

## O DIREITO PENAL DAS SOCIEDADES SIMPLES – EDITORIAL

*Cláudio Brandão*<sup>1</sup>

O Direito Penal sempre esteve presente na vida humana em sociedade. Deste modo, o Direito Penal fez-se presente nas sociedades simples, chamadas impropriamente pelos historiadores do direito penal de sociedades primitivas e a prova da sua existência é apresentada através de muitos testemunhos corporais que puderam conservar-se através dos tempos<sup>2</sup>. Quando projetamos a nossa reflexão sobre a norma penal, poderemos constatar que nem sempre ela teve o conteúdo e a forma que assinalamos atualmente para a mesma. Parafraseando Zaffaroni, deve-se fazer notar que a história da norma penal primitiva nos mostra um dos períodos mais sangrentos da história, que provavelmente custou mais vidas à humanidade que todas as guerras juntas, devendo salientar-se também que aqueles castigos, de tão aberrantes e cruéis, são mais susceptíveis de ferir a sensibilidade humana do que a própria guerra<sup>3</sup>. Assim, o Direito Penal primitivo é sinônimo de infligência de

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Professor Titular da UFPE. Editor da Revista *Duc in Altum – Cadernos de Direito*

<sup>2</sup> Neste mesmo sentido, Radbruch descreve a pena primitiva entre os germânicos através de testemunhos corporais que puderam conservar-se. Nas regiões pantanosas de Holstein e de Scheleswing, dentre outras, foram encontrados muitos cadáveres: corpos de homens e mulheres que, segundo as evidências, foram sepultados vivos nos pântanos; segundo o autor, estas pessoas eram réus executados desta maneira e, pelo grande número de cadáveres, evidencia-se que essa pena (sepultamento em vida) foi executada com frequência. Gustav Radbruch & Enrique Gwinner. *Historia de la Criminalidad*. Barcelona: Bosch. 1955, p. 20

<sup>3</sup> Eugenio Raul Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar. 1995, p. 318.

penas por demais cruéis, que em nada respeitam a dignidade dos homens que as sofrem, vinculadas a especialíssimas superstições e odiosas práticas. É digno de menção se notar que a evolução da norma penal se deu com o distanciamento desta realidade: a norma penal procurou com o seu desenvolvimento valorizar a dignidade humana e romper com esse período de terror. Somente com a valorização da dignidade humana o Direito Penal passa a ser regido por um componente: a humanização.

Antes de qualquer explicação é necessária uma advertência sobre a sociedade primitiva: o que caracteriza a sociedade primitiva não é a carência de normas, mas a hipertrofia normativa. As normas, por mais duras e desagradáveis que fossem, eram normalmente obedecidas pelos integrantes da sociedade primitiva<sup>4</sup>. Por isso se diz que “o selvagem se converteu não só em um modelo de cidadão cumpridor da lei, mas também se tomou como axioma que, ao submeter-se a todas as regras e limitações de sua tribo, o selvagem não faz mais do que seguir a limitação natural de seus próprios impulsos. (...) O selvagem (...) sente uma reverência profunda pela tradição e aos costumes, assim mostra uma submissão automática a seus mandatos. Os obedece ‘como um escravo’, ‘cegamente’, ‘espontaneamente’, devido a sua ‘inércia mental’, combinado com o medo da opinião pública ou de um castigo sobrenatural”<sup>5</sup>.

Na sociedade primitiva, o Direito Penal tinha um caráter sacerdotal e teocrático. Essa confusão entre Direito Penal e religião é própria da cultura da época, na qual todos os valores, quer políticos quer religiosos, bem como todas as normas da ética e da hono-

---

<sup>4</sup> Bronislaw Malinowsk. *Crimen y Costumbre em la Sociedad Salvaje*. Barcelona:Ariel. 1956, p. 27.

<sup>5</sup> Bronislaw Malinowsk. *Crimen y Costumbre em la Sociedad Salvaje*. Barcelona:Ariel. 1956, pp. 27-28.

rabilidade popular formavam um conjunto entrelaçado<sup>6</sup>. Isto posto, a aplicação da pena era feita pelos sacerdotes visto que o crime era sempre a violação das normas sagradas. Deve-se salientar que o sacerdote gozava de ampla competência penal, porque funcionava como intermediário entre os homens e a divindade; ao aplicar a pena o sacerdote evitaria a ira desta, elidindo o seu castigo sobre o grupo humano.

A pena primitiva era ligada a violação do *tabu*. Essa palavra, de origem polinésica, significava a um só tempo o sagrado e o proibido. Os tabus, enquanto proibições de caráter mágico ou religioso, eram leis dos deuses que não deveriam ser infringidas para não retirar o *poder protetor* da divindade<sup>7</sup>. A sociedade primitiva acreditava que a violação do tabu deveria ser punida neste mundo, e não no mundo existente “após a morte”. Quando um tabu era violado a ira da divindade poderia recair sobre a tribo, causando malefícios a todos os seus membros. A pena primitiva, portanto, tinha por função afastar a ira da divindade e garantir a continuidade do bem estar dos habitantes da tribo que se abstinham de violar o tabu. Neste sentido, é relevante trazer à colação a lição de Hans von Henting, para quem em todos os ritos que acompanham a execução de uma condenação a morte na sociedade primitiva pode-se encontrar um traço evidente da transformação de um sacrifício humano em uma punição jurídica: os deuses ameaçadores, dos céus, castigarão não somente aquele que cometeu o crime, mas toda a tribo; a pena evitaria o castigo sobre a tribo, tornando-se um meio de sua defesa em face do perigo comum. O criminoso,

---

<sup>6</sup> Gustav Radbruch & Enrique Gwinner. *Historia de la Criminalidad*. Barcelona: Bosch. 1955, p. 22.

<sup>7</sup> É a lição de Jiménez de Asúa, *in verbis*: “Aquella serie de prohibiciones, a las que, con una frase polinesica se llama ahora *tapú* o *tabú* tienen origen magico y religioso, y significa retribucion en vida: Edelson Best dice que *tapú* entre los mayores significa prohibicion, una mutiplicación de ‘no harás’. No es incorrecto llamar a esas pñihibiciones la ley de los dioses que no deben ser infringidas. La penalidad, por la desobediencia de esos mandatos tacitos es el retiro de proteccion de la divinidad”. Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, p. 235.

portanto, por ser um inimigo dos deuses da tribo, tornava-se um inimigo da própria tribo<sup>8</sup>.

Do exposto se conclui que a pena tinha um caráter **sacramental**, sendo um sacrifício expiatório oferecido à divindade. Passemos agora, a descrição de alguns institutos do Direito Penal primitivo. Radbruch registra que, entre os germanos, uma forma comum de apenar era o sepultamento com vida nos pântanos, aplicado como pena aos homens que tivessem atitudes efeminadas ou praticassem atos homossexuais, ou ainda às mulheres que fossem adúlteras ou licenciosas; tais suplícios eram sacrifícios expiatórios oferecidos às divindades subterrâneas. A morte por enforcamento, de outro lado, era um sacrifício ao deus Wotan, o deus das tempestades, enquanto que a profanação de um santuário ou roubo de seus tesouros era punida com uma morte expiatória peculiar: o criminoso era levado para a praia, durante o período de maré alta, tinha suas orelhas rasgadas, depois era castrado e, em seguida, sacrificado em expiação às divindades do templo profanado ou roubado<sup>9</sup>.

Outra instituição bastante marcante no Direito Penal primitivo foi o *suplício da roda*. Essa pena representava um sacrifício expiatório à divindade solar, sendo comum, depois do referido sacrifício, expor a roda para o alto, inclusive com o corpo, em oferta à divindade<sup>10</sup>. O *suplício da roda* consistia em prender o corpo do condenado a um apoio para depois dilacerar seus membros com uma grande roda, o dilaceramento se dava através da separação dos membros do próprio corpo; após o dilaceramento dos membros, prendia-se o corpo ainda vivo na própria roda, para em seguida colocá-lo no alto, numa

---

<sup>8</sup> Cf. Hans von Henting. *La Pena. Origine – scopo – psicologia*. Milão: Frateli Boca. 1942, p. 40.

<sup>9</sup> Gustav Radbruch & Enrique Gwinner. *Historia de la Criminalidad*. Barcelona: Bosch. 1955, pp. 21-22.

<sup>10</sup> Cf. Hans von Henting. *La Pena. Origine – scopo – psicologia*. Milão: Frateli Boca. 1942, p. 57.

posição elevada. Em um estágio posterior da evolução deste suplício, alguns instrumentos eram utilizados para separar os membros do corpo, como por exemplo a marreta e o porrete.

Na sociedade primitiva, quando alguém violava uma norma penal, havia um grande clamor da tribo, que reagia energeticamente. A pena primitiva, portanto, era uma pena social, isto é, imposta pela sociedade, não se identificando, portanto, com uma vingança individual<sup>11</sup>. A pena era uma reação da tribo àquele que não observou a norma penal, que tinha uma força derivada do costume tribal, rigidamente observado pelos integrantes das tribos. Deste modo, podemos concluir que o Direito Penal da sociedade primitiva não está vinculado à razão, mas está vinculado à superstição e à teologia da época. Em virtude desse irracionalismo, a pena primitiva estava vinculada a superstições especialíssimas e a odiosas práticas, que em nada respeitam o ser humano em sua dignidade.

---

<sup>11</sup> Neste mesmo sentido de pronuncia Franz von Liszt: “La pena primitiva entendida de forma mediata como el resultado del instinto de conservación de la especie tuvo que comportar un carater social desde un principio, y aparecer como una reacción social contra perturbaciones sociales”. Franz von Liszt. *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Granada: Comares. 1995, p. 55.