele tempo, vos ordenei tudo o que devíeis fazer” (BÍBLIA, Deuteronomio, 1, 16–18).

Essas passagens ilustram bem que, apesar de existir uma única fonte do direito, que se encontra em Deus, essa mesma fonte permite e estabelece que os homens escolham aqueles que irão intermediar e julgar as suas contendas. No instante que existe estes intermediários, temos duas instâncias que se confundem: a divina e a positiva.

Por sua vez, Deus não pede para que os juízes sigam estritamente a lei estabelecida por eles, mas recomenda que julguem com equidade, ou seja, que ajam com justiça, pois “o juízo é de Deus” (BÍBLIA, Deuteronomio, 1, 17). Isto é, por mais que existam leis estabelecidas por Deus, o critério valorativo da justiça (o juízo) é mais importante do que a validade (a lei).

Mas seria o juízo dado por Deus uma propriedade inerente ao homem, algo pertencente a sua alma ou à natureza humana, ou uma revelação dada por Deus num determinado momento?

Seguindo uma análise habermasiana (2002), os primeiros líderes foram aqueles que conquistaram para si o direito de falar a partir do divino. Tempos depois, como foi visto entre os persas e os egípcios, o líder tornou-se, também ele, um Deus, tendo essa apoteose também se manifestado na ainda incipiente civilização greco-romana (WOLKMER, 1996).

Nessa época, retrata Wolkmer (1996) que o Direito era indissociável com relação à Moral e à Religião. Amalgamado à crença religiosa e aos costumes, o Direito ainda não possuía o seu caráter normativo característico, sendo tão somente uma forma punitiva e restritiva voltado a reger a vida em sociedade – era o Império do Direito Consuetudinário, ou dos Costumes. Foi só muito depois, com a derrocada do poder espiritual face ao advento do capitalismo e do

iluminismo, que se tornou necessário validar, racionalmente, a “consciência moral coletiva” (HABERMAS, 2002, p. 16)

Essa distinção de juízo é muito importante para o estudo do direito, já que isso pode deixar claro o que vem a ser direito divino e o direito natural. Alguns teólogos, como Santo Agostinho, defendiam que não existe um direito natural e esse juízo dado por Deus, por estar impresso na alma, escrito no coração, seria, portanto, direito divino (CATHREIN, 2002). Outros, como Tomás de Aquino, defendem que esse juízo vem da racionalidade dada por Deus, e seria um direito natural. (MOURA, 1995).

Como se vê, há uma tênue fronteira entre o direito divino e os direitos positivo e natural, motivo pelo qual se pretende avaliar as relações entre o direito divino e o positivo em legislações do Oriente Antigo (Código de Hammurabi e Bíblia) à luz da teoria pura de Hans Kelsen a fim de, analisando os direitos mesopotâmico e hebraico, verificar qual o fundamento estático que alicerça cada uma das ordens jurídicas e o que eles indicam sobre a relação das normas positivadas com a autoridade divina que as valida.

## **2 KELSEN E O FUNDAMENTO DE UMA ORDEM JURÍDICA**

Em Teoria Pura do Direito, Kelsen (1998) busca, em seu quinto capítulo, explicar de que modo pode haver unidade entre as diversas normas, com conteúdos distintos, que compõem um mesmo sistema jurídico — o que, necessariamente, perpassa pelo questionamento acerca do fundamento de validade de uma norma.

Conforme o jurista austríaco, a validade de uma norma — que consiste em dizer “que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma” (KELSEN, 1998, p. 135) — não pode decorrer de um evento do mundo dos fatos, posto que a natureza deontológica das normas exige que o fundamento da sua vigência derive de outro elemento da ordem do dever ser (KELSEN, 1998).

Nesse contexto, pode-se concluir que uma norma é válida mediante um simples silogismo, em que aquele que põe a norma seria a premissa menor, enquanto a norma que lhe autorize a pô-la funciona como a premissa maior (KELSEN, 1998). Em outras palavras, a norma posta por um indivíduo, qualquer que seja ele, só será dotada de juridicidade se estiver em conformidade com um comando superior que o autorize a legislar. O fato — a positivação do constructo — é condição sem a qual não haveria a norma em análise, mas é a norma superior, *i.e.*, o comando

autorizante, a condição pela qual ela pode vir a ser uma norma válida perante uma dada ordem jurídica.

No entanto, a regressão *ad aeternum* do fundamento de validade levaria a uma situação insustentável, pois toda norma posta exige uma autoridade que seja competente — nos termos de uma norma superior — para pô-la. Em virtude disso, entende Kelsen (1998) que a razão exige a existência de uma norma mais elevada do que as demais, norma essa cujo fundamento seja inquestionável.

E essa norma, dita fundamental por ser o alicerce de todo sistema jurídico, não pode ser posta, visto que não possui uma autoridade por detrás dela, motivo pelo qual é ela denominada pressuposta. E são esses caracteres — suprema, pressuposta e fundamental — que conferem a essa norma hipotética a capacidade de conferir, mediata ou imediatamente, a todas as demais normas o pertencimento a um ordenamento jurídico em específico e a vigência que disso decorre (KELSEN, 1998).

De dois modos essa norma hipotética pode se revelar, conforme siga uma lógica estática ou uma lógica dinâmica. No primeiro caso, para além de autorizar a produção formal do Direito, a norma fundamental, de imediato, já traz em seu seio o conteúdo evidente das demais normas; no segundo, a *Grundnorm* apenas institui o poder legiferante a uma dada autoridade, a quem compete, por um seu ato de vontade, estabelecer o conteúdo das normas que criará (KELSEN, 1998). Ademais, também é possível que uma dada norma fundamental reúna em si ambos os princípios, estático e dinâmico. Nesse sentido,

[n]os Dez Mandamentos não só se instituem os pais como autoridade legislativa mas também se fixam normas gerais a partir de cujo conteúdo podem ser logicamente deduzidas normas particulares sem que seja necessário um ato legislativo, como v. g. a norma: Não farás imagens (ou ídolos), etc. [...] Na fundamentação das normas que são logicamente deduzidas do Mandamento de Deus [...] entra em aplicação o princípio estático; na fundamentação do Mandamento de Deus pela norma fundamental: devemos obedecer aos mandamentos de Deus, [...] entra em aplicação o princípio dinâmico. (KELSEN, 1998, p. 138).

No entanto, não se pode deixar de apontar que as normas fundamentais de caráter estático, em virtude de possuírem um conteúdo estabelecido, exigem a sua materialização, o que envolve a sua positivação e, conseqüentemente, a existência de uma autoridade devidamente autorizada para tanto.

Em sendo assim, uma vez que a “norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material” (KELSEN, 1998, p. 139), tem-se que a *Grundnorm*, em seu sentido estrito, não

poderia possuir conteúdo, sendo apenas “a instauração do fato fundamental da criação jurídica [... *i.e.*, a] constituição no sentido lógico-jurídico” (p. 139).

Para este artigo, nos termos do apanhado feito neste capítulo, buscar-se-á primeiro identificar a norma hipotética fundamental de caráter estático de cada uma das legislações em comento — o Código de Hammurabi e a lei mosaica expressa em Deuteronômio — a partir do conteúdo axiológico nelas espelhado para, na sequência, verificar de que modo a norma dogmática que impõe a autoridade divina (a *Grundnorm* dinâmica) está com elas relacionada.

### **3 LEGISLAÇÃO DO ORIENTE ANTIGO EM ESPÉCIE**

Muito embora a diferenciação entre Direito, religião e moral só se inicie no direito romano, é possível afirmar que um dos primeiros grandes passos dados pelo Direito para a sua independência, com o reconhecimento da sua autonomia, ocorreu entre o quarto e o terceiro milênios antes de Cristo, quando do surgimento da escrita (WOLKMER, 1996).

A invenção de uma forma de materializar o Direito, de torná-lo público e publicável, foi a primeira das revoluções copernicanas do Direito: agora, havia uma maior segurança quanto ao resultado da decisão, pois era possível saber quais seriam os critérios utilizados. O fato de ser escrito na pedra também reforçava esse aspecto quase que sagrado que o caracterizava: era ele imutável, inalterável.

Diversas sociedades tiveram seu ordenamento jurídico gravados em pedra em algum momento. Suas duas primeiras vertentes são oriundas da Mesopotâmia e do Egito, onde esse progresso tornou-se possível por conta do surgimento de três fatores que tornaram não só possível, como também necessária, a existência de um Direito publicado: as primeiras cidades, a escrita e, por fim, o comércio (PINTO, 2006).

Desse modo, verifica-se que o início do Direito Antigo, decorreu tanto do aumento na complexidade das relações sociais (âmbitos cível e penal) quanto da necessidade de se regular o comércio existente (com uma incipiente *Lex Mercatoria*), pois cada cultura possuía seus costumes – e, conseqüentemente, o seu “direito”. O pluriculturalismo, como se vê, foi essencial na passagem do *Verba volant* para a *Scripta manent*, conforme o antigo adágio romano, pois uma estrutura jurídica mais robusta estava além da capacidade memorial da sociedade (WOLKMER, 2006).

Na sequência, far-se-á um apanhado histórico e normativo das ordens jurídicas que regiam o Império Babilônico e o povo hebreu séculos antes do nascimento de Cristo a fim de, conhecidas as disposições legais, ser possível aventar o fundamento delas.

### **3.1 Comentários ao Direito Mesopotâmico: o Código de Hammurabi**

Apesar de não ser o primeiro compilado de leis que existiu — Lipit-Ištar, Ur-Nammu e Eshnunna são mais antigos, por exemplo — o caráter unificador do Código de Hammurabi, com vistas a conferir a toda a Mesopotâmia, do Golfo Pérsico ao deserto sírio, uma só ordem jurídica sob o mesmo cetro, rendeu-lhe uma posição relevante na história do Direito (BOUZON, 1976).

Enquanto compêndio de leis, estima-se que o Código de Hammurabi foi feito, provavelmente, por volta de 1700 a.C., o que não é muito, já que as primeiras cidades da Mesopotâmia são de mil anos antes, mas é suficiente para lhe conferir o *status* de conjunto normativo bem anterior à Bíblia — especialmente por preceder em cerca de 230 anos o nascimento de Moisés (MOURA, 2006).

Ao todo, o código de Hammurabi possui 282 normas que regem tanto cível quanto criminal, não existindo divisões temáticas ou uma ordem interna — motivo pelo qual, tecnicamente, ele é mais um apanhado de normas, uma compilação, do que um código (PINTO, 1996).

Para este artigo, deve-se observar duas questões no Código de Hammurabi: o princípio da autoridade, que leva à distinção (ou à fusão) entre o direito divino e o direito positivo, e o princípio da reciprocidade das penas pelos delitos praticados, a chamada lei de Talião.

O Código de Hammurabi segue uma estrutura tríptica formada por prólogo, corpo legal e epílogo. Tanto o prólogo quanto o epílogo são escritos em gênero épico, a apologia real, aquele apresentando Hammurabi como o escolhido dos deuses para executar a Justiça no seu império — abençoando quem seguir o Código e amaldiçoando os que dele se desviam — e esse apresentando as normas feitas por Hammurabi como “prescrições de justiça [...] que fez o país tomar um caminho seguro e uma direção boa” (BOUZON, 1976, p. 14).

O início do código de Hammurabi apresenta a seguinte introdução:

Quando o sublime Anum, rei dos Anunnaki, (e) Enlil, o senhor do céu e da terra, aquele que determina o destino do país, assinalaram a Marduk, filho primogênito de Ea, a dignidade de Enlil sobre todos os homens, (quando) eles o glorificaram entre os Igigi, (quando) eles pronunciaram o nome sublime de Babel (e) a fizeram poderosa no universo, (quando) estabeleceram para ele (Marduk) em seu meio uma realeza eterna, cujos fundamentos são firmes como o céu e a terra, naquele dia Anum e Enlil pronunciaram o meu nome, para alegrar os homens, Hammurabi, o príncipe piedoso, temente a deus, para fazer surgir justiça na terra, para eliminar o mau e o perverso, para que o forte não oprima o fraco, para, como o sol, levantar-se sobre os cabeças-



pretas e iluminar o país. Eu (sou) Hammurabi, [...] aquele que faz surgir a luz para o país de Sumer e Acade, o rei que traz à obediência os quatro cantos da terra, o protegido de Ištar. Quando o deus Marduk encarregou-me de fazer justiça aos povos, de ensinar o bom caminho ao país, eu estabeleci a verdade e o direito na linguagem do país, eu promovi o bem-estar do povo. (HAMMURABI, 1976, p. 19–20;24)

Como se vê, Hammurabi legisla pela vontade dos deuses Anum e Enlil, ou seja, ele, por ser temente a Deus, é uma autoridade reconhecida e destinada a uma tarefa divina (PINTO, 1996). Ele foi chamado para aplicar a justiça em nome dos deuses, e isso significa ficar ao lado dos fracos e dos oprimidos e promover “o bem-estar do povo” (HAMMURABI, 1976, p. 24).

O mais admirável é que o principal atributo de uma autoridade para Hammurabi não é a força da conquista, a sabedoria ou a sua proximidade com as divindades, mas sim o fato de ser justo<sup>3</sup>. Mais do que a força ou a religião, a justiça é o maior atributo de um soberano, o que nos leva a uma estrutura jurídica — e, de certo modo, também judiciária — estabelecida, reconhecida e praticada sobre uma noção ideal de direito, porquanto encontre fundamento na justiça, que, sendo parte de algo maior, no caso, a própria divindade, caracteriza-se como um direito de fundo divino.

A segunda questão consiste na Lei de Talião, da palavra latina *talionis*, que tanto pode significar “como tal” quanto “idêntico”, também se podendo entender como “retaliação”. As penas contra os transgressores da Lei deveriam ser proporcionais aos atos praticados, não uma vingança punitiva. Como exemplo, pode-se citar o § 200 do Código: “Se um awīlum arrancou um dente de um awīlum igual a ele: arrancarão seu dente” (HAMMURABI, 1976, p. 87).

Apesar de a violência da pena parecer absurda atualmente, a Lei de Talião foi um grande avanço para a época por consistir em um instrumento para limitar a extensão da pena à gravidade do crime cometido (MEISTER, 2007). E, para entendê-la melhor em seu tempo, cabe aqui um adendo. A sociedade babilônica era dividida em três castas: *awīlum* (Homens livres e ricos), *muškēnum* (Homens livres e pobres) e *wardum* (Escravos). Apesar de conferir mais direitos e prerrogativas às classes mais altas, o código de Hammurabi também cominava penas mais altas a eles, numa ideia de defender, proporcionalmente, os mais fracos dos mais fortes (BOUZON, 1976).

Fica claro que a autoridade desejava que as leis fossem cumpridas sem que as punições ultrapassassem um limite razoável. Importante destacar, porém, que nem todos os residentes do

---

<sup>3</sup> Hammurabi, inclusive, em “um esforço enorme e uma vontade incansável e insubornável de fazer reinar a justiça em seu reino [...] fazia questão de ser a última instância nos casos de justiça e qualquer cidadão tinha o direito de recorrer ao rei” (BOUZON, 1976, p. 11).

Império Babilônico possuíam o mesmo valor, afinal, se o dente arrancado fosse de um *muškênum*, a pena imposta seria o pagamento de uma mina de prata (§ 201).

Uma leitura mais atenciosa do Código mostra que a necessidade de se achar uma pena justa permeia toda a *mens legis*, como se depreende da leitura dos cinco primeiros parágrafos.

§ 1 Se um awilum acusou um (outro) awilum e lançou sobre ele (suspeita de) morte mas não pôde comprovar: o seu acusador será morto.

§ 2 Se um awilum lançou contra um (outro) awilum (uma acusação de) feitiçaria mas não pôde comprovar: aquele contra quem foi lançada (a acusação de) feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si sua casa. Se o rio purificar aquele awilum e ele sair ileso: aquele .50 que lançou sobre ele (a acusação de) feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador.

§ 3 Se um awilum apresentou-se em um processo com um testemunho falso e não pôde comprovar o que disse: se esse processo é um processo capital esse awilum será morto.

§ 4 Se se apresentar com um testemunho (falso em causa) de cevada ou de prata: ele carregará a pena desse processo.

§ 5 Se um juiz fez um julgamento, tomou uma decisão, fez exagerar um documento selado e depois alterou seu julgamento: comprovarão contra esse juiz a alteração de julgamento que fez; ele pagará, então, doze vezes a quantia reclamada nesse processo e, na assembleia, fá-lo-ão levantar-se de seu trono de juiz. Ele não voltará a sentar-se com os juízes em um processo. (HAMMURABI, 1976, p. 25–27).

As primeiras quatro normas dizem respeito a condutas que, atualmente, são tipificadas como denúncia caluniosa<sup>4</sup> e à exigência de que haja provas para se condenar alguém, chamando atenção o fato de o acusado poder realizar uma contraprova: é facultado ao réu a prerrogativa de pular em um rio e, caso não afunde, comprovar que é inocente.

Por mais que pareça inusitado, naquela época acreditava-se que provas assim permitiam que as divindades se manifestassem, em defesa daquele que fosse inocente. Esse recurso probatório, denominado ordálio ou *iudicium Dei*, foi muito comum até o advento do método processual por inquérito — a Inquisição — na baixa Idade Média (NASPOLINI, 2006).

No quinto dispositivo normativo, temos o princípio da proporcionalidade, só que agora para os juízes. O erro judicial não só possui uma punição exemplar — o duodécuplo da pena decretada mais a perda definitiva e vitalícia do cargo — como se trata de hipótese de responsabilização objetiva, visto que não se discute a existência de dolo ou não pelo magistrado.

Seguem transcritos outros parágrafos do Código, esses sobre acusações de receptação e mecanismos processuais para prová-la ou refutá-la.

---

<sup>4</sup> Optou-se por tipificar o §1 como Denúncia caluniosa em vez de Calúnia porque o vocábulo acadêmico original, conforme Bouzon (1976), possui um sentido técnico-jurídico de “mover um processo contra alguém”.

§ 9 Se um awīlum, de quem se extraviou um objeto, encontrou seu objeto perdido nas mãos de um (outro) awīlum e o awīlum em cujas mãos foi encontrado o objeto perdido declarou: «um vendedor mo vendeu, eu o comprei diante de testemunhas»; (se) o dono do objeto perdido por sua vez declarou: «eu trarei testemunhas que conhecem o meu objeto perdido»; (se) o comprador trouxe o vendedor que lhe vendeu (o objeto) e as testemunhas diante das quais comprou e o dono do objeto perdido trouxe as testemunhas que conhecem seu objeto perdido: os juízes examinarão as palavras deles; as testemunhas diante das quais a compra foi efetuada e as testemunhas que conhecem o objeto perdido declararão seu conhecimento diante da divindade. (Neste caso) o vendedor é ladrão, ele será morto. O dono do objeto perdido tomará seu objeto perdido e o comprador tomará na casa do vendedor a prata que havia pesado.

§ 10 Se o comprador não trouxe o vendedor que lhe vendeu (o objeto) e as testemunhas diante das quais comprou e o dono do objeto perdido trouxe as testemunhas que conhecem seu objeto perdido: o comprador é um ladrão, ele será morto; o dono do objeto perdido tomará seu objeto perdido.

§ 11 Se o dono do objeto perdido não trouxe as testemunhas que conhecem seu objeto perdido: ele é um mentiroso, levantou uma falsa denúncia; ele será morto.

§ 12 Se o vendedor já morreu, o comprador tomará da casa do vendedor até cinco vezes o valor da coisa reclamada nesse processo.

§ 13 Se as testemunhas desse awīlum não estão perto, os juízes conceder-lhe-ão um prazo de seis meses; se no sexto mês ele não trazer suas testemunhas: esse awīlum é um mentiroso, ele carregará a pena desse processo. (HAMMURABI, 1976, p. 28–29).

Como se nota, trata-se de interessante construção legislativa, pois as exceções e possibilidades decorrentes da hipótese normativa descrita no § 9 são arroladas nos parágrafos seguintes, indícios de uma incipiente técnica legislativa — ainda que, conforme Bouzon (1976, p. 29), a “ordem mais lógica, como nota Finet, seria, sem dúvida, § 9, 10, 12, 11, 13”.

Outro ponto a se considerar é que, aparentemente, não se tem proporcionalidade aqui, pois toda acusação, ou contra-acusação, infundada de receptação possui pena capital. No entanto, considerando o contexto de denúncia caluniosa, pode-se supor que a pena capital se daria mais por conta da movimentação judicial indevida do que pela acusação em si. A preocupação com a administração da justiça parece sobrepujar a esfera patrimonial das partes — podendo-se corroborar essa análise com o fato de que a única condenação financeira dos parágrafos citados, prescrita no § 12, ocorre quando o vendedor já morreu e, portanto, deixa de ser possível comprovar as versões trazidas a juízo.

Como dito, o Código de Hammurabi busca sempre o perfazimento prático da justiça nos moldes da época. A noção de pacificação social, permeada por todo o texto, faz com que não seja apenas direito penal e processual penal que estejam normatizados no Código. À sequência, estão alguns dispositivos referentes a contatos, arrendamento de terras e empréstimos.

§ 44 Se um awīlum arrendou um campo baldio por três anos para arroteá-lo, mas negligenciou e não o arroteou: no quarto ano surribará, cavará e desterroará o campo

e o devolverá ao proprietário do campo, além disso medirá 10 GUR de grão por cada BUR (de terreno)<sup>5</sup>.

§ 45 Se um awīlum arrendou seu campo a um agricultor e (já) recebeu a renda de seu campo e depois (disso) Adad inundou o campo ou a torrente carregou: o prejuízo será do agricultor.

§ 46 Se ele (ainda) não recebeu a renda de seu campo, quer tenha arrendado o campo pela metade, quer pela terça parte (da produção): o agricultor e o dono do campo dividirão o grão, que foi produzido no campo, na proporção fixada.

§ 47 Se o agricultor, porque não tirou o seu investimento no ano anterior, disse: «Eu quero cultivar o campo»: o proprietário do campo não o impedirá, seu agricultor cultivará seu campo e na colheita ele levará o grão conforme o seu contrato.

§ 48 Se um awīlum tem sobre si uma dívida e Adad inundou seu campo, ou a torrente carregou, ou por falta de água não cresceu grão no campo: naquele ano ele não dará grão a seu credor, ele umedecerá sua tábuas<sup>6</sup> e não pagará os juros daquele ano.

§ 49 Se um awīlum tomou emprestado prata a um mercador e deu (como garantia) ao mercador um campo preparado para o grão ou para o sésamo e disse-lhe: «cultiva o campo, grão ou sésamo que for produzido recolhe e leva contigo»: se um agricultor produziu no campo grão ou sésamo, no tempo da colheita o proprietário do campo tomará o grão ou o sésamo que foi produzido no campo e dará ao mercador grão correspondente à (quantidade de) prata, que ele tomou emprestada, com seus juros e (além disso) dará ao mercador os gastos do cultivo<sup>7</sup>.

§ 50 Se entregou um campo plantado com grão ou um campo plantado com sésamo, o que for produzido no campo, o dono do campo tomará e restituirá ao mercador a prata com seus juros.

§ 51 Se ele não tem prata para restituir: dará ao mercador [grão] ou sésamo no valor de sua prata, que ele tomou do mercador, e de seus juros de acordo com a regulamentação do rei. (HAMMURABI, 1976, 39–41).

Esse trecho do código de Hammurabi, em comparação às questões criminais, nos leva a observar como as práticas agrícolas e comerciais da Mesopotâmia estavam bem avançadas. Enquanto as matérias referentes aos crimes e às penas remetem aos costumes das populações nativas, ainda que a intermediação de um juiz representante do rei seja algo novo, vê-se que a política agrícola, ao menos em seu aspecto comercial e econômico, tinha grande atenção e detalhamento na legislação babilônica.

Outro subsistema civil bem detalhado consiste no direito de família, conforme segue.

§ 128 Se um awīlum tomou sua esposa e não redigiu o seu contrato: essa mulher não é sua esposa<sup>8</sup>.

§ 129 Se a esposa de um awīlum foi surpreendida dormindo com um outro homem: eles os amarrarão e os jogarão n'água. Se o esposo perdoa sua esposa, o rei (também) perdoará o seu servo<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Conforme Bouzon (1976), um GUR equivalia a cerca de trezentos litros, enquanto um BUR correspondia a cerca de seis hectares. Desse modo, a condenação do arrendador negligente seria de quinhentos litros de grão por hectare do terreno negligenciado.

<sup>6</sup> Uma vez que os contratos babilônicos eram escritos em tábuas de argila, molhar a superfície escrita tornava o texto ilegível. Umedecer a tábuas, portanto, era a materialização fática da anulação do contrato (BOUZON, 1976).

<sup>7</sup> Como se vê, o direito babilônico previa a cessão do direito de superfície a título de garantia real — expressa na fórmula “recolhe e leva contigo”, conforme Bouzon (1976) — em uma modalidade incipiente do que hoje conhecemos como anticrese.

<sup>8</sup> O contrato escrito, portanto, é requisito de validade para o casamento babilônico.

<sup>9</sup> As leis assírias também conferiam ao adúltero o mesmo tratamento dispensado pelo marido à esposa (BOUZON, 1976). Por oposição, a norma bíblica inadmitte a anistia da pena de morte (BÍBLIA, Deuteronômio, 22, 22).

§ 130 Se um awīlum amarrou a esposa de um (outro) awīlum, que (ainda) não conheceu homem e mora na casa de seu pai, e dormiu em seu seio e (se) o surpreenderam: esse awīlum será morto, mas essa mulher será posta em liberdade<sup>10</sup>.

§ 137 Se um awīlum decidiu repudiar uma šugētum, que lhe gerou filhos, ou uma naditum., que lhe obteve filhos: devolverão a essa mulher o seu dote e dar-lhe-ão a metade do campo, do pomar e dos bens móveis e ela educará os seus filhos. Depois que tiver educado os seus filhos, de tudo o que foi deixado para seus filhos, dar-lhe-ão a parte correspondente à de um herdeiro e o homem de seu coração poderá tomá-la como esposa.

§ 138 Se um awīlum quer abandonar sua primeira esposa, que não lhe gerou filhos: dar-lhe-á a prata correspondente ao terhatum<sup>11</sup> e restituir-lhe-á o dote que trouxe da casa de seu pai; (então) poderá abandoná-la.

§ 139 Se não há terhatum: dar-lhe-á uma mina de prata como indenização de repúdio.

§ 140 Se é um muškēnum: dar-lhe-á um terço de uma mina de prata

§ 141 Se a esposa de um awīlum, que mora na casa do awīlum, decidiu ir embora e criou para si um pecúlio, dilapidou sua casa, negligenciou seu marido: comprovarão (isto) contra ela. Se seu marido declarou que deseja repudiá-la, ele poderá repudiá-la. Ele não lhe dará coisa alguma, nem para sua viagem, nem como indenização de separação. Se seu marido declarou que não deseja repudiá-la, seu marido poderá tomar uma outra mulher e aquela (primeira) mulher morará como uma escrava na casa de seu marido.

§ 142 Se uma mulher tomou aversão a seu esposo e disse-lhe: «Tu não terás relações comigo»: seu caso será examinado em seu distrito. Se ela for irrepreensível e não tiver falta e o seu esposo for um saidor e a tiver humilhado muito: essa mulher não tem culpa, ela tomará seu dote e irá para a casa de seu pai.

§ 143 Se ela não é irrepreensível, mas é uma saidora, dilapida sua casa e desonra seu marido: jogarão essa mulher n'água<sup>12</sup>. (HAMMURABI, 1976, p. 62; 65–67).

De início, a primeira constatação é de que o casamento não é algo sagrado, mas sim um contrato entre um homem e uma mulher — afinal, embora não haja referência a nenhuma divindade, existe menção expressa ao rei, merecendo destaque o caráter financeiro dos parágrafos 138–140 e a exigência legal de contrato escrito para a validade do ato (§ 128).

Está claro também que o homem encontra-se numa posição superior à mulher pois, 1) o homem pode perdoar uma traição como o soberano perdoa o seu súdito; 2) no casamento, a mulher perde a liberdade, cabendo ao marido libertá-la ou não (§ 141); 3) o marido pode ter outra esposa, ainda que a mulher não perca o *status* de primeira esposa; e 4) caso ocorra uma briga séria entre o casal (§§ 142 e 143), se foi a mulher quem deu causa, será jogada na água, enquanto, se for o homem o causador do desentendimento, apenas terá de devolver a esposa e o dote ao, digamos, antigo dono da mulher: o pai dela.

---

<sup>10</sup> Para a legislação bíblica, só estaria livre da pena a mulher cujo abuso se desse no campo, porquanto a prática sexual ocorrida na cidade gozava de presunção *iuris et de iure* de consentimento. A lógica é que não haveria violação se a mulher tivesse gritado por socorro; se houve, é porque não gritou. Se não gritou, é porque não se opôs e, portanto, consentiu (BÍBLIA, Deuteronômio, 22, 23–27).

<sup>11</sup> O *terhatum* consiste no dote, valor pago pelo pai do noivo ao pai da noiva.

<sup>12</sup> Interessante ressaltar que a pena para a mulher não irrepreensível é a mesma cominada à mulher adúltera (§ 129).

Não se pode olvidar, porém, que a legislação babilônica destinava uma certa proteção à mulher, como a indenização à primeira esposa repudiada por não gerar filhos no valor de duas vezes o seu dote, ainda que carregasse os problemas estruturais da sociedade em si, como a precedência do homem sobre a mulher e a existência de regras diferentes para cada classe social.

Outro avanço consiste no fato de que o código não era étnico, já que fora estabelecido para todos os povos reunidos sob o cetro babilônico, consequência da unificação que Hammurabi buscava obter mediante a criação do que hoje talvez se pudesse chamar estado de Direito (BOUZON, 1976), podendo-se considerá-lo, quiçá, como um Napoleão do seu tempo.

Assim sendo, uma vez que o código faz pouca menção aos não babilônicos, pode-se supor que a Lei servisse a todos os residentes no Império, inexistindo distinção legal entre nativos e estrangeiros, o que iria na contramão dos demais ordenamentos da Idade Antiga.

### **3.2 Considerações sobre o Direito Hebreu: a Lei Mosaica**

Antes de se iniciar o estudo das leis mosaicas, é preciso situar historicamente o momento da escrita da Torá, uma vez que “em lugar nenhum do Pentateuco há alguma indicação de quem é o seu autor ou de como os livros foram produzidos”<sup>13</sup> (MCDERMOTT, 2002, p. 13).

Por muitos anos, acreditou-se que a redação de dois dos cinco primeiros livros da Bíblia, Gênesis e Deuteronômio, tinha se dado após a saída dos hebreus do Egito (o Êxodo), o que lhe inseria na Idade do Bronze, entre os séculos X e IX antes de Cristo. Nesses termos, face a outros textos primitivo, o Velho Testamento não seria tão antigo quanto o nome indica, tendo quase a mesma idade que a Odisseia e sendo bem posterior às sagas sumérias e a alguns textos egípcios. Contudo, alguns historiadores desconfiam que esses textos poderiam ser de um período ainda mais recente, por volta dos séculos VI e V antes de Cristo, no colapso da Idade do Bronze e início da Idade do Ferro, tendo sua elaboração ocorrido como instrumento de justificação e consolidação dos reinos de Israel. (MCDERMOTT, 2002).

Independentemente da idade exata da sua redação, o Antigo Testamento é um texto muito bem elaborado. Além de não ser obra de um único autor, recebe influência de diversos outros livros e povos, incluso conhecimento jurídico — objeto de interesse aqui.

Abraão, patriarca dos judeus e dos muçulmanos, era natural da cidade de Ur, na Suméria, uma das primeiras civilizações a desenvolver cidades e a escrita. Ele veio da terra do Código de

---

<sup>13</sup>“Nowhere in the Pentateuch itself is there any indication of who the author is or how the books were composed”, no original.

Hammurabi e das sagas de Gilgamesh, com o grande dilúvio e a sua arca. É impossível não identificar a influência da cultura babilônica no povo hebreu e no seu texto sagrado<sup>14</sup>. De modo geral, as leis mosaicas são bem próximas de diversas normas do Código de Hammurabi, ainda que eticamente mais bem elaboradas (MOURA, 2006).

E agora, ó Israel, ouve as leis e os preceitos que hoje vou ensinar-vos. Coloque-os em prática para que vivais e entreis na posse da terra que o Senhor, Deus de vossos pais, vos dá. Não ajuntareis nada a tudo que vos prescrevo, nem tireis nada daí, mas guardareis os mandamentos do Senhor, vosso Deus, exatamente como vos prescrevi. [...] Observai-as, praticai-as, porque isso vos tomará sábios e inteligentes aos olhos dos povos que, ouvindo todas essas prescrições, dirão: ‘Eis uma grande nação, um povo sábio e inteligente’ (BÍBLIA, Deuteronômio, 4, 1–2;6)

O primeiro ponto relevante que se deve destacar no que concerne à legislação posta em Deuteronômio é o seu caráter eminentemente étnico uma vez que pertence apenas ao povo hebreu, *i.e.*, ao povo que herdará a terra e o paraíso: o povo eleito. Mesmo que os hebreus conquistassem terras e povos, suas leis não seriam extensíveis pois, para além do aspecto normativo, a lei mosaica é um sinal da prerrogativa de santidade a eles dada por Deus<sup>15</sup>.

Por outro lado, essa observância restrita e radical traz sérios problemas quando os hebreus ficam sob domínio de outros povos pois, como as leis hebraicas impedem a integração do povo eleito, tem-se um cenário propício a conflitos.

A segunda questão é que sua legislação parte de uma revelação. Foi Deus que revelou ao povo eleito, por intermédio de homens especiais, como Moisés, as suas leis. Portanto, não há como distinguir o direito positivo do direito divino, pois estabelece ao mesmo tempo as leis e aqueles que as devem fazer cumprir. Mesmo que o Reino de Israel só surja bem depois da fuga do Egito, as autoridades de cada tribo, os juízes, foram estabelecidas junto com as leis mosaicas, não sendo possível dissociá-las da revelação divina (MEISTER, 2007).

Ele vos deu a conhecer a sua aliança, e ordenou-vos que a observásseis: as dez palavras que escreveu nas duas tábuas de pedra. Ordenou-me o Senhor naquele mesmo tempo que vos ensinasse as leis e os preceitos que deveríeis observar na terra que ides possuir. [...] Eis a lei que Moisés apresentou aos israelitas. Estes são os mandamentos, as leis e os preceitos que Moisés propôs aos israelitas depois de sua partida do Egito (BÍBLIA, Deuteronômio, 4, 13–14;44–45).

---

<sup>14</sup> Consoante Meister (2007, p. 60), os que desconsideram a autoria mosaica usam textos bíblicos como Gn 26, 5 como prova de que a composição do Pentateuco seria tardia, alegando que o suposto autor teria “usado alguma tradição, colocando-a na boca de Deus”. No entanto, ao se considerar que a autoria substancial da Torá decorreria de Moisés, a qual adviria diretamente do divino, explica-se a existência dos mesmos princípios em diversos conjuntos normativos da antiguidade por uma mesma origem comum: Deus.

<sup>15</sup> Conforme Aquino, ainda que os “gentios mais perfeita e seguramente conseguiam a salvação na observância da lei, do que seguindo só a lei natural” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 98, a. 5, ad. 3), apenas os judeus estavam obrigados a seguir a Lei Antiga, pois “Deus deu ao povo o judeu a lei e os outros benefícios especiais, por causa da promessa que lhes fora feita aos pais, para que deles nascesse Cristo” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 98, a. 4, co.)

As leis mosaicas são decomponíveis em dois conjuntos: os preceitos propostos diretamente por Deus, que são os dez mandamentos, e as leis complementares de conduta, que permeiam todo o Pentateuco, com ênfase em Êxodo e Deuteronômio (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 100, a. 3, co.). O texto dos dez mandamentos, principal elemento de análise aqui, é o que segue transcrito.

Eu sou o Senhor, teu Deus, que te tirei do Egito, da casa da servidão. Não terás outro deus diante de mim. Não farás para ti imagem de escultura representando o que quer que seja do que está em cima no céu, ou embaixo na terra, ou nas águas debaixo da terra. Não te prostrarás diante delas para render-lhes culto, porque eu, o Senhor, teu Deus, sou um Deus zeloso. Castigo a iniquidade dos pais nos filhos, até a terceira e a quarta geração daqueles que me odeiam, mas uso de misericórdia até a milésima geração com aqueles que me amam e guardam os meus mandamentos. Não pronunciarás em vão o nome do Senhor, teu Deus; porque o Senhor não terá por inocente aquele que tiver pronunciado em vão o seu nome. Guardarás o dia do sábado e o santificarás, como te ordenou o Senhor, teu Deus. Trabalharás seis dias e neles farás todas as tuas obras; mas no sétimo dia, que é o repouso do Senhor, teu Deus, não farás trabalho algum, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem teu servo, nem tua serva, nem teu boi, nem teu jumento, nem teus animais, nem o estrangeiro que vive dentro de teus muros, para que o teu escravo e a tua serva descansem como tu. Lembra-te de que foste escravo no Egito, de onde a mão forte e o braço poderoso do Senhor te tirou. É por isso que o Senhor, teu Deus, te ordenou observasses o dia do sábado. Honra teu pai e tua mãe, como te mandou o Senhor, para que se prolonguem teus dias e prosperes na terra que te deu o Senhor, teu Deus. Não matarás. Não cometerás adultério. Não furtarás. Não levantarás falso testemunho contra o teu próximo. Não cobiçarás a mulher do teu próximo. Não cobiçarás sua casa, nem seu campo, nem seu escravo, nem sua escrava, nem seu boi, nem seu jumento, nem nada do que lhe pertence. (BÍBLIA, Deuteronômio, 5, 6–21).

Está claro aqui que os dez mandamentos se referem muito mais à esfera moral/religiosa do que à ordem cível/criminal. Ademais, nem todos os mandamentos são extensíveis a todos os povos, pois é nítido que alguns são específicos para o povo hebreu, como amar a Deus, guardar o sábado, não fazer imagens e não tomar “em vão o nome do Senhor”. Outros, ainda que se possa compreendê-los como universais e não específicos ao povo hebreu, são de ordem moral (subjativa), cabendo apenas a Deus acompanhar o seu fiel cumprimento, como honrar pai e mãe e não desejar a mulher, a casa ou qualquer outra coisa do próximo.

Nota-se a pseudosseparação entre o direito divino e o direito positivo na existência de duas esferas de observância e aplicação das leis: a primeira são as autoridades hebraicas destinadas a isso, os juízes, sendo a outra a própria divindade, da qual não se pode escapar, já que invade a consciência dos homens. Por consequência, existem também duas esferas onde as penas são cumpridas, o universo temporal ou secular e o universo eterno de Deus. É importante compreender essa dualidade porque, por mais que estejam fundidas em uma mesma realidade, pois a lei de Deus é por si só a própria justiça, não existe separação entre aquilo que é válido daquilo que é justo.



O Senhor ordenou-nos que observássemos todas essas leis e temêssemos o Senhor, nosso Deus, para sermos sempre felizes e para que nos conservasse a vida, como o fez até o presente. Seremos, pois, tidos por justos, se tivermos o cuidado de nos conformar a toda essa lei diante do Senhor, nosso Deus, como ele nos mandou. (BÍBLIA, Deuteronômio, 6, 24–25).

O resto do Deuteronômio são observações (preceitos morais ou cerimoniais) feitos para que se cumpram os mandamentos, servindo para Moisés, com quem Deus fala diretamente<sup>16</sup>, e para todo o povo. É possível observar quantas vezes a divindade lembra que foram cativos no Egito e por Ele libertados, assim como da aliança feita por meio das duas tábuas e de que foram alimentados no deserto.

Percebe-se em Deuteronômio que, à medida que o povo hebreu conquista terras acima do Sinai e próximas ao Jordão, regras são adicionadas, fornecendo diretrizes sobre culto e alimentação (cap. 12, 13 e 14), cobrança e perdão de dívidas (15) e guerra (20), além de regras sobre casamento, dote e adultério que lembram muito o Código de Hammurabi, como segue.

Se se encontrar um homem dormindo com uma mulher casada, todos os dois deverão morrer: o homem que dormiu com a mulher, e esta da mesma forma. Assim, tirarás o mal do meio de ti. Se uma virgem se tiver casado, e um homem, encontrando-a na cidade, dormir com ela, conduzireis um e outro à porta da cidade e os apedrejareis até que morram: a donzela, porque, estando na cidade, não gritou, e o homem por ter violado a mulher do seu próximo. Assim, tirarás o mal do meio de ti. Mas se foi no campo que o homem encontrou a jovem e lhe fez violência para dormir com ela, nesse caso só ele deverá morrer, e nada fareis à jovem, que não cometeu falta digna de morte, porque é um caso similar ao do homem que se atira sobre o seu próximo e o mata: foi no campo que o homem a encontrou; a jovem gritou, mas não havia ninguém que a socorresse. (BÍBLIA, Deuteronômio, 22, 22–27).

Essa passagem permite observar que até mesmo o mandamento “não matarás” é relativizado quando oportuno<sup>17</sup>, sendo possível citar o sacrifício de Isaac (Gn 22, 1–18), o adultério da esposa de Oseias (Os 1,2–3,5) e a espoliação dos bens egípcios (Ex 12, 35–36), ambos a mando de Deus, como exemplos disso.

O ponto fulcral da lei antiga, como se vê, é o primeiro mandamento do Decálogo — amar a Deus sobre todas as coisas — sendo possível inferir, a partir da supremacia desse mandamento,

---

<sup>16</sup>Aquino faz ressalva a esse contato direto de Deus com Moisés apontando que, em verdade, a fala foi intermediada por anjos, ministros da autoridade divina, pois, uma vez que a lei antiga não era perfeita, apenas dispunha para a perfeição, “foi conveniente a lei perfeita do Novo Testamento ter sido dada imediatamente por Deus mesmo; e que a lei antiga fosse dada aos homens pelos ministros de Deus” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 98, a. 3, co.)

<sup>17</sup>Tomás de Aquino aponta que, sendo Deus o titular da razão da ordem jurídica — e, em um certo sentido, a própria razão em si mesma — a Sua autorização torna lícita uma conduta particular que, de outro modo, seria transgressora/pecaminosa, como o homicídio, o adultério ou o furto (STh II<sup>a</sup>-IIae, q. 104, a. 4, ad. 2).

a existência de uma hierarquia nas leis mosaicas, já que é lícito até mesmo matar todo aquele que de algum modo transgrida o primeiro mandamento (BÍBLIA, Deuteronômio, 13).

#### **4 DO FUNDAMENTO DAS ORDENS JURÍDICAS MESOPOTÂMICA E HEBRAICA<sup>18</sup>**

Para se descobrir qual a norma fundamental de uma ordem jurídica qualquer, deve-se procurar o mandamento ou a lei que gera e condiciona todas as demais normas (KELSEN, 1998). No sistema jurídico babilônico, é justamente o trecho epopeico do prólogo em que as divindades convocam Hammurabi “para fazer surgir justiça na terra, para eliminar o mau e o perverso, para que o forte não oprima o fraco, para, como o sol, levantar-se sobre os cabeças-pretas e iluminar o país” (HAMMURABI, 1976, p. 20).

Como se vê, é a autoridade do legislador que sustenta toda a legitimidade e legalidade da codificação babilônica, não se podendo esquecer que é a autoridade com lastro divino, não a lei em si, a que se deve obedecer. Tirando essa primeira norma, dita primeira por estar acima das demais, todas as outras são passíveis de alteração ou supressão, se assim desejar o rei: ainda que o fundo seja divino, a capacidade legiferante compete inteiramente a Hammurabi.

O mesmo não ocorre no direito hebreu. Ao contrário do direito mesopotâmico, formado em sua quase totalidade por normas casuísticas (particulares), há no direito hebreu um núcleo duro de normas apodícticas (categóricas) — os Dez Mandamentos, dados pelo próprio Deus — que conformam todo o restante da estrutura normativa (MEISTER, 2007).

Assim, ainda que, em princípio, se tenha conferido uma certa autoridade a Moisés, o patriarca não detém o poder de legislar como entre os babilônicos; ele pode fixar preceitos regulamentares, de cunho moral, cerimonial ou até judicial, mas nunca inovar. É dizer: inexistente o poder de legislar a nível humano, mas tão só o poder de cumprir e de fazer cumprir a lei.

Nesse caso, qual seria a *Grundnorm* de princípio estático do direito hebreu?

Parece claro que o primeiro mandamento, que se pode chamar vulgarmente de “Amar a Deus”, não só é superior aos demais como os condiciona, pois “o fim da vida humana e da sociedade é Deus” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 100, a. 6, co.). Toda legislação hebraica antiga vincula-se à observância do primeiro mandamento, pois é ele que encarna a própria existência e distinção do povo hebreu: o fato de haver um só Deus.

---

<sup>18</sup> Como visto anteriormente, a norma fundamental *stricto sensu* não possui conteúdo material aferível. Desse modo, a presente análise consiste em um estudo da *Grundnorm* de princípio estático, a única passível de ser aferida aqui, já que a autoridade divina é, *par excellence*, incontestável.

Por causa disso, grande parte das leis hebraicas procuram verificar se os indivíduos estão amando ou não a Deus mediante o controle de comportamentos como qual dia da semana guardar, o que comer, o que vestir, onde orar, com quem andar, o que falar, i.e., condutas perceptíveis, visíveis e reconhecíveis no meio da população no cotidiano.

Aquino explica essa opção divina quanto ao controle das condutas exteriores pela lei antiga como decorrência da dureza do coração do povo hebreu, o que O levou a agir “como um pedagogo de crianças” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 107, a. 1, co.). Segundo o autor,

os que ainda não tem o hábito da virtude são levados a praticar atos virtuosos por uma causa extrínseca, p. ex., por causa da cominação de penas ou pela promessa de certas remunerações extrínsecas, como a honra, as riquezas, ou coisas semelhantes. Por isso a lei antiga, dada para imperfeitos, i. é, que ainda não tinham conseguido a graça espiritual, era chamada lei do temor, porque levava à observância dos preceitos pela cominação de determinadas penas, e dela se diz que fazia certas promessas temporais”. (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 107, a. 1, ad 2).

Vê-se, portanto, que é dispensável uma relação íntima entre indivíduo e a divindade porquanto seja ela substituível pela exteriorização do amor, do temor e do respeito por meio de gestos, objetos e situações observáveis. Uma vez que a face de Deus não fora ainda revelada, era preciso que existisse uma exterioridade no amar, respeitar e temer a divindade, o que permite entender por que a tradição hebraica se apega tanto à exterioridade cerimonial.

A preponderância do primeiro mandamento é tão elevada que, em tese, os demais preceitos do Decálogo são dispensáveis contanto que ele seja respeitado — o que se verifica, por extensão, quando compete apenas a Deus, enquanto titular da ordem jurídica e da ordem universal, estabelecer dispensas à observância do Decálogo (STh, II<sup>a</sup>-IIae, q. 104, a. 4, ad. 2).

E isso se dá porque a criação é um falar de Deus, palavras expressas que se materializam e funcionam como o conteúdo próprio daquilo que é criado, afinal, as obras da Criação só são conhecidas porque foram materializadas, postas para fora — a justificar por que os Pais da Igreja preferiam traduzir *λογος* para *verbum* e não como *ratio* (LAUAND, 2007)<sup>19</sup>.

Isso explica também por que a alteração, a revisão e a interpretação dos preceitos do Decálogo, a Lei Antiga por excelência, só compete à autoridade divina que a instituiu: toda e qualquer mutação de conteúdo é, ao mesmo tempo, uma alteração de forma, pois são as normas atos ilocucionários declarativos. Conforme Lauand (2007, p. 180), “[o] ‘faça-se a luz’ de Gn 1, 3 –

---

<sup>19</sup> As três palavras possuem, em determinado grau, um sentido de palavra, razão, mente e pensamento. A predileção por *Verbum*, no caso, seria por esse sugerir um sentido de “algo materializado a partir do pensamento” enquanto *Ratio* seria a “coisa pensada ainda dentro da mente”.

o exemplo é de Tomás –, na leitura literal, é entendido como a luz mesmo, a luz física, criada por Deus”.

O decálogo expressaria, desse modo, não normas prescritivas, mas sim descritivas do próprio conteúdo do senso de justiça a nível divino. Tem-se, quanto ao primeiro mandamento, por exemplo, a ideia de que “amar a Deus sobre todas as coisas é conatural ao homem e mesmo a qualquer criatura, não só racional, mas também irracional e mesmo inanimada, conforme o modo do amor que convém a cada uma delas” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 109, a. 3, co.).

Ao se estudar os direitos babilônico e hebraico, nota-se que não existe um direito natural que os permeia, não existe uma universalidade, *i.e.*, uma humanidade que os aproxima. Caberá ao Cristianismo permitir isso — ainda que, séculos antes de Cristo, gregos e romanos já falassem de um direito natural — a partir da revelação progressiva e orgânica trazida pelo Messias (MEISTER, 2007).

Nos evangelhos, há a narrativa de diversas discordâncias de Jesus com as regras hebraicas de conduta. Com o devido cuidado semântico, poder-se-ia falar até mesmo em descumprimento<sup>20</sup>, pois Cristo questiona hábitos alimentares, locais de oração, com quem se deve andar e pregar a palavra de Deus, dentre outras exteriorizações típicas da faceta jurídica da sociedade hebraica. A alteração proposta pelo Messias, porém, consiste em uma mudança interpretativa que visa a conformar a palavra divina ao mundo ético, à atuação humana moral<sup>21</sup>. Com Cristo, portanto, torna-se possível superar essa dualidade entre o divino e o positivo — sendo a passagem referente ao dar “a César o que é de César e a Deus o que é de Deus” (BÍBLIA, Mateus, 22, 21) um dos mais famosos expoentes dessa distinção — por intermédio de um chamado à perfeição de dentro para fora: é divino, e imutável, o que está relacionado com a atuação moral íntima; tudo o mais, por sua vez, será humano e temporal

Ao transferir o enfoque da lei para as atitudes internas, altera-se o fundamento de todo o sistema jurídico judeu, o que desvincula os direitos divino e positivo, ainda que essa fique subjugada

---

<sup>20</sup> Conforme Aquino, “[a] estrutura da lei antiga, quanto ao seu cumprimento, não foi mudada antes de Cristo; mas só por Cristo isso se fez. Foi mudada, porém, quanto à condição do povo que ela regia” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 102, a. 4, ad 2). O termo descumprimento se deve ao fato de que, alterando-se o fundamento estático da ordem judaica — não mais hebraica, percebe-se — perderam o vigor as normas imperfeitas que não foram recepcionadas, afinal “a lei nova completa a antiga, suprimindo-a no que lhe faltava” (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 107, a. 2, co.).

<sup>21</sup> Conforme MEISTER (2007, p. 63), “Podemos inferir que toda lei divina tem um caráter moral, mas, no que tange a aspectos civis e cerimoniais, sua aplicabilidade é temporal e limitada. [...] por explícita ordem de Deus, aspectos da aplicação civil e cerimonial cessaram com a vinda de Cristo, mas nunca o seu valor moral”.

àquela — pois, como se ignoram tão só as condutas externas indiferentes à vida interior (STh, I<sup>a</sup>-IIae, q. 108, a. 1, ad 1), a ordem divina nega vigência a tudo que lhe é contrário.

Até que isso ocorra, no entanto, ambas as esferas permanecerão fundidas em uma mesma realidade jurídica tanto entre babilônicos como dentre o povo hebreu: o direito é divino, pois é fundamentado na autoridade inquestionável da divindade<sup>22</sup>, mas é imposto aos homens como um direito positivo por um escolhido dentre aqueles do povo.

Assim, malgrado o aspecto divino prepondere no direito hebraico e o caráter positivo se sobressaia no babilônico, ambos são divinos e positivos de forma indissociável por terem a sua juridicidade assegurada, em última instância, pela divindade que os valida.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, ainda que ambas as ordens jurídicas se pautem na autoridade divina de um direito positivo, nota-se uma diferença relevante quanto ao legítimo detentor da carga material do Direito, podendo-se afirmar que o direito babilônico é um direito positivo legitimado de forma apoteótica enquanto o direito hebreu é um direito divino que foi positivado.

No direito hebreu, a lei é divina, um ato sagrado que, por sua própria natureza, não se permite suprimir, alterar nem interpretar sem a vênua da divindade que a pôs. Fazendo uma analogia com a teoria dos três poderes de Montesquieu, poder-se-ia dizer que o poder legislativo está nas mãos de Deus, verdadeira prerrogativa divina, sendo Moisés apenas um emissário que promulga a lei aos homens. O direito divino torna-se positivado, mas não perde sua essência extra-humana. Na esfera antrópica, portanto, só existiriam os poderes judiciário e executivo, responsáveis por cumprir e fazer cumprir as emanações normativas que vêm do Alto.

Já o direito babilônico é um direito positivo, temporal, com aura divina: um direito positivo deificado. A divindade não se encontra na lei em si, como entre os hebreus, o que torna admissível alterações, revisões e interpretações. A divindade reside na autoridade daquele que redigiu a lei, sendo mero fundamento de validade formal; assim, é a designação de Hammurabi para ser a justiça encarnada e o artífice legal que sinalizam, e encerram, o papel divino na lei.

As leis e a justiça são temporais no universo jurídico babilônico, não o sendo no direito hebreu. Apesar de serem tidas como manifestação de uma divindade, apenas as normas deuteronômicas

---

<sup>22</sup>Muito embora a *Grundnorm* de princípio dinâmico de ambas as ordens jurídicas estudadas seja a mesma, visto que se pautam na autoridade inquestionável da divindade de instituir a criação do Direito, as suas normas fundamentais de princípio estático são diferentes, exatamente o que justifica este estudo.

são divinas; o código de Hammurabi, como dito, é deificado. Isso, no entanto, não impede que ambos os planos — divino e positivado — se fundam e se confundam até que, de modo pedagógico, a divisão seja apresentada e operada por Cristo no Evangelho.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução: Alexandre Correia. *E-book*. Disponível em: [bit.ly/3a55JzR](https://bit.ly/3a55JzR). Acesso em: 12 dez. 2020.

BÍBLIA, A.T. Deuteronômio. Separata de: BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**: Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 196. ed. São Paulo: Ave Maria, 2012. p. 215–253.

BÍBLIA, A.T. Evangelho segundo São Mateus. Separata de: BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**: Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 196. ed. São Paulo: Ave Maria, 2012. p. 1285–1321.

BOUZON, Emanuel. Introdução. Separata de: HAMMURABI. **O Código de Hammurabi**: Introdução, tradução (do original cuneiforme) e comentários de E. Bouzon. Trad. Emanuel Bouzon. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.

CATHREIN, Victor. **Filosofía del Derecho**: el derecho natural y el positivo. Tradução: Alberto Jardón e César Barja. Madrid: Reus, 2002.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A obra-prima de cada autor. Série Ouro, 2).

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMMURABI. **O Código de Hammurabi**: Introdução, tradução (do original cuneiforme) e comentários de E. Bouzon. Trad. Emanuel Bouzon. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAUAND, Jean. Pensamento Confundente e Neutro em Tomás de Aquino. Separata de: LAUAND, Jean. **Filosofia, linguagem, arte e educação**: 20 conferências sobre Tomás de Aquino. São Paulo: Factaash, 2007.

MCDERMOTT, John J. **Reading the Pentateuch**: a historical introduction. [S.l.]: Paulist Press, 2002.

MEISTER, Mauro Fernando. Olho por Olho: A Lei de Talião no Contexto Bíblico. **Fides Reformata**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 57–71, 2007.

MOURA, Odilão. A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino. **Veritas**, Porto Alegre, v. 40, n. 159, p. 481–491, set. 1995.

MOURA, Ozeas Caldas. Leis Mosaicas: Plagiadas do Código de Hamurábi? **Hermenêutica**, v. 6, p. 19–26, 2006.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da Inquisição. Separata de: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 3. ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. Separata de: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 3. ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. O Direito nas sociedades primitivas. Separata de: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 3. ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

**Recebido em:** fevereiro de 2021.

**Aceito em:** janeiro de 2022.