

A sanção em Devarim 19:21 frente ao princípio da legalidade e da justiça no direito hodierno

The sanction in Devarim 19:21 facing the principle of legality and justice in today's law

DOI:10.34117/bjdv7n11-058

Recebimento dos originais: 12/10/2021

Aceitação para publicação: 05/11/2021

Rodrigo Rios Faria de Oliveira

Doutor em Ciências da Linguagem pela Universidade do Vale do Sapucaí - UNIVÁS

Mestre em Direito Civil pela Universidade Paulista - UNIP

Universidade do Vale do Sapucaí - UNIVÁS

Avenida Prefeito Tuany Toledo, 470 - Fátima –Pouso Alegre (MG) - Brasil

E-mail: profdrrodrigooliveira@gmail.com.br

RESUMO

O estudo aborda as questões normativas legais contidas em Devarim 19:20, e suas retomadas e reformulações no direito atual, ocupando-se das linguagens jurídica e teológica, a fim de verificar os princípios constitucionais da legalidade e da justiça, da República Federativa do Brasil. Verifica, dessa maneira, as questões acerca das sanções vistas nessa parte da Torah e das consequentes relações para com as questões principiológicas constitucionais da ciência do Direito. Dessa forma, procura observar concepção de sanção presente no referido texto religioso, a fim de explicitar a realidade frente ao nosso ordenamento jurídico e, dessa forma, postular uma prática da verdadeira justiça.

Palavras-Chave: Teologia, Legalidade, Justiça, Direito.

ABSTRACT

The study addresses the legal normative issues contained in Devarim 19:20, and their resumptions and reformulations in current law, dealing with the legal and theological languages, in order to verify the constitutional principles of legality and justice, of the Federative Republic of Brazil. In this way, it verifies the questions about the sanctions seen in this part of the Torah and the consequent relations with the constitutional principiological questions of the Law science. Thus, it seeks to observe the concept of sanction present in the aforementioned religious text, in order to clarify the reality in relation to our legal system and, thus, postulate a practice of true justice.

Keywords: Theology, Legality, Justice, Right.

1 INTRODUÇÃO

Temos na Torah, ao estudarmos, uma relação intrínseca com a questão da justiça, pois fácil percebermos à intolerância a quaisquer formas exploratórias a todos.

O Talmud nos diz (Bunim,2004, p.475):

“Um tolo não se sente golpeado, ferido”. Isso significa que não tem sentimentos que ultrapassem seu horizonte imediato. A tragédia e a maldade abundam no mundo; a dor e o sofrimento palpitam a seu redor, e o néscio nunca sente dor por isso.

Mas o erudito em Torá sabe, sente e se preocupa. Sensível à injustiça e ao sofrimento a seu redor, trata de ratificar o que pode, por qualquer meio, através de *tsedacot* e *mesharim*.

Assim, ao verificarmos Devarim 19:21, entre outras passagens contidas no livro do Tanah, temos que a questão Justiça está como uma fundamental preocupação da Halacha.

As normas judaicas refletem, em seus textos religiosos, uma preocupação com a real aplicação da justiça, fazendo com que haja um afastamento de sanções injustas.

Ao adentrarmos nos preceitos legais, na atualidade, em nosso contexto constitucional e infraconstitucional, temos dois princípios de suma importância, quais sejam, o da legalidade e o da justiça.

Temos que a garantia do acesso à justiça é uma das bases em nosso ordenamento jurídico, por estarmos em um Estado Democrático de Direito, o que nos conduz à uma proteção judicial, através de um processo justo. Sabido é que o direito de acesso à justiça é tido como direito humano e um princípio de natureza constitucional em nosso ordenamento jurídico.

Já ao tratarmos do princípio da legalidade, temos sua referência no Código Penal, em seu artigo 1º, além de o mesmo estar contido como fundamento constitucional, estando na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX.

Assim, temos que o princípio da legalidade nos dá uma garantia na estrutura das leis penais, sendo, portanto, o diferencial do direito penal no Estado de direito, onde o legislador é onipotente.

2 AS QUESTÕES SANCIONATÓRIAS DO *JUS TALIONIS*.

Primeiramente, devemos, nesse momento, elucidar que o ato de perpetrar uma ação sancionatória, um castigo, não há de tê-lo, sob uma análise generalizada, como um ato corretivo.

O *jus talionis* tratava-se de um ordenamento contido não apenas na Torah, mas o mesmo era recepcionado pelos mais diversos sistemas penais vigentes àquela época.

O Código de Hamurabi (cerca de 1750 a.C) segundo Meister (2007) é um bom exemplo disso:

- 196° - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.
197° - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.
200° - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.
202° - Se alguém espancar outro mais elevado que ele, deverá ser espancado em público sessenta vezes, com o chicote de couro de boi.
206° - Se alguém golpeia outro em uma rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar: “Eu não o golpeei de propósito”, e pagar o médico.
209° - Se alguém atinge uma mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.
210° - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.

O conceito do *jus talione* segundo Meister (2007) é o de que a punição por um determinado crime ou delito não pode ser fora da proporção do ato cometido, ou seja, não se pode tomar vida por dente ou mão por olho e assim por diante.

Temos aqui o princípio da proporcionalidade entre o crime, ou mal causado, e a pena do crime, ou retribuição do mal, que pode ser visto nesta passagem: “Mas, se houver desastre (de morte na mulher) – darás (indenização de) alma por alma, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão.” (Shemot 21,23-25)

O autor acredita que a universalidade do princípio da Lei de Talião no ambiente antigo é um argumento a favor de que se trata de um princípio de origem divina ou natural.

Aponta como esclarecimento para isso, o fato de que várias leis já eram conhecidas pelos patriarcas, conforme o texto de Bereshit 26,5: “Porque Abrahão escutou Minha voz e guardou Minha sentença, Meus mandamentos, Meus estatutos e Minhas leis.”

É verdade que no Pentateuco encontram-se passagens em que os homens aplicam a justiça conforme a vingança privada, ou a Lei de Talião, mas é ingênuo supor que esse princípio seja de origem Divina, só porque era utilizado no contexto cultural da época.

Ademais, a Torah relata a história não de forma científica, mas conforme as crenças do povo hebreu antigo.

Contudo, o autor acerta quando ressalta que:

A Lei de Talião é dada para regular as relações sociais desequilibradas em diversos âmbitos, tais como crimes e acidentes contra a pessoa, a comunidade ou mesmo a propriedade. Caso não houvesse lei reguladora, estes processos acabariam em ciclos criminosos de vingança e opressão dos socialmente mais fracos, com respostas desproporcionais e injustas. (Meister, 2007, p. 61)

Meister (2007) reitera que, longe de constituir um meio de vingança pura e simples, a lei de talião era “um ato de retribuição necessária, tanto como punição para o

indivíduo que comete o crime quanto para o ambiente social, visando prover meios para a reeducação do criminoso e também inibir outros delitos.” É óbvio que aí está latente o germe da moderna principiologia do Direito Penal, mas com suas peculiaridades da época, principalmente no que concerne à sua religiosidade.

Vejamos o contexto da Torah:

E por certo o vosso sangue de vossas almas requererei; da mão de todo animal a requererei; e da mão do homem; da mão do homem que é como seu irmão, requererei a alma do homem. Aquele que derramar o sangue do homem, pelo homem terá seu sangue derramado, pois à imagem de Deus fez o homem” (Bereshit 9,5-6)

Meister (2007) também afirma que a “ira divina” muito citada nas Escrituras revela que “o anseio da vingança não é ilegítimo, mas Deus o regula em virtude do estado de pecado do homem e coloca a si mesmo e ao Estado como legítimos vingadores.”

Ainda, ao estudarmos a ética talmúdica, temos que há uma aceitação pela repreensão, pois tal conduz a um auto-aperfeiçoamento, quando estiver em lastro com a legalidade e, em consequência, com a justiça.

Podemos bem verificar tal situação em Isaías, quando clama (Bunim, 2004, p.476):

Dei meu corpo aos que me feriam, e minhas bochechas aos que arrancavam minha barba; não escondi meu rosto das vergonha e das cuspidas. Mas o Eterno me ajudará; portanto, não fui confuso; portanto pus meu rosto como pederneira, e sei que não serei envergonhado.

Há de mencionarmos, ainda, que distante da pura Lei de Talião, a frase hebraica do “Julga-o favoravelmente”, nos remete aos ideais da justiça, fazendo com que haja declaração de inocência ou culpabilidade frente ao que ocorrerá e, em último caso, conceder o benefício da dúvida ao próximo.

Temos que as Escrituras Sagradas (Bunim, 2004, p.478) nos faz uma advertência: “Com justiça julgarás a teu próximo”.

3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

A garantia do acesso à justiça é basilar no Estado Democrático de Direito, sucintamente significa proteção judicial através de um processo justo. O direito de acesso à justiça é reconhecido como direito humano e um princípio de natureza constitucional no ordenamento jurídico de Estado Democrático.

Sobre o referido princípio, afirma John Glissen:

O sistema jurídico da Grécia Antiga é uma das principais fontes históricas dos direitos da Europa Ocidental. Os gregos, entretanto, não foram grandes juristas, não souberam construir uma ciência do direito, nem sequer descrever de uma forma sistemática as suas instituições de direito privado; no entanto, os gregos foram os grandes pensadores políticos e filosóficos da Antiguidade. Aristóteles, discípulo de Platão e preceptor de Alexandre o Grande, escreveu numerosas obras filosóficas. A sua influência sobre a Filosofia e as teorias políticas foi considerável durante a Idade Média e permanece até hoje. Em sua *Ética a Nicômaco*, Livro V, Aristóteles discorre sobre a Justiça e sobre o homem justo, e pretende demonstrar que a Justiça está baseada na forma com que o homem passa a classificar suas relações com seu semelhante de igual para igual, onde cada um tenha sua parte e que esta não seja maior nem menor que a do outro. (GLISSEN, 2013, p.74)

A previsão constitucional no que tange o Princípio da Jurisdição encontra-se no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual prescreve em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Preceitua Silva (2007, p.430), a respeito do Princípio da Jurisdição ser o princípio mais importante à proteger os direitos subjetivos do indivíduo, tendo como estrutura a separação de poderes e garantias da independência e imparcialidade do juiz.

O Princípio da Jurisdição está protegido de qualquer lei infraconstitucional que negue o acesso à justiça do indivíduo, de forma que será considerada inconstitucional qualquer possibilidade de criação de lei que de alguma maneira impossibilite o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário.

Sobre o Princípio da Jurisdição Cintra, Grinover e Dinamarco explanam:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama uma solução que faça justiça a ambos os participantes do processo. (DINAMARCO, 2007, p. 33)

Em suma o Estado chamou para si a responsabilidade jurisdicional, não permitindo mais a justiça pelas próprias mãos, dessa forma, somente o Poder Judiciário tem jurisdição, ou seja, poder legal para dizer o direito e tornar efetivo sua função constitucional. Aqui, então, surge a necessidade da criação de mecanismos institucionais que correspondam a essa dinâmica estatal no Estado Democrático de Direito.

O princípio da justiça é um princípio tão importante que se pode dizer é um dos garantidores de qualquer Estado Democrático de Direito. Em consonância com a Carta Magna e demais doutrinadores acima supracitados, é possível construir o entendimento de que o Princípio da Jurisdição, possibilita a superação da exclusão daqueles que se

encontram na margem da vulnerabilidade relativa ao seu Direito, de um processo justo tendo em vista os conflitos enfrentados por esses indivíduos.

Para que seja concretizado o objetivo do referido princípio, afirma Cappelletti e Garth:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 30)

A criação da Defensoria Pública visa a efetivação dos direitos e a construção da cidadania, tendo como fundamento o direito e não o favor. Já que as barreiras ao acesso se encontram mais presente nas pequenas causas e geralmente atingem os autores individuais, sendo em geral os mais pobres, as vantagens pertencem especialmente aos litigantes organizacionais, que utilizam do sistema judicial para que assim possam vir a obter vantagens.

Finalizando, resta que o Princípio da Jurisdição atua institucionalmente por meio da Defensoria Pública proporcionando à população a garantia do acesso à justiça concretizada através da função jurídico-orientadora da mesma, além da promoção da difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, bem como também a conscientização acerca dos seus direitos e deveres e o oferecimento de consulta jurídica gratuita aos hipossuficientes.

Podem classificar-se os entraves do pleno acesso à justiça no Brasil como sendo de ordem econômica, cultural e também social. Existindo ainda os obstáculos que dizem respeito à morosidade, as leis que não são adequadas, a falta de recursos humanos, o grande aumento das demandas, a falta de infraestrutura e a rotina inadequada de procedimentos.

Para que esses obstáculos sejam superados é preciso que sejam tomadas várias medidas para a organização judiciária, uma melhor disciplina no processo, reduzir os recursos processuais, dentre vários outros. Para que assim se torne menos burocrático os

tiros do processo, vindo a modernizar a estrutura judiciária. Com isso, é possível que seja facilitado o acesso à justiça, diminuindo inclusive a demora nos processos judiciais.

4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Não existe consenso no que diz respeito à origem do princípio da legalidade, mas se tem na doutrina duas suposições da origem do mesmo que ainda existe até nos dias atuais.

Sobre a origem do princípio da legalidade Nelson Hungria apresenta a primeira posição diz que:

O surgimento das *questiones perpetuae*, instituídas no tempo de Silla, e a vigência da *ordo judiciorum publicorum* a analogia foi vedada e os magistrados foram obrigados a observar a previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas quanto aos *crimina publica* em face das denominadas *lege Corneliae e Juliae*. (HUNGRIA, 1977, p. 36)

Já a segunda posição apresentada por Maurício Antônio Ribeiro Lopes, traz o vínculo do princípio da legalidade com a Inglaterra, quando foi alterado o Estado absolutista para o Estado de Direito, sendo que em 1215 foi formalizado o artigo 39 da *Charta Libertatum*, que foi imposta pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra. (LOPES, 2014, p. 18)

O princípio da legalidade encontra-se previsto no sistema penal brasileiro, Código Penal, artigo 1º, também consta fundamentado na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIX. Sendo que o referido princípio é tratado pela Constituição Federal como direito fundamental, estando presente também no preâmbulo da Constituição Brasileira.

Para Ferrajoli o princípio da legalidade é dividido em duas óticas, ou seja, sobre o princípio da legalidade ampla e o princípio da legalidade estrita.

Sobre o princípio da legalidade ampla, Ferrajoli (2010, p. 349) diz que é “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal”.

Já sobre o princípio da legalidade restrita Ferrajoli diz que é:

Como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovado. (FERRAJOLI, 2010, p. 349)

Portanto, existe uma grande diferença sobre os princípios da legalidade ampla e restrita, sendo que o primeiro funciona como uma forma de enunciar as condições de vigência e existência da lei penal, atuando como um princípio geral de direito público; e já o segundo funciona como sendo uma condição de validade da lei, taxatividade dos conteúdos e aplicação.

Sobre o assunto, afirma Ferrajoli:

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíbe é punível, senão que é livre ou está permitido.

[...]

O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas²². (FERRAJOLI, 2010, p. 40)

O princípio da legalidade consegue trazer uma garantia na estrutura das leis penais, sendo o diferencial do direito penal no Estado de direito, onde o legislador é onipotente.

Ferrajoli afirma que:

Com efeito, no Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio da mera e o da estrita legalidade. (FERRAJOLI, 2010, p. 351)

Ferrajoli também relaciona ao princípio da legalidade duas garantias específicas, para que se garanta a certeza do direito penal mínimo. A primeira é a garantia da irretroatividade das leis penais, sendo que a lei penal deve ser aplicada sempre para o futuro, não podendo reger condutas humanas criminosas em data que seja anterior a sua vigência e validade.

Sobre o assunto, afirma Ferrajoli:

Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais deva ser irretroativa não se consideram mais necessários – determina que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação a mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova. (FERRAJOLI, 2010, p. 352)

Já a outra garantia é proibir o uso da analogia em norma pena, como descreve Ferrajoli:

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permita a chamada “analogia antecipada”. (FERRAJOLI, 2010, p. 351)

Portanto, a aplicação da analogia não fere o princípio da legalidade se a mesma não trazer nenhum prejuízo ao acusado dentro de um processo criminal. Se a analogia acontecer beneficiando o criminoso, não existe qualquer prejuízo ao princípio da legalidade a sua aplicação.

O uso da analogia em regra não é admitido mediante o princípio da estrita legalidade, porém admite-se exceção se caso a analogia venha a ser em benefício do acusado, existindo uma permissão garantista

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, procurou, a partir de um breve ensaio, evidenciar a passagem do Devarim 19:21, a fim de verificar um direcionamento de justiça como um lema de caráter social, de ética.

Verificou-se, ao longo do texto, que as normas judaicas refletem uma preocupação com a real aplicação da justiça, fazendo com que haja um afastamento de sanções injustas.

Ao adentrarmos nos preceitos legais, na atualidade, em nosso contexto constitucional e infraconstitucional, vimos a existência de dois princípios de suma importância, quais sejam, o da legalidade e o da justiça.

Assim, a garantia do acesso à justiça é uma das bases em nosso ordenamento jurídico, por estarmos em um Estado Democrático de Direito, o que nos conduz à uma proteção judicial, através de um processo justo.

O princípio da justiça é um princípio tão importante que se pode dizer é um dos garantidores de qualquer Estado Democrático de Direito. Em consonância com a Carta Magna e demais doutrinadores acima supracitados, é possível construir o entendimento de que o Princípio da Jurisdição, possibilita a superação da exclusão daqueles que se encontram na margem da vulnerabilidade relativa ao seu Direito, de um processo justo tendo em vista os conflitos enfrentados por esses indivíduos.

E, finalmente, com a finalidade de fecharmos as questões normativas, a esse respeito, vimos que o princípio da legalidade consegue trazer uma garantia na estrutura das leis penais, sendo o diferencial do direito penal no Estado de direito, onde o legislador é onipotente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. In: CESPÉDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade mecum**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2º sem. 2016.

BRASIL. Código Penal, de 1943. In: CESPÉDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade mecum**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2º sem. 2016.

BUNIM, Irving M. **A Ética do Sinai: ensinamentos dos sábios do Talmud**. 3ª ed. São Paulo: Editora e Livraria Sêfer Ltda, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. São Paulo: Malheiros, 2015.
DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal v.1**. tomo 1. *arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEISTER, Mauro Fernando. **Olho por olho: A lei de Talião no contexto bíblico**. Fides Reformata XII, nº 1, p. 57-71, 2007. Disponível em http://www.mackensie.edu.br/fides_reformataXII/pdf. Acesso em 12/06/2008.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Dignidade da pessoa humana. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TANAH COMPLETO – Hebraico e Português. São Paulo: Editora e Livraria Sêfer Ltda, 2018.