



Gêneses mitológicas dos discursos sobre o exercício do *ius puniendi* na Alta Idade Média

Early Middle Ages mythological genesis of discourses on the ius puniendi exercise

Alexandre Ribas de Paulo*

Valine Castaldelli Silva**

REFERÊNCIA

RIBAS DE PAULO, Alexandre; CASTALDELLI SILVA, Valine. Gêneses mitológicas dos discursos sobre o exercício do *ius puniendi* na Alta Idade Média. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 56, p. 136-162, dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.132424>.

RESUMO

O presente trabalho objetiva apontar algumas falhas existentes nas lições sobre o *ius puniendi* na cultura jurídica germânica altomedieval disponíveis em determinadas obras de Direito Penal no Brasil. O método utilizado é o indutivo e tem como base revisão bibliográfica internacional e nacional sobre a cultura jurídico-punitiva na Idade Média, contrastando-se, eventualmente, as informações com fontes primárias dos séculos VII e VIII. O marco teórico utilizado condiz com a arqueologia foucaultiana e são referendadas críticas do jurista Paolo Grossi e do historiador Stefano Gasparri a respeito do uso indiscriminado de conceitos anacrônicos e ideológicos pertinentes a Estado e Nação em relação a povos que não possuíam essas noções jurídico-políticas antes da modernidade. Conclui-se que as obras dogmáticas brasileiras reproduzem amiúde ideias fictícias sobre a cultura jurídico-punitiva na Alta Idade Média que foram criadas no decorrer do século XIX.

PALAVRAS-CHAVE

ius puniendi; direito germânico; alta idade média; reinos bárbaros; mitologias.

ABSTRACT

The present work aims to analyse some shortcomings of *ius puniendi* lessons available in Brazilian books on Criminal Law about early Middle Ages Germanic legal culture. This research uses the inductive method and is based on national and international literature review of punitive-legal culture in the Middle Ages, contrasted, contingently, with information from VII and VIII century primary sources. This article's theoretical framework harmonises with Foucault's archaeology. This work also countersigns the critiques made by the jurist Paolo Grossi and the historian Stefano Gasparri on the indiscriminate use of anachronistic and ideological concepts regarding Nation and State for studying people not aware of these juridical-political notions before modernity. The article concludes that Brazilian dogmatic doctrine frequently reproduces fictional ideas forged throughout the XIX century about punitive-legal culture on Early Middle Ages.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), na área de Direito, Estado e Sociedade. Realizou Estágio de Pós-Doutorado em Direito, Política e Sociedade pelo PPGD/UFSC. Atualmente é Professor Adjunto TIDE na Universidade Estadual de Maringá (UEM), lotado no Departamento de Direito Privado e Processual (DPP), lecionando a matéria de Direito Processual Penal II. Pesquisador do Ius Commune (Grupo de Pesquisa Interinstitucional em História da Cultura Jurídica - CNPq/UFSC), com ênfase em experiências jurídico-penais medievais e, também, do Grupo de Pesquisa intitulado "Problemas fundamentais do Direito Penal contemporâneo" (UEM). Coordenador do projeto de ensino "Grupo de Investigação sobre Punição (GIP)" e do projeto de extensão "Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC)", ambos da UEM.

** Bacharel em Direito da Universidade Estadual de Maringá (2009-2013). Especialista em Ciências Penais pela mesma universidade (2014-2015). Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2016-2017). Doutora (2018-2021) em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora vinculada do Grupo de Pesquisa Ius Gentium da UFSC. Professora Adjunta na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada.



**KEYWORDS**

ius puniendi; Germanic Law; Early Middle Ages; barbarian kingdoms; mythologies.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Controle político dos discursos jurídicos da modernidade. 3. O direito germânico medieval na visão de autores estrangeiros. 4. O direito germânico medieval na visão de autores brasileiros. 5. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

É comum encontrar nos mais diversos tipos de discursos que circulam na sociedade contemporânea – sejam eles jornalísticos, ficção literária, obras jurídicas etc. –, referências à Idade Média¹ como sendo um exemplo de período obscuro, negativo e sobretudo violento.² Claude Gouvard não deixa dúvidas a respeito disso ao afirmar que: “A Idade Média seria, por excelência, o tempo da violência. Essa idéia está profundamente enraizada em nosso imaginário, e é estreitamente associada às imagens desvalorizantes que a historiografia veicula dos costumes medievais.”³

Melhor sorte não assiste ao Direito Penal hodierno. Na seara acadêmica, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt enceta sua obra doutrinária enunciando: “Falar em Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência.”⁴

Tomando essas duas premissas supra, o silogismo seria quase que inevitável: a Idade Média, por ser violenta, seria dominada pelo Direito Penal. Contudo, dificilmente alguém admitiria tal conclusão, até porque, no imaginário ordinário dos juristas, na Idade Média não se encontraria o Direito, mas tão somente a barbárie, o arbítrio e o constante fantasma da insegurança.

Se se confundir o Direito com a ordem normativa *estatal* – como fazem os juristas contemporâneos da área criminal⁵ – certamente que se poderia concluir o presente trabalho

¹ A Idade Média europeia corresponde, tradicionalmente, ao período compreendido entre o ocaso do Império Romano do Ocidente, com a invasão de Roma por Odoacro, (rei dos Érulos) – que depôs Romulus Augustulus em 04 de setembro de 476 – até a tomada de Constantinopla (Império Romano do Oriente) em 29 de maio de 1453 por Maomé II, sultão do Império Otomano. Há uma distinção, entretanto, entre a chamada “Alta Idade Média” (séculos V ao X) e “Baixa Idade Média” (séculos XI ao XV), mas que não é utilizada consensualmente por todos os medievalistas. Sobre a expressão “Idade Média”, consultar: LE GOFF Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995, p. 308-309.

² Cf. DOLCINI, Carlo. *Guida allo studio della storia medievale*. Torino: UTET, 1997, p. 13.

³ GAUVARD, Claude. Violência. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. *Dicionário temático do ocidente medieval*: volume I. Bauru: EDUSC, 2006, p. 605.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

⁵ Na área do Direito Processual brasileiro, Fernando da Costa Tourinho Filho (In. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41-45) inicia sua obra partindo do axioma de que sem o poder estatal a sociedade humana não subsistiria, pois “Cada um faria o que bem quisesse e entendesse, invadindo a esfera de liberdade do outro, e,





precocemente, com uma afirmação categórica: não existia Direito Penal nos Reinos Bárbaros na Alta Idade Média, pois foi um período em que não havia *Estado* como detentor público do *ius puniendi*.

Contudo, partindo-se do pressuposto que não se pode confundir Direito com violência e que os juristas contemporâneos não fundamentaram suas lições em fontes primárias medievais, mas apenas reproduziram conceitos modernos (e anacrônicos) a respeito da cultura jurídico-penal altomedieval⁶, propõe-se elaborar um breve trabalho “arqueológico”⁷ em algumas das informações disponíveis no Brasil⁸ sobre o *ius puniendi* germânico medieval para verificar se as lições ofertadas pela dogmática jurídico-penal possuem embasamento histórico ou se são apenas repetições de discursos que tiveram circulação internacional e cujos autores estrangeiros criaram e controlaram um saber sobre o tema para estabelecer uma visão mitológica sobre a importância da evolução do Direito Penal estatalizado.

Por isso, merecem ser colacionadas algumas informações em voga nos livros de Direito Penal para se compreender a gênese das ideias sobre o *ius puniendi* germânico medieval que circulam hodiernamente no meio jurídico, com o objetivo de se verificar se há ou não correspondência com as fontes primárias colhidas pela História.⁹ Mas, antes, importante se compreender as finalidades políticas de se introduzir conceitos fictícios na formação dos juristas ocidentais para a reprodução das ideias pré-concebidas sobre as experiências jurídicas anteriores à Modernidade.

desse modo, qualquer agrupamento humano seria caótico.” Partindo do mesmo axioma: NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 03.

⁶ Cf. GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 33. “[...] nosotros los modernos usamos corrientemente conceptos y términos como “Estados”, ‘soberanía’, ‘ley’, ‘legalidad’, ‘interpretación’, cargándolos de aquellos contenidos que la conciencia moderna ha ido lentamente sedimentando en ellos; conceptos y términos comprometidos inevitablemente con aquellos contenidos. Sin embargo, a veces, como con cierta desenvoltura se hace por historiadores e incluso por historiadores del Derecho, tales conceptos y términos vienen trasplantados al tejido medieval casi como si un continuum ligase aquel tejido con nosotros. Ahora bien, si por el contrario, como positivamente es, tenemos en cuenta que la relación entre lo medieval y lo moderno no es sino un caso de discontinuidad como consecuencia de un cambio de valores extraídos del universo político y jurídico, el resultado es que aquellos conceptos-términos acaban por forzar el entendimiento de la realidad histórica y en lugar de instrumentos de comprensión, se convierten más bien en peligrosas matrices de malentendidos y equívocos.”

⁷ No sentido do marco teórico foucaultiano, a arqueologia visa “definir [...] os próprios discursos, enquanto práticas que obedecem as regras [...]; [definir] os discursos em sua especificidade; mostrar em que sentido o jogo das regras que utilizam é irreduzível a qualquer outro” e, sobretudo, ela “não é o retorno ao próprio segredo da origem; é a descrição sistemática de um discurso-objeto.” In: FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 159-160.

⁸ Há uma penúria extrema de literatura brasileira no que concerne às culturas jurídico-penais germânicas na Alta Idade Média, mas uma notória exceção pode ser encontrada em: BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

⁹ O critério utilizado para seleção das obras consultadas na presente pesquisa foi qualitativa, tendo em vista que alguns autores de Direito Penal não contemplados apresentam em suas obras meras sínteses de poucos parágrafos a respeito da História do Direito Penal; e outros sequer abordam o tema.





O método adotado para o desenvolvimento do trabalho é o indutivo¹⁰ e, com base em revisão bibliográfica internacional, nacional e algumas fontes primárias decorrentes das *Leges Langobardorum* procurar-se-á examinar as fontes discursivas utilizadas pelos autores estrangeiros que difundiram versões anacrônicas sobre o exercício do *ius puniendi* altomedieval. Em seguida, busca-se compreender a influência que eles exerceram nas obras de alguns autores brasileiros que lecionam sobre um suposto – e inexistente – aparato “estatal” punitivo nas sociedades germânicas dos séculos VI ao VIII na Europa Ocidental.

2 CONTROLE POLÍTICO DOS DISCURSOS JURÍDICOS DA MODERNIDADE

Para Michel Foucault, “autor é aquele que dá à inquietante linguagem da ficção suas unidades, seus nós de coerência, sua inserção no real.”¹¹ Foucault vê no discurso uma prática (social) que produz realidades e, portanto, é um ambiente permeado por regras de controle que permitem ou não que pessoas tenham acesso a eles. Assim, o controle e a difusão dos discursos possuem o condão de dominar aquilo que pode ou não ser acessível ao conhecimento humano: “Todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e poderes que eles trazem consigo.”¹²

Paolo Grossi diz que o Direito, que tradicionalmente era produzido por pessoas privadas na Idade Média para a resolução de situações jurídicas reais, passou a estar estreitamente ligado aos detentores do poder (discurso) político na modernidade, provocando a redução das experiências humanas – o pragmatismo na resolução de conflitos intersubjetivos –, em conceitos produzidos e controlados pelo Estado.¹³

A necessidade de controle político das rápidas mudanças sociais e econômicas que ocorriam na Europa da Idade Moderna fez com que pensadores do século XVI em diante elaborassem o postulado jurídico-político do contrato social, desenvolvendo, dentro da teoria do Direito Público um novo conceito – vasto e abstrato – denominado soberania, que estaria vinculado a um modelo humano já conhecido e concreto que é a família.¹⁴ Assim, a grande família seria o Estado, representante oficial de todos os poderes cedidos por cada um dos indivíduos; e as famílias tradicionais – atávicas detentoras do *ius puniendi* –, na prática, foram

¹⁰ Cf. MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 28.

¹² *Ibidem*, p. 44.

¹³ GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 02.

¹⁴ Cf. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2008, p. 287-289.





paulatinamente desintegradas e diluídas nas promessas de uma sociedade justa e fraterna que precisaria, então, ser governada. Nas palavras de Michel Foucault:

Afinal de contas, o Estado não é mais do que uma realidade compósita e uma abstração mistificada, cuja importância é muito menor do que se acredita. O que é importante para nossa modernidade, para nossa atualidade, não é tanto a estatização da sociedade mas o que se chamaria de governamentalização do Estado. [...]; portanto o Estado, em sua sobrevivência e seus limites, deve ser compreendido a partir das táticas gerais da governamentalidade.¹⁵

O governo dos Estados é objeto central dos discursos políticos da modernidade e, partindo-se da idéia de que a produção dos discursos jurídicos estão carregados de interesses políticos, que procuram definir os saberes que merecem constituir a formação legalista dos operadores do Direito¹⁶, argumenta-se que o Direito germânico da antiguidade disponível nas obras de formação jurídica (dogmática) é mais uma produção discursiva da modernidade do que uma constatação científica dos mecanismos de resolução de conflitos intersubjetivos que ocorriam fora dos territórios do Império Romano. Deveras, os autores modernos parecem ter confundido o pensamento jurídico legalista romano antigo, atribuindo-lhe um caráter estatal, e o implantaram, acriticamente, nas tradições jurídicas dos germânicos que dominaram o cenário político da Alta Idade Média, fazendo nascer (fictícios) “Estados” germânicos no Ocidente europeu; que seriam limitadores da vingança privada no exercício do *ius puniendi* de pessoas privadas e, também, responsável pela aplicação das penas públicas.¹⁷

Os resultados disso, que parecem à primeira vista insignificantes para a compreensão do Direito Penal brasileiro no século XXI, na prática sugerem uma idéia de tradição, continuidade e união nacional nas sociedades medievais, onde o controle político e centralizado do *ius puniendi* – que teria se tornado público –, comprovaria os postulados contratualistas de que a ordem social só seria conseguida com o labor do poder soberano, porquanto na ausência deste somente restaria a violência selvagem de um odioso “estado de natureza”.

¹⁵ *Ibidem*, p. 292.

¹⁶ Sobre o caráter político e demais peculiaridades na formação dos operadores jurídicos no Brasil, consultar: WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁷ Nesse caso, Jacques Chiffolleau (*In*: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. *Op. Cit.*, p. 335-336) dá conta de que os pesquisadores mais recentes comprovam a invalidez das informações produzidas pelo “modo antigo e romântico de ver as fontes legislativas da Alta Idade Média.” A crise decorrente da visão tradicional a respeito da historiografia jurídica é salientada por Antônio Carlos Wolkmer (*In*: *Fundamentos da história do direito*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. XIX): “Hodiernamente, vive-se o descrédito de uma historiografia jurídica demasiadamente apegada a textos legais, à interpretação firmada na autoridade de notáveis juristas, a construções dogmáticas e abstrações desvinculadas da realidade social, acabando por consagrar uma História elitista, erudita, idealista, acadêmica e conservadora.” Não se propõe, por outro lado, o abandono das pesquisas, mas a atenção de que as fontes da antiguidade e do medievo pertencem a uma tecnologia discursiva própria de sua época e, ademais, merece ser levado em consideração não somente a literalidade dos textos, mas também o contexto político para se compreender a razão das experiências jurídicas do passado.





O apagamento discursivo das reais características do exercício do *ius puniendi* germânico na Alta Idade Média, além de impedir o conhecimento de métodos alternativos e não aflitivos de resolução de conflitos intersubjetivos fora da esfera *estatal*, ainda reforçaria os postulados jusfilosóficos que centralizariam a administração da justiça punitiva ao grande e necessário governante da nação: o soberano.¹⁸

Quanto à elaboração de discursos míticos sobre as tradições jurídicas antigas e medievais, John Gilissen explica que as experiências jurídicas entre os germânicos – em um período anterior às compilações do início da Idade Média – são muito difíceis de serem estudadas já que não eram reduzidas a escrito.¹⁹

Essa construção de um sistema jurídico germânico primitivo parece encontrar a sua gênese nos autores do século XIX e reproduzidos acriticamente pelos autores do século XX, que, movidos pelo movimento romântico²⁰, estariam ávidos por comprovar, historicamente, a tradição viva – mas latente – dos elementos mais significativos do Estado moderno – nação e soberania – desde tempos imemoriais dos povos europeus. Para tanto, historiadores e juristas – geralmente financiados pelos seus governos – se debruçaram sobre os textos jurídicos compilados durante o decorrer dos séculos medievais e se puseram a separar os institutos que se sabia que eram romanos dos que eles passaram a acreditar serem, então, germânicos.

Com isso, generalizaram determinadas práticas jurídicas no Ocidente medieval que passaram a constituir o imaginário dos juristas, como, por exemplo o uso das ordálias, a “perda

¹⁸ Sobre o assunto, consultar: PAULO, Alexandre Ribas de. O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; PAULO, Alexandre Ribas de; CASTRO, Alexander de; SONTAG, Ricardo. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 153-206.

¹⁹ Pondera o autor: “Os historiadores do direito – sobretudo alemães – tentaram reconstituir o direito do período anterior às invasões do século V com ajuda de documentos posteriores a essas invasões e com ajuda de documentos escritos da literatura germânica contemporânea. Essa reconstituição é muito complexa e muitas vezes perigosa, digamos mesmo tendenciosa. Frequentemente, “construiu-se” um sistema germânico único, quando havia na realidade uma pluralidade de sistemas jurídicos. Por outro lado, pretendeu-se muitas vezes ver regras jurídicas de origem germânica nas regras da baixa Idade Média, pela única razão de não serem aparentemente de origem romana; ora, essas regras formaram-se depois do século V, a maior parte das vezes nos séculos XI e XII.” (In: GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 162-163).

²⁰ Bertrand Russell (In: *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968. v.4, p. 219-229) diz que o movimento romântico surgiu na segunda metade do século XVIII e, embora não estivesse ligado à filosofia, passou a ter relações com ela, especialmente no campo da política por intermédio de Rousseau e caracterizou-se, essencialmente, por ser “uma revolta contra as normas éticas e estéticas estabelecidas.” Nesse caso, seria a sensibilidade que fomentaria as atitudes dos românticos, que escolheriam viver uma vida individual e apaixonante e, após o período das guerras napoleônicas, muitos deles se integraram em assuntos políticos por intermédio do nacionalismo: “cada nação julgava possuir uma alma coletiva, que não podia ser livre enquanto os limites do Estado fôssem diferentes dos das nações. Na primeira metade do século XIX, o nacionalismo era o mais vigoroso dos princípios revolucionários, e muitos românticos o apoiaram com todo o entusiasmo.” O mesmo autor comenta que os adeptos do movimento repudiavam assuntos vulgares, mas optavam por temas melancólicos e tradicionais, encontrando na Idade Média a inspiração para muitas de suas obras artísticas e fervor político, especialmente entre os alemães.





da paz” (*friedlosigkeit*)²¹ e a formação de tribunais de guerreiros para apreciação de situações jurídicas como se tudo isso fosse parte de um ritual religioso e estatal, sem, porém, que tais características sejam encontradas em fontes primárias da antiguidade e Alta Idade Média.²²

Uma analogia com as palavras do historiador italiano Stefano Gasparri torna o fenômeno discursivo mitológico mais claro de ser percebido, visto que tal pesquisador insurge-se contra obras de autores contemporâneos que tentam comprovar cientificamente o sentimento (romântico) de nacionalismo na Europa tendo por base as características distintas das *gens* medievais, isto é: os franceses seriam hoje uma nação coesa por causa da unidade e magnitude do povo franco; os alemães seriam uma outra nação por causa da união das inúmeras estirpes germânicas similares entre si; os italianos consubstanciariam uma nação pela continuidade das tradições romanas e assim por diante.

Ao comentar sobre as nações “vegetativas” na Idade Média, o historiador italiano obtempera que a noção de pertencimento do indivíduo aos grupos étnicos medievais seria um sentimento diverso do nacionalismo moderno e explica seu ponto de vista exclamando que água fria é diferente de água fervente: “*è sempre acqua, com quei determinati composti chimici, ma è anche una cosa diversa.*”²³

Assim, aproveitando a ideia de Gasparri para compreender o assunto específico tratado no presente artigo, argumenta-se que a noção moderna de Estado – um povo com uma

²¹ É notável como as obras de História do Direito dão ênfase à “perda da paz” (banimento) como se fosse punição habitual entre os germanos desde a antiguidade, cujo instituto foi designado pelos alemães como sendo a “*friedlosigkeit*” (Nesse sentido, consultar: BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 33-37). Contudo este é um instituto muito pouco frequente nas *leges langobardorum* – e sem essa denominação. Algo que chama a atenção é encontrar em Carlo Calisse (*In: Diritto penale italiano: dal secolo VI al XIX*. Firenze: G. Barbèra, 1895, p. 105-109) – um dos mais importantes estudiosos do Direito germânico na Itália – a explicação de que o banimento era uma pena aplicada aos delitos de natureza pública entre os germânicos e que o banido procuraria refúgio no estrangeiro “*o vivendo da selvaggio pei boschi: le antiche fonti tedesche lo assomigliano al lupo.*”. Para esta informação, Calisse fez referência à obra *De Bello Gallico* de Júlio César, especificamente o Livro VI, 13. Porém, consultando a obra CESAR, Caius Julius. *Comentários (De Bello Gallico)*. Tradução de Francisco Sotero dos Reis. EbooksBrasil. Edição bilíngue português/latim. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cesarPL.html>>, acesso em 08 de abril de 2018, pode ser constatado que o general romano estava falando dos gauleses e não fez qualquer referência aos germanos ou a lobos. Ainda, Calisse disse que: “*Tacito già dice che la pena di morte, necessaria conseguenza del bando, era pei traditori e per chi mostravasi indigno di appartenere al popolo.*”, isso quando estava referindo-se ao capítulo XII, da obra *Germania* que, como pode ser consultada em TÁCITO, Publius Cornélio. *Germânia*. Tradução de João Penteado Erskine Stevenso. EbooksBrasil. Edição bilíngue português/latim. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/germania.html#2L>>, acesso em 08 de abril de 2018, nada se encontra sobre banimento. Enfim, para mostrar que o banimento era aplicado no Direito italiano medieval Calisse fez referências às capitulares dos imperadores carolíngios Carlos Magno e Luiz, o Piedoso – ambos do século IX – ou seja, enxertou ou dados apócrifos e anacrônicos para imaginar a aplicação da *friedlosigkeit* nas experiências jurídico-punitivas na Alta Idade Média italiana pelo menos um século antes.

²² Não raramente alguns autores imputam aos povos medievais, genericamente, a figura sinistra do carrasco responsável pela aplicação de penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Isso pode ser notado em RUSHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 23-42.

²³ GASPARRI, Stefano. *Prima delle nazione: popoli, etnie e regni fra antichità e Medioevo*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1997, p. 14.





organização política, social e jurídica em um território definido –, utiliza elementos existentes nas sociedades humanas desde tempos imemoriais, mas não comporiam juntos um “arranjo químico”²⁴ suficiente para que pudessem ser definidos como estatais antes da modernidade.

Contudo, essa crença política anacrônica povoa o imaginário dos juristas e faz com que o Direito seja sinônimo de Estado racional²⁵, e, quando não se constata a administração pública baseada em leis nas experiências jurídicas dos povos, automaticamente se impinge a ideia de primitivismo e violência, tornando o discurso atual sobre Estado de Direito monista o único possível de ser admitido para o exercício do *ius puniendi*. Enfim, o verdadeiro Direito somente seria encontrado nos povos que foram agraciados pelo batismo da racionalidade estatal, sendo que as experiências jurídicas marginais a esse paradigma teórico rapidamente passaram a ser tratadas como atávicas, inferiores senão desprezíveis.

3 O DIREITO GERMÂNICO MEDIEVAL NA VISÃO DE AUTORES ESTRANGEIROS

Quanto às obras dogmáticas do Direito Penal que apresentam resenhas históricas sobre a “evolução” do Direito Penal, há, em síntese, uma reiterada afirmação – genérica – que com a queda do Império Romano no Ocidente (04/09/476 d.C) vários povos de diferentes estirpes germânicas dominaram o cenário do poder temporal medieval entre os séculos V e IX, impondo os seus direitos baseados nos costumes, ou seja, na vingança de sangue. Entrementes, com a formação do Reino dos francos na Gália – final do século V – teria surgido um poder *estatal*, permitindo uma substituição, primeiro voluntária e depois obrigatória, da vingança de sangue pelo pagamento de composições pecuniárias ao ofendido e também ao rei, como expressão de

²⁴ Por exemplo, sabe-se que a pólvora é formada com os elementos químicos enxofre, carbono e nitrato de sódio (salitre). Também se cogita que somente a partir do século XIII é que a pólvora surgiu na Europa, sendo rapidamente utilizada para fins bélicos. Nessa perspectiva, pode-se dizer que enxofre, carbono e salitre, como elementos químicos independentes já existiam no planeta terra muito tempo antes dos primeiros registros da humanidade, mas ninguém arriscaria dizer que a pólvora já existia e seria utilizada pelos guerreiros da antiguidade e Alta Idade Média ocidentais, pois isso seria uma informação anacrônica e à evidência insustentável. Analogamente, dizer que havia *Estado* e administração *estatal* nos grupos e reinos germânicos da antiguidade e Idade Média seria confundir os elementos químicos isolados da pólvora com o produto final pronto para a detonação; ou dizer que água fria é o mesmo que água quente.

²⁵ Neste caso, concorda-se com as ponderações de Paolo Grossi (*In: Mitologias jurídicas da modernidade*. Fundação Boiteux, 2007, p. 29): “O direito é um fenômeno primordial e radical da sociedade; para subsistir, não espera os coágulos históricos ligados ao desenvolvimento humano e representados pelas diferentes formas de regulamentação pública. Ao contrário, para ele é terreno necessário e suficiente as flexíveis organizações comunitárias em que o social se ordena e que ainda não se fundamentam na *polis*, mas sim no sangue, na fé religiosa, na profissão, na solidariedade cooperativa, na colaboração econômica.”





civilização dos bárbaros por intermédio do desenvolvimento de um poder público centralizador apoiado pela Igreja Católica.

Observando-se, porém, a arqueologia das fontes do discurso historiográfico sintetizado supra, constata-se que amiúde as referências bibliográficas utilizadas perpetuam as imagens formadas por autores europeus tradicionais dos séculos XIX e XX, constituindo informações baseadas sobretudo em fontes secundárias.²⁶

Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), respeitável historiador do direito, foi um dos principais ideólogos de um direito contínuo e tradicional. Ele pesquisou profundamente o Direito Romano Justinianeu positivado e o considerou – da mesma forma que o fez a Escola dos Glosadores no século XII – como um Direito vivo, atual e, conseqüentemente, um expressivo mecanismo de inspiração para a elaboração da legislação estatal germânica no processo de unificação alemã no século XIX.²⁷

Da obra *Storia del diritto romano nel medio evo* (1815)²⁸, de Savigny, encontra-se a nomenclatura própria repetida pelos historiadores do direito para se referir às culturas jurídicas medievais. O autor alemão inicia suas considerações afirmando, no capítulo terceiro que leva o nome de “*Fonti del diritto nei nuovi stati germanici*”.²⁹

Observa-se que Savigny já utilizava de maneira indiscriminada o termo “Estado” e “nação” em relação aos grupos étnicos que se estabeleceram nos territórios do extinto Império Romano do Ocidente no início do medievo; além de acreditar que a imposição de legislação

²⁶ Sobre a grande possibilidade de confusão causada em pesquisa científica baseada tão somente em fontes secundárias, consultar: ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. Lisboa: Prevença, 2007, p. 70.

²⁷ Sobre a influência de Savigny nos estudos de tradições jurídicas pretéritas, salienta Pietro Costa (*In: Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29-30): “Creio que haja, para a auto-representação da história do direito, um ponto obrigatório de partida, uma verdadeira e própria *arché*: Federico Carlo di Savigny. Savigny criou, por assim dizer, um idioma próprio do historiador do direito: um idioma que se enriqueceu e complicou no curso do tempo, mas que continuou a ser falado, em alguma medida, até a tempos recentes.” Também Pietro Costa sugere outro ponto importantíssimo para a compreensão da matriz historiográfica alemã: Savigny teria elaborado suas pesquisas tendo por objeto o pensamento jurídico, ou seja, a tradição jurídica estaria fundamentada na representação do direito pelos autores juristas de épocas anteriores e, por isso, o resultado de suas pesquisas foram tão coerentes e harmoniosas, pois “O pensamento jurídico não é *na* história, mas *é* a história”. Enfim, a História do Direito refletiria a sua própria imagem e permitiu a criação de uma “idéia, tipicamente savigniana, da continuidade da tradição.” Isso, porém, não teve origem em Savigny, pois como explica Ferdinand Lot (*In: O fim do mundo antigo e o princípio da idade média*. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 275), durante a Idade Média as pessoas viviam com o imaginário de continuidade do Império Romano: “Imperadores, historiadores, juristas da Idade Média e dos tempos modernos acreditaram sinceramente que o Império, ainda que seu chefe fosse de origem germânica, era realmente a continuação do Império Romano do Ocidente. De tal modo que, do ponto de vista do direito constitucional, se se quiser passar certidão de óbito do Império Romano, é preciso ir até 6 de agosto de 1806, dia em que Francisco II renunciou ao seu último título de imperador romano de origem germânica para adotar o de imperador da Áustria.”

²⁸ Título original em alemão: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*

²⁹ SAVIGNY, Federico Carlo di. *Storia del diritto romano nel medio evo*. Roma: Multigrafica, 1972, p. 64)





sobre povos conquistados poderia torná-los idênticos aos conquistadores. Neste caso, insta lembrar que, na época em que Savigny desenvolvia suas pesquisas, a Europa sofria grandes mudanças nos quadros políticos e sociais decorrentes das guerras napoleônicas e durante o século XIX os textos jurídicos foram ferramentas utilíssimas para o estabelecimento do poder estatal em torno do tema (romântico) de nacionalidade. A comunhão do idioma, das tradições, do direito, do sentimento de pertencimento etc., indicariam a nação – especialmente a Alemã – e o soberano aos quais os indivíduos estariam submetidos e, por isso, a História do Direito teria um papel crucial no estabelecimento das novas legislações nacionais e a formação dos operadores do direito.³⁰

Outro autor alemão, Heinrich Brunner (1840-1915), auxiliado por Claudius von Schwerin (1880-1944), foi um dos principais autores contemporâneos a tratar especificamente do denominado Direito Germânico, referência comum aos que intentaram elaborar uma abordagem histórica sobre as experiências jurídicas no Ocidente medieval. Entretanto, um dos pontos que provavelmente passou despercebido pelos pesquisadores brasileiros ao se nutrirem de maneira acrítica da obra *Deutsche Rechtsgeschichte – Historia del Derecho Germánico*, na versão traduzida para o Espanhol –, foi que tal autor elaborou uma História do Direito Alemão, dando ênfase às tradições jurídicas aplicadas nos territórios da atual Alemanha desde o início da Idade Média até o século XIX; e não a todas culturas jurídicas europeias desenvolvidas pelos diferentes povos germânicos no Ocidente.

Por isso Brunner pôde dizer com tanta propriedade que: “*En vano buscaremos en la historia del Derecho alemán un período en que la administración de la justicia se hubiese centralizado en manos de una monarquía absoluta y de un cuerpo de juristas dependientes de ella, [...]*”.³¹

Deveras, a Germânia não integrava o Império Romano na antiguidade e embora o atual território da Alemanha constituísse parte do Sacro Império Romano-Germânico (962-1806 d.C), foram os vários pequenos reinos e principados nela situados que exerciam a administração política na região desde a fragmentação do Império Carolíngio (843 d.C); e somente a partir da Unificação Alemã (1871 d.C) é que se pode falar em integração e centralização estatal alemã.

Com efeito, as culturas jurídicas germânicas desenvolvidas na Península Ibérica (visigodos) e Península Itálica (longobardos), embora estivessem no Ocidente medieval, foram

³⁰ Sobre os embates entre os autores jusfilosóficos e a Escola Histórica do Direito de Savigny, consultar: GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 179-187.

³¹ BRUNNER, Heinrich. *Historia del derecho germánico*. Barcelona: Labor, 1936, p. 01. Sobre a centralização política e jurídica no Reino Visigótico no século VII, consultar: BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 82-140





relativamente preteridas em relação ao Direito dos francos, que dominaram as regiões da Gália e da Germânia durante a Alta Idade Média.

Para a elaboração de sua historiografia, Brunner dividiu o Direito germânico em dois momentos: a) da “*formación del Derecho nacional*” e b) “*predominio del Derecho extranjero*” (a partir do século XVI). No que tange ao primeiro, o autor enumerou as seguintes distinções: I) “*Derecho germánico hasta la terminación de la invasión de los pueblos*”; II) “*la formación del Derecho en la monarquía franca*”; III) “*Imperio alemán hasta el fin de la Edad Media*.”³²

Brunner salientou que os troncos germânicos que entraram em contato com os romanos tiveram recepções e assimilações nos âmbitos jurídico e econômico, porém com intensidades muito diferentes segundo cada região da Europa.³³ Assim, ele não negou a existência de distinções entre os diversos povos que se instalaram nos territórios do extinto Império Romano do Ocidente, sendo que a formação do Direito franco deveria ser tão somente um dos direitos nacionais dos germânicos (alemães), que teria uma importância mais acentuada para o autor justamente por lançar as bases políticas para a formação do Império Carolíngio (25/12/800 d.C) e, posteriormente, o Sacro Império Romano-Germânico (02/02/962 d.C).

Por outro lado, no tocante aos conceitos jurídicos e políticos utilizados por Brunner, ainda em relação aos germanos da antiguidade, pode-se notar alguns sérios equívocos decorrentes do anacronismo, como em sua explicação sobre a organização social germânica antiga denominada *sippe* (grupo familiar, clã):

*Por grande que fuera la importancia de la sippe, sin embargo no llegó a constituir un Estado dentro del Estado. Su posición subordinada al poder estatal se manifiesta en que la pérdida de la paz sancionada por la comunidad política desligaba el vínculo de la sippe en tanto que rompía la comunicación del proscrito con su sippe, hecho que, por sí mismo, contradice la concepción de que la comunidad germánica estatal no llegara a superar la etapa del llamado Estado sobre bases genealógicas.*³⁴

Neste ponto, observa-se a necessidade que Brunner teve de implantar uma noção de “Estado” em sociedades germânicas anteriores às invasões nos territórios do Império Romano do Ocidente. Como já salientado alhures, não havia tal conceito e tampouco o de poder soberano antes do século XVI³⁵ e, ademais, a própria ideia de *rei publica* dos romanos não existia entre os germanos da antiguidade, tornando as palavras de Brunner eivadas de imprecisão. Mesmo assim, quando ele tratou do direito político e administrativo dos germanos, disse que: “*la*

³² BRUNNER, Heinrich. *Op. cit.*, p. 01.

³³ *Ibidem*, p. 08.

³⁴ *Ibidem*, p. 13.

³⁵ Sobre o assunto, consultar: GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 32





*monarquia nacional germánica queda desplazada en el reino franco por otra de nueva concepción, cuyas conquistas acrecentaran su poder en tal medida que reunió en sus manos la plenitud de la soberanía estatal.*³⁶

No tocante ao Direito germânico na Idade Média, Brunner asseverou que o Reino dos francos “*somete a todas las demás naciones de Alemania y estructura – exceptuada la España visigoda – la serie de Estados que han erigido los pueblos germánicos sobre el continente romano.*”³⁷

O autor alemão não poupou elogios ao Reino franco, que, segundo ele, teria sido marcado pelo equilíbrio entre as populações e logrado êxito em conservar “*su carácter mixto de un Estado romano germánico*” e que, embora após um período de declínio no século VII, o mordomo Carlos Martel salvou a existência do reino e “*reconstruye un poder estatal robusto*”.³⁸

No âmbito jurídico, Brunner disse que o “*fortalecimiento del poder estatal*” debilitou os poderes das *sippes* e proibiu certos atos de vingança; contudo, nos casos em que essa era permitida: “*las partes deseosas de enemistad podían ser compelidas por funcionarios públicos a un contrato de reconciliación.*”³⁹

Sem contextualização histórica prévia sobre as peculiaridades políticas da Gália, Itália e Península Ibérica entre os séculos V e VIII, Brunner teceu comentários à formação do Direito na Idade Média nas seguintes palavras:

*En correspondencia a la posición dominante de los francos, su ordenamiento jurídico ha desempeñado en el reino franco el papel rector entre los derechos de los troncos alemanes. Prescindiendo de las constituciones y ordenaciones reales que promovieran la aplicación de las normas jurídicas francas, y preponderantemente de las francas salias, más allá del territorio del tronco de los francos, realiza una función unificadora la jurisprudencia del tribunal real franco, y los numerosos francos que, como missi, condes, administradores de las posesiones reales o titulares de las dignidades eclesiásticas, actuaban en lugares del reino no habitados por francos, hacen valer consciente o inconscientemente su influencia en favor del Derecho franco.*⁴⁰

³⁶ BRUNNER, Heinrich. *Op. cit.*, p. 56. O Reino Longobardo, por exemplo, em muito se diferenciou da gênese do Reino dos francos, porquanto neste houve uma intensa comunhão entre os conquistadores germânicos, latifundiários galo-romanos e a elite eclesiástica na Gália, permitindo a manutenção de institutos administrativos romanos na região, ainda que de maneira simbólica. Ao revés, na Itália, outrora centro do mundo, as categorias sociais mais influentes na administração política – como os senadores e bispos – foram exterminados pelos longobardos e houve a necessidade de quase um século de convivência entre germânicos e itálicos para que brotassem os primeiros sinais de união das etnias, fomentada pela conversão dos longobardos ao catolicismo, mas sem que o papa tivesse autoridade política e jurisdicional em relação aos súditos longobardos. Dessarte, as peculiaridades da administração política verificadas no Reino dos francos entre os séculos V e VIII não podem ser enxertadas, sem o cometimento de um enorme equívoco histórico, na Itália longobarda. E isso se aplica também em relação às suas experiências jurídicas.

³⁷ *Ibidem*, p. 29.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 37-38.





Ao se sobrepor as palavras de Brunner com o contexto histórico próprio dos francos, percebe-se que ele já estaria se referindo às características administrativas e funcionários reais que surgiriam apenas no Império Carolíngio, não podendo ser imaginado um predomínio do Direito franco no Ocidente europeu antes do século IX, mormente tendo em consideração as importantes características do Direito visigótico na Península Ibérica até o século VIII e do Direito longobardo na Itália, que não tiveram maiores citações na obra em comento.⁴¹ Em suma, Brunner, discursivamente, tornou o Direito franco do século XI hegemônico no Ocidente europeu desde os século VI, consubstanciando um anacronismo insustentável e sem respaldo a fontes históricas primárias.

Enfim, tendo por base as informações dadas por Heinrich Brunner, embora bem articuladas, elas tiveram, preponderantemente, apoio em obras e dados produzidos pelos germanistas do século XIX⁴², dando a impressão de que todas as tradições jurídicas germânicas na Idade Média foram sintetizadas no Direito franco, de matiz estatal, onde teria ocorrido uma limitação ao *ius puniendi* privado e a implantação de uma justiça punitiva pública centralizada no poder do Estado.

Franz von Liszt (1851-1919), fundador da Escola Sociológica alemã⁴³, influenciou muitos juristas brasileiros do século XX. Em sua visão sobre o Direito germânico medieval, fez referências às lições de Heinrich Brunner, entre outras obras, salientando:

*La venganza de sangre (Blutrache) es, como ya indicó Tácito, Derecho y deber de toda la parentela, en cuanto es venganza de los allegados, en acto no flagrante. Queda sin efecto por el pago de una suma, en calidad de penitencia: la compositio. La parentela lesionada tiene, al principio, la elección entre la contienda (Fehde) y la aceptación de la cantidad, y sólo tras lucha acerba, que aparece claramente en las Capitulares, resulta el fuerte poder del Estado para hacer la liquidación judicial del contrato de expiación en virtud de un deber jurídico. Así, la venganza de sangre es reemplazada por el sistema de la composición.*⁴⁴ (sem grifo no original)

A imagem que von Liszt teve das experiências jurídicas germânicas apontam que no tempo de Tácito (século I d.C) as punições teriam fundamento religioso e seriam aplicadas pelos

⁴¹ Neste caso, Heinrich Brunner (*Ibidem*, p. 51), fez apenas uma tímida ressalva que: “*Cuando parte de los visigodos, como los burgundios y los longobardos vino a quedar bajo al dominio franco, conservó su Derecho nacional.*” Com tais palavras, o autor tedesco desvelou que o “Direito” para ele seria aquele de matiz estatal, elaborando um apagamento discursivo das tradições jurídicas que eram efetivamente utilizadas para a resolução de conflitos intersubjetivos.

⁴² Isso pode ser constatado pelas referências bibliográficas utilizadas pelo autor em sua obra.

⁴³ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92.

⁴⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*: Traducido de la 8ª Edición Alemana y adicionado com la Historia del Derecho Penal em España por Quintiliano Saldaña. Tomo Primero. Madrid: Instituto Editorial Reus, 192?, p. 156-159.





sacerdotes, dando a impressão de que a sacralidade estaria amalgamada com o *ius puniendi* germânico. Outro ponto que merece destaque foi a menção de Liszt sobre a possibilidade de composição entre os envolvidos na situação jurídica para o encerramento da *faida* (inimizade, revide, guerra privada), que já era aplicada antes das migrações germânicas para os territórios do Império Romano do Ocidente; porém ele atribuiu às capitulares, utilizadas pelos reis francos⁴⁵, como sendo as responsáveis pela limitação da vingança de sangue e a estruturação de um poder de julgar com matiz estatal entre todos os povos germanos na Idade Média.

Assim, observa-se que von Liszt sugeriu a imagem de que o Direito germânico seria eminentemente punitivo, sagrado e com a possibilidade dos envolvidos no ilícito – pessoas privadas – poderem encerrar a inimizade por intermédio da composição; mas que, com o crescimento do poder de Estado franco na Idade Média, teria ocorrido a intervenção dos governantes no exercício do *ius puniendi* entre os súditos, limitando o direito desses à vingança de sangue e obrigando as partes à composição.

Por outro lado, nas lições do penalista alemão Hans-Heinrich Jescheck (1915-2009) – fundador do Max Planck Institut –, e de seu discípulo Thomas Weigend (1949 -), o Direito germânico até o século VI seria consuetudinário e as primeiras fontes escritas teriam surgido no Reino Franco, que permitiriam o exercício do *ius puniendi* por intermédio de reações dos ofendidos e de seus familiares ao ofensor em busca da reparação dos danos, sob pena de instalação de hostilidades violentas entre as estirpes. Porém, os autores também resumem as experiências jurídicas da Alta Idade Média tão somente a “*el período franco*”:

Esta etapa, que se suele cifrar entre la fundación del Imperio merovingio por Chlodwig (482-511) hasta la división del mismo en el Tratado de Verdún (843), se caracterizó por el surgimiento de un poder estatal materializado en el Rey, así como por la preferencia de fuentes jurídicas escritas. El reinado se esforzó en hacer retroceder la arbitrariedad privada en la práctica de las contiendas y en configurar los pactos de reparación. El deber de concluir el pacto de reparación hizo desaparecer paulatinamente el Derecho basado en las represalias. Surgieron sanciones pecuniarias fuertes favorecidas por el comienzo de la economía monetaria. Junto a la pena privada del antiguo Derecho consuetudinario se introdujo la pena pública a través del Derecho regio y como herencia romana en sus comienzos, puesto que la ampliación del poder estatal había que proteger también nuevos bienes jurídicos del Estado y de la colectividad (vgr. La fidelidad a la corona, paz pública, religión cristiana, sistema monetario).⁴⁶ (sem grifos no original)

⁴⁵ Sobre o assunto, consultar: CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Universitaires de France: 2000, p. 81. Nas palavras de Federico Carlo de Savigny (In: *Op. cit.*, p. 337): “*Capitulare sono leggi dei re franchi, non rese solamente per un dato popolo.*” [Capitulares são leis dos reis francos, não dadas somente para um dado povo.]

⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 97-98.





Para tais penalistas, que também não consideraram outras tradições germânicas coexistentes na Europa Ocidental no início do medievo – como os Direitos dos visigodos, longobardos, burgúndios etc. e, também, sequer separaram as administrações das dinastias francas dos merovíngios (séc. V a VIII) e carolíngios (séc. VIII a X) –, logo após a queda de Roma teria ocorrido uma imaginada força estatal fundada no rei franco que, por sua vez, instituíra sanções pecuniárias para se evitar as arbitrariedades privadas e, também, teriam surgido penas públicas para determinada disciplina social em prol da coroa, religião e economia.

Praticamente no mesmo sentido de seus conterrâneos, o penalista alemão Edmund Mezger (1883 – 1962) – que contribuiu significativamente para as teorias penalistas do século XX na Alemanha nacionalista das décadas de 30 e 40, influenciando autores brasileiros no momento do surgimento do Código Penal de 1940 – chamou de “*época germânica*” o período em que os povos exerciam a *faida* e a *compositio* no âmbito jurídico-punitivo e, seguindo as lições de Brunner, chamou de “*derechos populares*” os textos normativos redigidos nos Reinos Bárbaros a partir do século VI e, embora mencionasse algumas compilações de direito germânico, deu especial atenção ao Direito franco, também reproduzindo a ideia de que suas regulações jurídicas seriam hegemônicas entre todos os povos germânicos no início da Idade Média: “*Con la época franca tenemos, por primera vez, un **Estado alemán** unitario y firme con la estructura espacial, sobre todo durante el reino de Carlomagno (768-814). Por consiguiente, el derecho penal muestra una acentuación más considerable de la concepción jurídico-pública.*”⁴⁷ (sem grifo no original)

Notadamente Mezger revelou que somente conseguiria visualizar a existência de experiências jurídico-punitivas em lugares onde ele pudesse haurir elementos de uma cultura política de matiz pública, estatal e reguladora da sociedade, chegando a denominar de “*Derecho Penal*” as práticas judiciárias germânicas nos séculos iniciais da Idade Média europeia. Em suma, tal autor elaborou suas opiniões sem supedâneo na História do Ocidente medieval entre os séculos V e VIII e, ainda, enxertou termos político-jurídicos anacrônicos em sociedades germânicas que não possuíam a noção de *Estado*.

Luis Jiménez de Asúa (1889-1970), jurista espanhol muito citado em obras jurídicas brasileiras, comentou, em seu *Tratado de Derecho Penal*, do Direito germânico com apoio nos autores tedescos já mencionados:

⁴⁷ MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: Tomo I. Buenos Aires: Vallerra Ediciones, 2004, p. 25.





*Después de la invasión bárbara, el Derecho penal germánico se caracteriza por el **creciente poder del Estado**: la autoridad pública se afirma y tiende a circunscribir la Faida. En los tiempos primitivos, conceder la paz era facultad del ofendido; pero luego empieza a ser obligatorio y las condiciones se fijan por el Juez-Rey. En ese caso el poder político castiga a quien no respeta la paz. En cuanto a la suma que ha de pagarse, que antes era convenida por las partes, se fijó luego, por costumbre, para todas las ofensas. Así, la venganza de sangre (blutrache) se reemplaza por la composición.⁴⁸ (sem grifo no original)*

Como pode ser percebido, Jiménez de Asúa reproduziu a ideia de suas fontes bibliográficas alemãs consultadas sobre a existência de um poder estatal nos Reinos Bárbaros, que teria limitado os poderes da vingança privada, implantando o sistema de composição dos danos para substituição da *faida* e se tornado o responsável pela aplicação de castigos aos violadores da paz.

Sendo assim, considerando-se a globalidade dos autores estrangeiros supramencionados, observa-se que houve pouca ou nenhuma referência às fontes primárias para a compreensão do Direito germânico na Idade Média e, outrossim, houve uma indiscriminada implantação da ideia moderna de Estado na administração dos Reinos bárbaros, que teriam sido representados por uma imaginada hegemonia do Direito dos francos, limitador da vingança privada e responsável por obrigar as partes às composições sob pena de aplicação de castigos públicos.

Enfim, houve um generalizado apagamento discursivo das tradições jurídicas de outros povos germânicos importantes entre os séculos VI e IX nas diversas regiões da Europa, especialmente aos Editos Longobardos da Itália altomedieval e as leis visigóticas da Península Ibérica, tornando o antigo centro do mundo e seus principais domínios em fantasmas inexpressivos que só voltariam ganhar a atenção dos juristas a partir da reintrodução do Direito romano na Europa pela Escola de Bolonha no século XII.

4 O DIREITO GERMÂNICO MEDIEVAL NA VISÃO DE AUTORES BRASILEIROS

No Brasil não são todos os manuais de Direito Penal que fazem referências à História do Direito e as obras escolhidas para a presente análise são aquelas em que os autores (tradicionais) se propuseram em apresentar um esboço sobre as diversas culturas penais que pulularam em diferentes contextos sociais para se atingir o período de culto à norma racional em que vivemos. De maneira geral, suas informações condizentes aos povos *bárbaros* no início da Idade Média são parcas e descontextualizadas, imprecisas e sem apoio a fontes primárias,

⁴⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*: Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1964, p. 287.





tornado as lições sobre o *ius puniendi* altomedieval muito mais uma reprodução sintetizada das opiniões de juristas europeus apresentados supra do que resultados de pesquisas científicas com metodologia embasada em fontes primárias.

A título de exemplo, Galdino Siqueira (1874-1961), influente penalista das primeiras décadas do século XX, ao tecer comentários sobre o Direito germânico, fez referência às obras de Brunner e de Liszt, manifestando-se sucintamente sobre a cultura jurídica dos germanos, podendo ser extraídas as seguintes informações de sua obra:

Efetivamente, entre os germanos, encontramos institutos jurídicos, a saber:

- a) A vingança de sangue (*blutrache*), contra a qual mais influuiu o direito penal canônico, modificando-se o princípio do talião pelo direito de asilo.
- b) O estado de *faida*, como extensão da vingança a tôda a estirpe do transgressor (*Sippe*), sofre idêntica restrição pela trégua de Deus.
- c) Outra forma de reação social, a perda da paz social ou proscrição, temos também na *Friedenslosigkeit*.
- d) A composição do direito primitivo, na indenização pelo *Wergeld*, pagamento à parte lesada ou aos herdeiros, e, na *Busse*, cuja composição paga pelos delitos menos graves.
- e) Ao contrário do direito penal romano e canônico, que davam relevância ao elemento subjetivo do crime, no direito germânico, o que importava era o dano causado, e não quem o causou, daí a não punibilidade da tentativa.⁴⁹

Em relação às informações supra, verifica-se que o autor deu ênfase à influência do Direito canônico para o controle da vingança de sangue e *faida* mencionados nos itens “a” e “b”, confundindo o que seriam experiências jurídicas germânicas das peculiaridades em relação à influência da Igreja Católica no *ius puniendi* da população medieval do Ocidente.

Se se perquirir, por exemplo, a influência católica na formação do Direito punitivo longobardo, constata-se que esta foi muito tímida em relação aos ilícitos registrados nas *Leges langobardorum* da Itália do século VII, especialmente quanto ao *Edictum Rothari*, de 22 de novembro de 643 d.C., porquanto tal monarca e maior parte de seu povo eram arianos e, assim, considerados hereges pelos romanos católicos. Isso torna inviáveis as informações por demais generalizante que afirmam que o Direito germânico teria sido modificado pelo direito canônico em seus institutos mais significativos, como a vingança de sangue. Isso aconteceu realmente, mas muito lentamente e de maneira fragmentada e regionalizada muitos séculos depois, no decorrer da Baixa Idade Média.⁵⁰

No tocante ao item “c”, embora o banimento pudesse ser prática de algumas das tradições jurídicas germânicas na Idade Média, tal penalidade não é relatada com relevância

⁴⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Konfino, 1950, p. 47-48.

⁵⁰ Sobre o assunto, consultar: SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo stato moderno in europa*: istituzione e diritto. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 164-166.





nos textos da antiguidade que trataram dos germânicos, como *Germania* de Públio Cornélio Tácito⁵¹ e *De bello Gallico*, de Júlio César.⁵² Nas regulamentações longobardas, por exemplo, o banimento era aplicado em casos raríssimos⁵³ e de maneira diversa do proposto pelos autores contemporâneos.

Quanto ao item “d”, certamente houve um equívoco do autor em relação ao *wergeld*⁵⁴, pois este era um critério de fixação do valor pecuniário pela vida um homem livre (preço do homem) e não um distintivo entre delitos mais ou menos graves, como explicado por Heinrich Brunner.

Por fim, quanto ao item “e”, não se pode refutar completamente as informações do penalista brasileiro quando tratou do Direito germânico, até porque não há fontes primárias suficientes que pudessem comprovar a ausência do elemento subjetivo (dolo ou culpa) dos ilícitos entre os germânicos antes dos registros das regulações jurídicas na Idade Média. Por outro lado, em se tratando de cultura jurídica germânica na Alta Idade Média – já que o autor não se referiu a nenhuma regulamentação jurídica germânica específica –, suficiente consultar alguns capítulos como o 139, o 146 e o 147, do Edito de Rotário⁵⁵, para se verificar que não era

⁵¹ *Op. cit.* No capítulo XIX se encontra uma única referência à “*expellit domo*” [expulsão da casa], que seria da mulher adúltera. Não há registros de que seria adotada como medida punitiva a quaisquer outras pessoas.

⁵² *Op. cit.*

⁵³ No século VII, apenas o capítulo 221, do Edito de Rotário, é que previa pena de banimento. AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Le leggi dei longobardi: storia, memoria e diritto di un popolo germanico*. Roma: Viella, 2005, p. 68: “221. *Si servus liberam mulierem aut puellam ausus fuerit sibi in coniugium sociare, animae suae incurrat periculum, et illa, qui servum fuerit consentiens, habeant parentes potestatem eam occidendi aut foris provincia transvindendi et de res ipsius mulieris faciendi quod voluerint. Et si parentes eius hoc facere distulerint, tunc liciat gastaldium regis aut sculdhais ipsam in curte regis ducere et in pisele inter ancillas statuere*”. [Livre tradução: 221. Se um servo ousa unir-se em casamento com uma mulher ou jovem livre, sua vida seja colocada em perigo, e no que concerne àquela que deu seu próprio consentimento, seus parentes tem a faculdade de assassiná-la ou de vendê-la para fora da província e de fazer aquilo que desejarem com os bens da mulher. Se seus parentes tardarem de fazer isso, então seja consentido ao gastaldo do reino ou outro *sculdhais* de conduzi-la à corte real e de colocá-la no *pisele* junto das servas.]

⁵⁴ Segundo Heinrich Brunner, (In: *Historia del derecho germánico*. Barcelona: Labor, 1936, p. 12) *wergeld* ou *manngeld* significa, “literalmente: *compositio homicidii*, preço ou dinheiro (*geld*) do homem (*wer* = *mann*, vir)”. No mesmo sentido, CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Universitaires de France: 2000, p. 91: “*le wergeld (= le prix de l'homme)*.”

⁵⁵ In. AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Op. cit.*, p. 42-43. “139. *De venenum temperatum. Si quis homo liber aut mulier venenum temperaverit et alii ad bivendum dare voluerit, conponat solidos viginti, sicut ille qui de morte alterius consiliatus fuerit*.” [139. Da preparação do veneno. Se um homem ou uma mulher livre preparam veneno e desejam dar de beber a alguém, paguem uma composição de vinte sólidos, como aquele que tramou a morte de outrem.] “146. *De incendio. Si quis casam alienam asto animo, quod est voluntarie, incenderit, in treblum restituat ea, quod est sibi tertia. [...]*” [146. Do incêndio. Se alguém incendeia uma casa de outrem dolosamente, isto é deliberadamente, a reembolse ao triplo, isto é três vezes tanto. [...]] “147. *De fogue foris novem pedes a fogolarem portatum. Si quis focum foris novem pedes a focularem portaverit et damnum ex ipso focum sibi aut alterius factum fuerit, ipse, qui portavit, damnum conponat ferquido, id est similem, ideo quia nolens fecit. Et si intra ipsos novem pedes, quod est de focularem, damnum facere sibi aut alterius contigerit, non ei requiratur*.” [147. Do fogo levado a nove pés da lareira. Se alguém leva o fogo fora da lareira a nove pés e este fogo provoca um dano em si mesmo ou a outrem, aquele o portava pague por tal dano uma composição *ferquido*,





totalmente ausente o que hodiernamente se entende por “elemento subjetivo do tipo” na mentalidade jurídico-punitiva dos germanos no século VII, especialmente se se levar em conta que as *leges langobardorum* são consideradas as que melhor refletem as características do Direito germânico no início da Idade Média.

Nélson Hungria (1891-1969), um dos mais influentes juristas brasileiros do século XX, membro da comissão de revisão do Projeto Alcântara Machado que deu origem ao vigente Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40) e admirador das obras de Jiménez de Asúa, inspirou a criação de uma vasta obra – composta de IX Capítulos – denominada *Comentários ao Código Penal*, de autoria do próprio Nélson Hungria e outros juristas como Roberto Lyra, Aníbal Bruno, Aloysio de Carvalho Filho, Romão Cortes de Lacerda e Magalhães Drummond.⁵⁶

No tocante às informações colacionadas sobre as experiências jurídicas medievais, sem qualquer prévia contextualização histórica, Nélson Hungria, no primeiro volume de sua obra, assim se referiu ao tratar do princípio da legalidade:

Na Idade Média, entretanto, com a prevalência do *direito consuetudinário* sobre a lei escrita, o exemplo do processo romano extraordinário medrou amplamente, prescindindo-se, na configuração de crimes e irrogação de penas, até mesmo da analogia ou do *exemplum legis*. Permitiu-se o *plenum arbitrium* dos juízes. Foi a idade de ouro das *penas arbitrarias*. Ao juiz só era vedado, quando muito, excogitar uma espécie nova de pena.⁵⁷

Se se levar em conta que a Idade Média, com um milênio de existência, foi por demais generalizada pelo autor supramencionado, pode-se até imaginar que ele estaria se referindo ao Direito na Baixa Idade Média, privando seus leitores de uma melhor compreensão das experiências jurídico-punitivas dos germânicos nos primeiros séculos posteriores à queda de Roma, cujo direito consuetudinário não merece ser confundido com arbitrariedade.

A título de ilustração em relação à argumentada permissão do *plenum arbitrium*, basta referência ao disposto no capítulo 28, das Leis de Liutprando (ano 721 d.C.)⁵⁸, para verificar

isto é, de igual valor, porque o fez involuntariamente. Se deseja provocar um dano a si mesmo ou outrem, dentre nove pés, isto é, da lareira, não se reclame junto dele.]

⁵⁶ Sobre o assunto, consultar a Nota Explicativa elaborada por Heleno Cláudio Fragoso em: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. V. I; T.1. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 09-15.

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 39.

⁵⁸ In: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Op. cit.*, p. 156: “28. Si quis causam habuerit, et sculdhais aut iudex ei secundum edicti tinore et per legem iudicaverit, et ipse stare in eodem iudicio menime voluerit, componat illi, qui iudicavit, solidos XX. Nam de ea causa, quae per arbitrium iudicata fuerit, et ipse sibi non credederit legem iudicassit et ad regem reclamaverit, non sit culpavelis. Et si iudex contra legem iudicaverit, componat solidos quadraginta, medietatem regi et medietatem, cuius causam fuerit. Et si iudex contra legem iudicaverit, componat solidos quadraginta, medietatem regi et medietatem, cuius causam fuerit. Et si forsitan





que as palavras de Nélson Hungria não são tão precisas quanto às experiências jurídicas germânicas na Alta Idade Média, que necessitam de especialização e estudo metodológico rigoroso, sob pena de deturpação à compreensão de tão significativo período histórico.

Em relação ao crime de homicídio, percebe-se que Nelson Hungria também reproduziu as ideias ideologicamente forjadas pelos autores europeus para induzir a crença de que a estatização da justiça privada seria uma espécie de evolução do Direito:

No primitivo direito germânico, ao contrário do direito romano, não tinha o homicídio caráter de *crimen publicum*, pois somente dava lugar ao direito de vingança por parte da família do morto ou à *compositio*. A prestação pecuniária que, neste último caso, devia ser feita pelo criminoso, transformou-se, posteriormente, numa verdadeira *multa*, cabendo parte dela ao **Estado**, como *preço da paz* (*Friedensgeld*, *fredum*), e a outra parte (chamada *Wehrgeld* ou *Widrigild*) aos parentes da vítima.⁵⁹ (sem grifo no original)

Enfim, nos *Comentários ao Código Penal* foram muito tímidas as abordagens e os fundamentos históricos a respeito das culturas punitivas germânicas, dando uma (falsa) ideia de que a arbitrariedade privada e a falta de regras para o exercício do *ius puniendi* seriam as principais características do Direito na Idade Média e, paradoxalmente, teria se estruturado um poder estatal que imporia e receberia parte dos valores das composições que, se não satisfeitas, acarretariam punições arbitrárias aos condenados.

Cláudio Heleno Fragoso (1926-1985), discípulo de Nélson Hungria, discorreu de maneira mais sistemática em relação à história do Direito Penal germânico, dedicando-lhe um subitem específico em sua doutrina. No entanto, devido às obras consultadas – entre elas fortemente Edmundo Mezger – Fragoso acabou por reproduzir informações sem apoio a fontes primárias.

Inicialmente Fragoso afirmou, em suas *Lições de Direito Penal*, que o Direito germânico seria dividido em duas partes: I) a época germânica e; II) a época franca. Sobre esta ele afirmou: “com a *monarquia franca* (481 d.C), que, como se sabe, constitui pela primeira

iudex causam per arbitrium iudicaverit, et iudicium eius rectum non comparuerit, non sit culpavelis, nisi preveat sacramentum regi, quod non iniquo animo aut corruptus a premio causam ipsam non iudicassit, nisi sic ei legem comparuissit; et sit absolutus. Nam si iurare non presumpserit, conponat, ut supra dictum est. [28. Se alguém tem uma causa e o *sculdhai*s ou o juiz lhe rendem justiça segundo o teor do Edito e segundo a lei e aquele não quer se submeter àquele juízo, pague ao que lhe deu justiça uma composição de vinte sólidos. Ao contrário, acerca daquelas causas que venham a ser julgadas com arbitrio, aquele que não acredita que foi julgado conforme a lei e reclama junto ao rei não seja culpado. Se o juiz julgou contra a lei, pague uma composição de quarenta sólidos, metade ao rei e metade àquele que pertence a causa. Se por acaso o juiz julgou com arbitrio e o seu julgamento parece não ser correto, não seja culpado, desde que preste juramento ao rei de não ter julgado aquela causa com má-fé ou corrompido por recompensa, mas segundo o quanto lhe parecia legítimo; e seja absolvido. Se, porém, não ousa jurar, pague uma composição, como se disse supra.]

⁵⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. V. V. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 29.





vez um Estado unitário para os povos germânicos.”⁶⁰ Neste caso, constata-se que tal autor já iniciou suas considerações partido de uma premissa falsa, pois o Reino dos francos não poderia ser considerado um “Estado” e tampouco teria centralizado a política no Ocidente europeu desde o século V.

No tocante à cultura jurídica germânica na Idade Média, Fragoso disse:

Após a invasão, **torna-se crescente o poder do Estado**, com o estabelecimento da monarquia, iniciando-se a limitação e extinção paulatina da vingança de sangue. O direito penal que resulta das leis bárbaras (*leges barbarorum*) é caracterizado pelo sistema da *compositio*, meticulosamente fixadas as tarifas de pagamentos, segundo a qualidade das pessoas, o sexo e a idade, e segundo o local e espécie da lesão ou ofensa. A mais antiga dessas leis é a *lex Salica* (aprox. 500 d.C.), que vigorou ao tempo da dinastia Merovíngia (481-751 d.C.). [...] Na Itália, à época da invasão, aparecem as leis dos borgúndios (aprox. 500 d.C); dos visigodos (*lex romana visigothorum* ou Breviário de Alarico, aprox. 470 d.C) e dos longobardos (*Edictus Rothari*, de 643 d. C.). Tais leis são especialmente transcrições do direito costumeiro, contendo disposições sobre direito penal, o processo e a composição (*Mezger*). Muitos crimes, porém, notadamente de natureza política, eram punidos com penas públicas (pena de morte, penas corporais, como a mutilação, e o exílio).⁶¹ (sem grifo no original)

Um dos equívocos que se destaca em tais palavras foi o deslocamento para a Itália de uma inexistente aplicação das normas dos burgúndios e dos visigodos sem qualquer evidência de suas afirmações. Nesse caso, basta uma consulta a uma resenha histórica dos primeiros séculos da Idade Média italiana para se constatar que o autor brasileiro elaborou informações inverossímeis.

No tocante ao conteúdo discursivo de suas lições, também se destaca a oração “torna-se crescente o poder do Estado”, que é mera reprodução do que foi afirmado por Luis Jiménez de Asúa, que repetiu, por sua vez, as mesmas ideias propostas por Franz von Liszt e Hans-Heinrich Jescheck, como destacado no item supra.

Luiz Régis Prado, em seu *Curso de Direito Penal brasileiro*, propõe explicações sobre o *Direito Penal* germânico fazendo referências às lições de autores europeus tradicionais como von Liszt, Jescheck, Jiménez de Asúa, Gustavo Radbruch, entre outros. Para ele:

O Direito germano – basicamente consuetudinário – desdobra-se em duas fases fundamentais: a época germânica, a partir da formação dos primeiros reinos (378), e a época franca (481), quando se erige um **Estado unitário** (dinastia merovíngia) com estrutura espacial. De acordo com a concepção germânica antiga, o Direito era

⁶⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37. Não passa despercebido que o início da frase de Fragoso praticamente em nada diferencia das palavras – colacionadas alhures – de Luis Jiménez de Asúa (*Op. cit.*, p. 287). Todavia, sequer há citação da obra deste autor no item em comento. Ainda, vale lembrar que o Reino dos longobardos somente em 774 foi integrado à coroa franca e que o Reino Visigótico da Península Ibérica (extinto em 711) não fez parte do Reino dos francos.

⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. *Op. cit.*, p. 38-39.





entendido como sendo uma *ordem de paz* – pública ou privada – e o delito significava sua ruptura, perda ou negação – *Friedlosigkeit*.⁶²

Tal como os autores europeus consultados, Prado, após salientar que entre os bárbaros germânicos se praticava a vingança de sangue (*Blutrache*), disse que essa “somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição voluntária, depois obrigatória.”⁶³ Como já salientado em relação aos autores estrangeiros que serviram de base para tais informações, elas não se sustentam diante de um estudo em fontes primárias e perante um necessário rigor metodológico a respeito do conceito de Estado em uma perspectiva histórica do Direito.

Na arqueologia das exposições doutrinárias do penalista Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, constata-se referências a Luiz Régis Prado e aos mesmos autores europeus mencionados por este, além das lições de Heleno Cláudio Fragoso.

Na exposição de Bitencourt, o direito germânico consuetudinário tinha uma concepção de “*ordem de paz*” e a violação desta causava uma ruptura que levava a uma reação que poderia ser pública ou privada ao transgressor, segundo as mesmas lições dos autores citados em sua obra. Outrossim, após mencionar algumas das *leges barbarorum* dos séculos VI ao VIII, Bitencourt afirmou que:

A *composição* representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o *preço da paz*. Aos infratores insolventes, isto é, aqueles que não podiam pagar pelos seus crimes, eram aplicadas, em substituição, penas corporais.⁶⁴

Neste caso, observa-se que Bitencourt foi influenciado pelas palavras de Fragoso, acreditando que a composição seria uma espécie de sanção e, também, erigiu uma suposta estrutura judiciária real como destinatária de valores pertinentes à composição e que, no caso de impossibilidade de cumprimento da então imaginada pena pecuniária, haveria aplicação de penas corporais ao infrator, sem a explicação, porém, de quem infligiria esse castigo, se seria a pessoa do ofendida ou algum representante do poder régio.

⁶² PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: RT, 2010, p. 80-81.

⁶³ *Ibidem.*, p. 81. Não passa despercebida as seguintes palavras do mesmo autor, apoiadas, segundo ele, em Gustavo Radbruch e Enrique Gwinnert: “Segundo consta, os reis francos realizaram pela primeira vez na história a ideia de que o Direito não é um costume popular dedicado aos Deuses, mas também vontade estatal. Por isso, são os primeiros a ter uma política criminal consciente, como metódica repressão ao crime.” Com tais palavras, fica bastante evidenciado que a idéia geral passada pelos dogmáticos a respeito do Direito germânico é que este estaria fundamentado na religiosidade e, posteriormente, em um Direito estatal.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 33-34.





Outras obras que circulam nas academias jurídicas também fazem brevíssimas referências sobre o Direito na Idade Média, como no *Manual de Direito Penal brasileiro* de autoria de José Henrique Pierangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni, que, embora este último seja magistrado da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, sua influência na dogmática jurídico-penal brasileira é bastante significativa. No que diz respeito à imagem desses autores sobre as experiências jurídicas dos germanos, eles afirmam:

O predomínio germânico se estende desde o século V até o século XI d.C. O direito germânico evoluiu durante esses séculos, como resultado do **reforço de seu caráter estatal**. A pena mais grave conhecida pelo direito penal germânico foi a “perda da paz” (*Frieldlosigkeit*), que consistia em retirar-se a tutela social ao apenado, com o que qualquer pessoa podia matá-lo impunemente. Nos delitos privados, se produzia a *Faida* ou inimizade contra o infrator e sua família. A *Faida* podia terminar com a composição (*Wertgeld*), consistente em uma soma de dinheiro que era paga ao ofendido ou sua família, ou também mediante o combate judicial, que era uma ordália, ou seja, juízo de Deus. As ordálias eram muito comuns entre os germanos. Todo o seu direito penal tinha um caráter marcadamente individualista.⁶⁵ (sem grifo no original)

Com tais palavras, mesmo que sem menção de referências pelos autores, nota-se a repetida reprodução e consolidação das ideias criadas pelos historiadores do Direito europeus dos séculos XIX e XX sobre o tal “reforço do aparato estatal” entre os germanos na Idade Média, mesmo que tal conceito a respeito de Estado seja anacrônico e impreciso. Outrossim, aparece nítida em tais autores a informação de que a punição mais grave que existiria entre os germanos seria a “perda da paz” que, como já sugerido alhures, não possui respaldo nas fontes latinas antigas e altomedievais italianas a respeito de sua aplicação em larga medida como destacado pelos dogmáticos do Direito Penal contemporâneos.

5 CONCLUSÃO

Para o discurso jurídico cristalizado pelos autores consagrados no âmbito do Direito Penal brasileiro, a Justiça Penal só pode ser exercida por intermédio do Estado, detentor histórico do *ius puniendi* e, por isso, torna-se tão importante a manutenção dos discursos legitimadores de um órgão independente, neutro e impessoal, enfim, estatal e legalista, para controlar e dirimir os conflitos intersubjetivos; mesmo que para isso tenham que ser criadas fantasias, ficções e verdadeiras mitologias sobre tradições jurídicas pretéritas sem apoio em fontes primárias.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: Parte Geral. V. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 167.





Como foi visto no decorrer do presente trabalho, a gênese dos discursos sobre o *ius puniendi* germânico altomedieval foi em um ambiente romantizado do século XIX, em que se procurava unir discursivamente povos semelhantes a um culto de amor à Pátria, divulgando ideias laboradas por historiadores do Direito de que a Alemanha – em vias de unificação – seria uma nação coesa e com laços de cultura jurídica tradicional desde a antiguidade, inclusive sob o manto de um imaginado ente “estatal” centralizante da atividade legislativa e judiciária.

Tendo por base as ideias de Paulo Grossi e Stefano Gasparri, que apontam que a Idade Média não possuía a noção moderna de “Estado” e utilizando-se de fontes primárias – *Leges langobardorum* –, além do marco teórico foucaultiano, foram colacionados e comentados trechos dos textos dos autores estrangeiros mais utilizados como fontes nas resenhas históricas produzidas pelos dogmáticos de Direito Penal no Brasil e pode-se constatar que seus trabalhos foram baseados em pobres e limitadas obras já contaminadas com a – anacrônica – ideologia estatalizante da Justiça; como planejado pelos discursos da modernidade europeia.

Tendo-se em mente que a mera repetição dos dados fornecidos pelos historiadores do Direito não pode ser considerada uma pesquisa científica em busca de significados a respeito do *ius puniendi* germânico, sustenta-se que uma rigorosa pesquisa histórica exige uma análise de fontes primárias disponíveis que tratam sobre os germânicos, traçando-se, na medida do possível, as suas características sociais, políticas e jurídicas, para poder se compreender o exercício do *ius puniendi* no próprio contexto medieval, justamente para que a tão comum metalinguagem acrítica utilizada pelos dogmáticos de Direito Penal não seja instrumento de perpetuação de mitologias jurídicas tão caras à estatolatria presente nos discursos formadores dos juristas do século XXI.

Enfim, o estudo das regulamentações jurídicas medievais em fontes primárias abre novas perspectivas para o estudo da História do Direito no Brasil, porquanto, além de invalidar muitas das mitologias sedimentadas nas obras dos autores já consagrados na dogmática jurídico-penal, tanto no âmbito nacional como no internacional, ainda mostra que a justiça punitiva medieval, ao contrário de representar um monstruoso cenário de tortura e morte patrocinadas pelas potestades, oferecia amiúde oportunidade de se preservar a vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.





AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Le leggi dei longobardi*: storia, memoria e diritto di un popolo germanico. Roma: Viella, 2005.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNNER, Heinrich. *Historia del derecho germánico*. Barcelona: Labor, 1936.

CALISSE, Carlo. *Diritto penale italiano*: dal secolo VI al XIX. Firenze: G. Barbèra, 1895.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Universitaires de France, 2000.

CESAR, Caius Julius. *Comentários (De Bello Gallico)*. Tradução de Francisco Sotero dos Reis. EbooksBrasil. Edição bilíngue português/latim. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cesarPL.html>>, acesso em 08 de abril de 2018.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DAL RI JÚNIOR, Arno; PAULO, Alexandre Ribas de; CASTRO, Alexander de; SONTAG, Ricardo. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

DOLCINI, Carlo. *Guida allo studio della storia medievale*. Torino: UTET, 1997.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. Lisboa: Prevenção, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

_____. *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GASPARRI, Stefano. *Prima delle nazione*: popoli, etnie e regni fra antichità e Medioevo. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1997.

GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.





_____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. V. V. 4ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. V. I; T.1. 5ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*: Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1964.

LE GOFF Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995.

LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. *Dicionário temático do ocidente medieval*: V. I. Bauru: EDUSC, 2006.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*: Traducido de la 8ª Edición Alemana y adicionado com la Historia del Derecho Penal em España por Quintiliano Saldaña. Tomo Primero. Madrid: Instituto Editorial Reus, 192?.

LOT, Ferdinand. *O fim do mundo antigo e o princípio da idade média*. Lisboa: Edições 70, 1980.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: Tomo I. Buenos Aires: Vallerra Ediciones, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1971.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1. São Paulo: RT, 2010.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. V. 4. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968.

SAVIGNY, Federico Carlo di. *Storia del diritto romano nel medio evo*. Roma: Multigrafica, 1972.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo stato moderno in europa: istituzione e diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 163-205.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Konfino, 1950.





TÁCITO, Publius Cornélio. *Germânia*. Tradução de João Penteadó Erskine Stevenso. EbooksBrasil. Edição bilíngue português/latim. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/germania.html#2L>>, acesso em 08 de abril de 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Fundamentos da história do direito*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral*. V. 1. São Paulo: RT, 2007.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 11/05/2023.

Aceito em: 10/12/2024.

