

O DIREITO PENAL HISPANO- LUSITANO MEDIEVAL: UMA RELEITURA DE LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO

*THE MEDIEVAL
HISPANIC-LUSITANIAN
CRIMINAL LAW: A
REREADING OF LYDIO
MACHADO BANDEIRA
DE MELLO*

Sérgio Luiz Souza Araújo¹

Professor da UFMG

Mônica Fonseca Almeida Santos²

¹Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (1986). Possui mestrado em Direito pela UFMG (1989) e doutorado em Direito pela UFMG (1995), com estágio doutoral na *Université de Paris I (Pantheon-Sorbonne)* (1992). É professor associado IV da UFMG, membro titular do Conselho de Curadores da UFMG e Diretor da Revista Brasileira de Estudos Políticos – RBEP, fundada em 1956.

² Graduada em Direito pela UFMG (2010). É especialista em Direito Público: Controle de Contas,

Mestranda em Direito pela UFMG

Resumo

O presente artigo pretende realizar uma releitura do livro “O direito penal hispano-lusitano medieval”, de Lydio Machado Bandeira de Mello, no intuito de explicitar aspectos interessantes contidos nessa obra, pouco trabalhados pelos estudiosos atuais da História do Direito e, ainda, de recuperar a memória do autor, um dos maiores professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Este trabalho desconstruirá a ideia comum de que o Direito Português foi o Direito Romano evoluído e modificado através dos séculos. Dos anos 400 aos 1260, o *Corpus Juris Civilis*, codificação de Justiniano, não exerceu nenhuma influência na Península Ibérica, o que apenas se modificou com o retorno do absolutismo político. Faz-se inútil buscar no direito hispano-lusitano medieval leis penais elaboradas pelos romanos, já que estes eram casuístas e não conseguiram criar normas criminais nem mesmo para si. Em contrapartida, será possível concluir que o direito penal medieval português, e em

Transparência e Responsabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais – PUCMG (2013) e mestranda na Faculdade de Direito da UFMG. É servidora pública efetiva do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG.

consequência o brasileiro, foi o Direito Penal dos bárbaros germanos, que vigorou na Europa desde a queda do Império Romano, em 500, até aproximadamente 1500, quando começaram a surgir em Portugal os primeiros códigos modernos. Os Forais e as leis gerais ou nacionais supletivas dos bárbaros permaneceram em vigor até o fim da Idade Média. Dessa forma, até as Ordenações Afonsinas, de 1446, o Direito Penal Português foi, em essência, o direito germânico, somente modificado pelos usos e costumes portugueses.

Palavras-chaves

Lydio Machado Bandeira de Melo. História do Direito. Direito Penal medieval. Península Ibérica. Direito Penal Brasileiro.

Abstract

This article intends to do a rereading of the book "The medieval hispanic-lusitanian criminal law", from Lydio Machado Bandeira de Mello, in order to explain interesting aspects contained in this work, little studied by current students of History of Law and also to recover the author's memory, one of the greatest teachers of the Law School of the Federal University of Minas Gerais. This work will deconstruct the common idea that Portuguese Law was Roman Law evolved and changed over the centuries. From the year 400 to the year 1260, the Corpus Juris Civilis, Justinian codification, exercised no influence on the Iberian Peninsula, which only changed with the return of political absolutism. It's useless to look at medieval hispanic-

lusitanian criminal law norms developed by the Romans, since they were casuists and could not create criminal norms even for you. On the other hand, can be concluded that the medieval portuguese criminal law, and as result the brazilian one, was the Criminal Law of the germans barbarians, that prevailed in Europe since the fall of the Roman Empire, in 500, until about 1500, when began to emerge in Portugal the first modern codes. The provincial laws and the general and national subsidiary laws of the barbarians remained in force until the end of the Middle Ages. Thus, until the Afonsinas Ordinances, in 1446, the Portuguese Criminal Law was, in essence, the Germanic Law, only modified by the portuguese uses and customs.

Keywords

Lydio Machado Bandeira de Melo. History of Law. Medieval Criminal Law. Iberian Peninsula. Brazilian Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

Lydio Machado Bandeira de Mello nasceu em 1901, em Abaeté, Minas Gerais. Formado pelo pai juiz para o cristianismo e o serviço do Direito, lecionou Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – FDUFG até setembro de 1972, quando se aposentou compulsoriamente pela idade,

sendo-lhe concedido o título de Professor Emérito e a homenagem de dar à biblioteca da Faculdade de Direito o seu nome.

O Professor foi um autêntico penalista cristão, iniciava o seu entendimento do Direito Penal pela afirmação do livre arbítrio, acreditava mais no perdão e no arrependimento do que no castigo.

A versatilidade do seu saber, a sua intensa atividade mental e a sua incansável capacidade de trabalho intelectual eram excepcionais. A sua produção teórica não se restringia ao Direito Penal, o autor também produziu obras, nem sempre publicadas, de outras áreas do Direito, de cunho religioso, de ética, de sociologia, de filosofia e até de matemática.

Com método de ensino diferenciado, o experiente e culto professor não deu aulas apenas de Direito Penal, mas também, antes de ensinar no curso superior, lecionou Português, Francês, História Universal, Sociologia, Matemática, Ciências Naturais e Filosofia.

O presente artigo pretende realizar uma releitura do livro “O direito penal hispano-lusitano medieval”, no intuito de explicitar aspectos interessantes contidos nessa obra, pouco trabalhados pelos estudiosos atuais da História do Direito, e de recuperar a memória de Lydio Machado Bandeira de Mello, um dos maiores professores da Vetusta Casa de Afonso Pena.

2 REVENDO LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO EM “O DIREITO PENAL HISPANO-LUSITANO MEDIEVAL”

2.1 O Direito Penal das nações germânicas (O Direito Penal dos bárbaros)

Bandeira de Mello inicia a sua obra “O Direito Penal hispano-lusitano medieval” afirmando que o direito penal medieval foi o Direito Penal dos bárbaros, que vigorou na Europa desde

a queda do Império Romano, em 500, até aproximadamente 1500, quando começaram a surgir em Portugal os primeiros códigos modernos.

Ao realizar a análise das legislações germânicas, o professor conclui que os germanos não tinham a noção de pecado, cada homem era o legislador de si mesmo e o defensor exclusivo dos seus direitos pessoais, a origem do Direito se dava na liberdade e na força. Quando alguém violava o direito de outrem, o duelo das armas decidia a quem caberia a razão, estava com o Direito aquele a quem Deus deu a vitória.

A legislação dos bárbaros se limitou a traduzir os costumes do povo, o juiz era apenas um fiscal do combate, a quem incumbia reger a luta, proclamar o vencedor e fazer executar as penalidades cabíveis. O homicídio não era um crime ou um pecado, era um ato natural, em especial no combate das armas. De acordo com Lydio *“para os germanos, só havia dois crimes, redutíveis a um: a traição a si*

mesmo (a covardia) e a traição à Pátria: a incompatibilização com o Divino. Tudo o mais eram acidentes naturais, que só podiam dar lugar a reparações pecuniárias.” (MELLO, 1960, p. 37/38).

As reparações pecuniárias eram deno-minadas composições e se faziam por um entendimento recíproco, por um contrato bilateral. O autor ressalta a elevada conta em que os bárbaros tinham suas mulheres, o que refletia nas composições bem maiores previstas quando a vítima era uma mulher em idade fértil.

Havia apenas três casos em que um germano poderia ser condenado à morte: homicídio de um comandante do exército, introdução de inimigos na província e manobras para entregar a cidade ao estrangeiro. Todos os outros crimes eram resgatados com o simples pagamento da composição tabelada na lei.

2.2 O Direito hispano-lusitano na alta idade-média

O autor inicia o capítulo desconstruindo a ideia de que o Direito Português, e consequentemente o Brasileiro, foi o Direito Romano evoluído e modificado através dos séculos. Afirmar que dos anos 400 aos 1260 o *Corpus Juris Civilis*, Codificação de Justiniano, não exerceu nenhuma influência na península ibérica, o que apenas se modificou com o retorno do absolutismo político.

Em contrapartida, explica que, para se conhecer do Direito Penal Português e Brasileiro, faz-se necessária a análise das leis, usos e costumes dos Germanos, que deitaram por terra as instituições e leis romanas ao dominarem a Europa.

Os bárbaros de origem germânica sempre adotaram a lei do sangue ou da nacionalidade, para eles a lei que rege os atos públicos de um homem é a sua lei nacional, a lei do país em que

nasceu. Dessa forma, foram redigidos dois códigos distintos, um aplicável aos vencidos cidadãos romanos e outro aos vencedores.

Ao consolidarem a conquista da península ibérica, em 506, os visigodos promulgaram o Código Alaricianum, ou *Lex Romana*, que se aplicava exclusivamente aos romanos sob jurisdição dos vencedores. Diferentemente, os visigodos continuaram a reger-se por seus usos e costumes, que foram posteriormente traduzidos na *Lex Visigothorum*.

Este Código foi também respeitado pelos conquistadores árabes (mouras), que, por motivos políticos e religiosos, foram de notável tolerância para com os romanos vencidos, deixando-lhes a religião e as leis. Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação aos visigodos, que proibiram a utilização de quaisquer leis que não se encontrassem no Código Visigótico, sob pena de aplicação de sanção pecuniária.

2.3 Leis bárbaras e leis bárbaras mistas

Lydio ensina que os bárbaros que invadiram a Europa eram analfabetos e guerreiros de nascimento e não trouxeram consigo leis escritas. Não obstante, tocados pela beleza do cristianismo, converteram-se em massa ao Catolicismo e, por influência do clero, alguns deles aceitaram aprender a ler.

Para impor a sua supremacia perante as leis e as doutrinas estrangeiras, os reis visigodos foram os primeiros a elaborar um código nacional, redigido por membros do clero da península ibérica, que fora denominado *Liber Iudiciorum* ou *Lex Visigothorum*.

O Código, porém, possuía dois defeitos que o fizeram cair em desuso. Além de tentar modificar os costumes dos visigodos, ao impor os valores dos bispos e padres que o redigiram, tratava-se de uma norma demasiadamente teórica para um povo analfabeto, recebendo críticas de

Montesquieu, que afirmou: “*As leis dos Visigodos são pueris, canhestras, idiotas; não atingem o fim para que foram feitas; cheias de retórica e vazias de sentido, frívolas no fundo e gigantescas*” (MELLO, 1960, p. 59). De acordo com o filósofo francês as questões não eram mais decididas por leis escritas, mas sim pelos costumes nacionais e locais.

Mesmo fadada ao desuso, a *Lex Visigothorum* influenciou as primeiras leis e praxes da Inquisição, já que continha um livro inteiro contra os hereges e os judeus. O Código proibia aos judeus, sob ameaça de suplícios e confisco: a celebração da páscoa; o casamento pelo ritual israelita; a abstenção de carne de porco ou de outros alimentos que reputavam impuros; e a circuncisão. A esta última, considerada pelos israelitas um sinal da aliança entre Jeová e seu povo, foi prevista pena ainda mais gravosa, a “*mutilação aplicável, por exemplo, aos pais (e aos auxiliares) que a praticassem em seus filhos: castração completa para o pai e amputação do nariz para a mãe.*” (MELLO, 1960, p. 61).

Neste capítulo, o autor divide as leis dos bárbaros em puras, nas quais os costumes dos invasores foram mantidos em sua pureza; e mistas, em que os costumes dos vencedores foram modificados por influência do clero. Dentre as primeiras, o doutrinador cita a *Lex Angliorum et Vuerinorum*, *Hoc Est* e *Thuringorum*, (Lei dos Anglos ou dos Turíngios), estudada de forma mais aprofundada no capítulo seguinte.

2.4 *Lex Angliorum et Vuerinorum, Hoc Est e Thuringorum*

Neste capítulo o autor se dedica a expor e analisar o texto da Lei dos Anglos ou dos Turíngios, de 802 ou 803. Ressalta que, embora os bárbaros não possuíssem dinheiro, grande parte das penas previstas era de natureza pecuniária, dessa forma, para a composição do crime, também podiam oferecer bens diversos, tais como: gado, trigo, móveis, armas, cães, falcões ou terras.

Além do pagamento de soldos (moedas de ouro), ou outro tipo de composição, na maioria dos artigos a lei permite a possibilidade de negação do crime por juramento conjunto. As penas ou exigências para tal juramento eram sempre mais gravosas se praticadas contra um nobre (adalingo) e sempre mais brandas quando se tratava o ofendido de um servo.

A lei também dispõe acerca dos direitos sucessórios, privilegiando o filho em detrimento da filha ou privilegiando a parentela paterna. Interessante ressaltar que, na ausência de filho varão, normalmente o dinheiro e os servos eram transmitidos às mulheres e as terras aos homens. Além disso, determina a norma: “*Se uma mulher livre se casar contra a vontade do pai ou do tutor, perca a herança que já recebeu e mais a herança que tiver a receber.*” (MELLO, 1960, p. 82) e “*É lícito ao homem livre transmitir sua herança para quem quiser.*” (MELLO, 1960, p. 86).

Baseado no disposto nos artigos 46 e 47, o autor

destaca a alta conta em que os turíngios tinham as suas mulheres, sobretudo as mães de filhos pequeninos, já que os homicídios cometidos contra elas eram apenados de maneira bem mais gravosa. Em contrapartida, observa-se que a sanção mais rígida prevista na lei (submissão à ordália dos nove ferros incandescentes) se dava para o caso de a mulher matar seu marido por envenenamento ou, à traição, entregá-lo para ser assassinado.

2.5 O Direito Penal medieval além e aquém dos Pirineus

O autor inicia o capítulo reafirmando a sua tese de que, até o século XV, o Direito Penal da península ibérica foi essencialmente o Direito Germânico puro (ou quase puro), tal qual a Lei dos Turíngios. À época, adotou-se o princípio da territorialidade absoluta, para cada município português ou espanhol que se formava havia uma lei penal autônoma, sendo que a população apenas tomava

conhecimento do previsto em seu próprio Foral (carta municipal). Todavia, para a população das terras exteriores aos municípios, aplicava-se ainda o Direito Penal Visigótico.

Para fortalecer sua tese, o doutrinador compara o livro XXVIII de *“De l'esprit des lois”* de Montesquieu, que descreve a justiça penal bárbara fora das fronteiras da península ibérica, e o livro VIII da *“História de Portugal”* de Alexandre Herculano e afirma que *“os dois livros se entrosam, como se estivessem descrevendo a vida jurídica de um só e mesmo povo”* (MELLO, 1960, p. 91).

Dedica este capítulo a estudar Montesquieu, o qual descreve como os bárbaros da região da França valorizavam a honra, a força e o combate para a solução de seus negócios públicos e particulares. Os crimes verdadeiramente odiosos eram os que nasciam da ardilosidade, da finitura e da astúcia.

A crença no combate e na defesa das mulheres e dos fracos por meio de

campeões que se ofereciam para defendê-las fez nascer o gosto pelo romance de aventuras cavaleirescas, *“este espírito (que não é grego nem romano – porque o grego é tranquilo e o romano é sensual) se perpetuou pelo uso dos torneios, que, unindo os direitos do valor e do amor, imprimiram à galantaria uma grande importância.”* (MELLO, 1960, p. 91).

2.6 O combate judicial

Neste capítulo o autor se dedica, inicialmente, a explicar a filosofia alemã moderna e contemporânea, que, desde Kant, procura encobrir o valor da razão para justificar o egoísmo em busca da vontade de potência, anular o indivíduo e enaltecer a raça, repudiar as ideias de humanidade e paz e justificar o supergermanismo e a guerra.

Para os pensadores Germanos, o indivíduo (isolado, inquieto, ignorante e impotente) é apenas uma parte de um grande todo, a inteligência e a razão não o conduzem à verdadeira interpretação da existência e

o afastam de Deus. Cumpre ao Homem renegar a razão e construir uma tábua de valores suprracionais, o racismo e a guerra devem constituir um ideal, uma vez que os povos são diversos, desiguais e antagônicos. De acordo com Lydio, *“foi assim que a Revolta do Homem contra a Razão precipitou o Mundo na mais tremenda catástrofe de todos os tempos: a guerra de 1939.”* (MELLO, 1960, p. 102).

Da mesma forma, os Germanos de mil anos atrás também não acreditavam na ordem social imposta pela razão. O direito e o poder pessoal eram sinônimos, não havia autoridade que pudesse substituir o indivíduo na avaliação dos seus direitos. O direito era o que se decidia pela sorte das armas, já que não se concebia que Deus pudesse permitir a vitória a quem não tivesse razão.

Dessa forma, só havia um recurso para se chegar a uma solução definitiva de um conflito: a prova pelas armas, o combate em juízo. A finalidade suprema da lei consistia, pois, em impor regras aos combates judiciais,

para que o duelo ocorresse com a máxima lealdade e inteira igualdade de condições.

Nenhuma das partes admitia ser desmentida pela outra parte, nem por uma testemunha, nem, sequer, pelo juiz, quem a desmentisse tinha que com ela combater em igualdade de condições e, por isso, o fraco poderia contratar um campeão. Com a finalidade de evitar a venda da vitória à parte contrária ou o combate sem um forte interesse pessoal, o campeão derrotado tinha o punho decepado.

2.7 Os juízos de Deus na península ibérica

Ensina o autor que o combate punha termo à causa para sempre, assim, os bárbaros não adotavam a apelação para um tribunal superior permitida pelas leis romanas e canônicas. A apelação dos réus era um combate com os juízes, consistia em acusá-los de julgamento falso e bater-se com cada um daqueles que votaram contra ele. Os juízes

ou pares vencidos não deviam perder a vida nem os membros, porém o apelante, conforme o caso, perderia a vida, a coisa contestada ou o interlocutório.

O professor dedica este capítulo especialmente a estudar parte da obra “História de Portugal” de Alexandre Herculano, o qual afirma que, de todos os costumes germânicos, os relativos ao sistema judicial foram os que se mantiveram por mais tempo.

Entre as nações teutônicas, existia solidariedade entre os habitantes, ou seja, a comunidade era responsável pelos atos de cada um dos seus membros. Dessa forma, era comum acontecer a compurgação, na qual um homem livre atestava a inocência de um réu, firmando com o próprio juramento a sinceridade negativa. O compurgador depunha apenas relativamente ao réu e não ao fato, diferenciando-se, assim, da prova testemunhal.

De acordo com Alexandre Herculano, desde o século VIII, o Sistema dos

Juízos de Deus foi gradativamente radicado das monarquias estabelecidas sob a ótica cristã. Das três fórmulas judiciais, a prova caldária (colocar o braço do réu em uma caldeira de água fervente), o ferro em brasa e o combate, apenas as duas últimas continuaram a vigorar na organização judicial dos municípios portugueses.

Após, neste capítulo, Bandeira de Mello explicita a *Lex Visigothorum*, a *Lex Baiuvariorum*, as Ordenações Filipinas e um Código Penal do Uruguai para demonstrar como o Sistema dos Juízos de Deus esteve presente à época.

Por fim, o autor define o Sistema do Juízo de Deus como “*a apelação, feita pela parte, de um tribunal humano para o tribunal de Deus, na esperança, ditada pela Fé, de que Deus ouviria e daria provimento à sua apelação sob a forma de subtração miraculosa ao perigo inerente à prova escolhida.*” (MELLO, 1960, p. 129) e explicita as principais ordálias: o duelo, a prova da cruz, a comunhão, o *panis adjurati*, o *jus feretri*, a caldeira,

a prova do fogo e a prova da água fria.

2.8 Os Forais Portugueses e os Forais Espanhóis

O autor inicia este capítulo conceituando os Forais da seguinte maneira: “*Foral era a carta constitucional de um território a ser povoado e convertido futuramente em município ou província (outorgada pelo rei ou por um senhor territorial com assentimento expresse do rei) englobando o seu código tributário e a lei penal que nele devia vigorar.*” (MELLO, 1960, p. 134). Nos Forais doavam-se territórios às famílias que quisessem povoá-lo (chamados povoadores, homens-bons ou vizinhos); delimitavam-se as terras doadas e as igrejas; fixavam-se tributos, multas e regalias; indicavam-se senhor da vila, autoridades e funcionários; estabeleciam-se os crimes e a maneira de puni-los; e, se conveniente, dispunha-se acerca de direitos civis.

Embora em todos os Forais prevalecesse o Direito Penal Medieval Germânico,

no município ou território dotado da carta constitucional, nem a *Lex Visigothorum*, nem o *Código das Siete Partidas*, nem as Ordenações Afonsinas, Sebastianinas, Manuelinas e Filipinas tinham preferência sobre os Forais. Em geral, o Foral outorgado por um rei era confirmado em sua totalidade pelos seus sucessores, por ser proibida a modificação para pior das disposições e liberdades previstas, mas, principalmente, porque o rei antecessor, ao outorgar a carta, pedia as penas do inferno, da danação e da maldição para o rei sucessor que ousasse desconhecê-la ou desrespeitá-la.

O professor explicita, ademais, a adoção do princípio da territorialidade absoluta das leis penais e fiscais dos municípios protegidos por um foral e a imunidade completa perante as justiças exteriores ao território, esta visando atrair famílias dispostas a povoá-lo.

As Capitânias Brasileiras também dispunham de seus próprios

Forais, que foram outorgados depois das Ordenações Afonsinas e Manuelinas e da instauração da Inquisição em Portugal. Por esse motivo, eram destituídos de influências germânicas e também ofereciam imunidade aos seus habitantes, excetuados somente os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa.

Em Portugal, grande parte dos Forais permaneceu em vigor mesmo depois da promulgação do Código Filipino, em 1603, que em seu texto os manteve expressamente em diversos títulos, tal como: “*E em todos os outros casos conteúdos nesta Ordenação, se guardará o que for determinado nos forais de cada vila, ou lugar, posto que o contrário do que dizem os ditos forais seja disposto nesta ordenação.*” (MELLO, 1960, p. 143/144).

Lydio ensina, por fim, que a coautoria do clero na confecção das leis dos bárbaros germanos quase sempre se evidenciava e que, infelizmente, alguns bispos e potentados cristãos, sob o rótulo do cristianismo, só tinham dentro de si mesmos

avareza e feridade. Introduziam indiscriminadamente gravíssimas penas corporais, até mesmo a pena de morte, mesmo para delitos de pouca ou nenhuma gravidade, como para o furto de coisas de pequeno valor.

2.9 Exemplo de Foral: o Foral de Miranda do Ebro

Para exemplificar os Forais da época, Bandeira de Mello selecionou o Foral do município espanhol Miranda do Ebro, outorgado por D. Afonso VI em 1099. Interessante observar que a norma fora outorgada com a finalidade de povoar Miranda e, para isso, o monarca ofereceu aos homens que a quisessem habitar proteção contra um senhor despótico, além de territórios, vilas, igrejas e extensas propriedades rurais com pomares, vinhedos, pradarias, pastos e rios.

Com essa finalidade, D. Afonso VI também garantiu aos povoadores de Miranda isenção de tributos, liberdade de vender e doar sem restrições, usucapião

para morador que permanecesse na propriedade por mais de um ano e um dia sem protesto, direito de pastagem para os rebanhos, permissão para usar livremente as terras devolutas e as águas do município e proibição de emprego de juízos de Deus e de devassas.

Tratavam as devassas de um costume abusivo, nas quais os maiorinos (juízes) e os saíões (executores das ordens dos maiorinos) procediam de ofício à investigação de um morador suspeito de algum crime. De acordo com Lydio: “*Em Miranda, o maiorino e seu saião só poderiam agir para apurarem a autoria de um crime após a queixa com juramento da vítima ou do parente mais próximo da vítima, a quem pertencesse a acusação.*” (MELLO, 1960, p. 225).

Ademais, o Foral protegia os povoadores de diversas arbitrariedades passíveis de serem cometidas pelos meirinhos e seus saíões, autoridades judiciais e fiscais da Vila. Prevvia, por exemplo, pena de morte ou permissão para matar no caso de violação de domicílio por

uma autoridade e pena corporal para o saião culpado de concussão.

Interessante também o fato de que se punia a tentativa de homicídio da mesma forma que o crime consumado, cortando a mão do criminoso. Lydio ressalta que o cortamento da mão em alguns casos de tentativa perdurou no direito penal português até o século VIII, sendo prevista também nas Ordenações Filipinas.

O Foral de Miranda previa a territorialidade absoluta de suas leis, sobrepondo-se inclusive às normas do rei, determinando: *“Se algum povoador desta vila pedir justiça ao senhor que manda na vila e este lhe disser “Ide comigo ao rei”, o povoador não vá com ele para fora das divisas de Miranda, mas responda-lhe que julgue de acordo com o foral de Miranda.”* (MELLO, 1960, p. 198).

O Foral de Miranda do Ebro foi confirmado por toda a sucessão de reis a que a vila esteve subordinada até o ano de 1794.

2.10 Um Foral curto e interessante: o Foral de Milmanda

Bandeira de Mello passa, então, a explicitar o Foral de Milmanda, outorgado pelo Rei Afonso IX, em Banavente, Portugal, em junho de 1199.

Interessante observar que, mesmo possuindo texto extremamente curto, se comparado com o Foral de Miranda do Ebro, o Foral de Milmanda reservava espaço para regulamentar situações bastante peculiares. A norma admitia, por exemplo, a surra e o castigo, mesmo se resultante de morte, para alguns casos. Dessa forma, em Milmanda era possível o marido castigar sua mulher, os pais castigarem seus filhos e, ainda, o mestre em alguma arte ou disciplina punir seus discípulos, não devendo o castigador ser tratado como homicida.

Além disso, o Foral também protegia o direito de propriedade, proibia um vizinho de ferir a outro com arma proibida e protegia o

habitante contra calúnias, injúrias e agressões corporais.

2.11 Leis penais nacionais supletivas ou complementares das leis penais vilãs (supletivas dos Forais)

Os Forais eram contratos bilaterais celebrados entre o rei e os candidatos a povoadores de uma região erma e devastada que acabara de se libertar do invasor mouro. Com aparência de contrato unilateral, no Foral o rei prometia por si e por seus sucessores, sob pena de danação para o sucessor que não mantivesse a carta, vantagens, isenções tributárias e privilégios para os povoadores, sob a condição de que tomassem a terra como habitat perpétuo e se pusessem como súditos fiéis do rei doador.

Nesse sentido, transcreve-se trecho do Foral de Frieira, outorgado pelo Rei Afonso IX em janeiro de 1206, que previa em favor dos povoadores: “*E por força deste foral vos tenhais por livres e absolvidos de quaisquer tributos,*

do que couber ao rei na calúnia ou composição pelo assassinato, ou de qualquer pena ou imposição pecuniária.” (MELLO, 1960, p. 241).

Todavia, de acordo com Lydio, os Forais não foram a única legislação hispano-lusa medieval na época da reconquista. A *Lex Visigothorum* ou *Fuero Juzgo* continuava em vigor nas cidades e vilas, sendo inclusive dada como Foral nas cidades importantes, denominadas cortes, tais como Madrid e Toledo.

Além disso, ao lado das leis locais o rei promulgava leis gerais ou nacionais, que também deveriam vigorar dentro das vilas acobertadas pelos Forais. Via de regra, os Forais regulamentavam apenas os crimes contra a pessoa, enquanto as leis penais nacionais, aplicáveis a todo e qualquer município, preocupavam-se em apenar em especial os crimes contra o patrimônio.

O rei e o clero que o cercava temiam perder seus bens e privilégios, motivo pelo qual se punia de maneira

bem mais severa os ladrões, “*muitos dos quais mandou cozinhar vivos*” (MELLO, 1960, p. 246). Nesse sentido, as leis nacionais não reconheciam os ladrões como vizinhos e a autoridade que não se esforçasse para prender e matar os ladrões era punida, tida como inimiga do rei e excomungada pelo bispo.

O autor afirma também que assim se iniciou o apreço do clero espanhol às riquezas e ao poder, que o conduziu por três séculos a monstrosidades anticristãs indesculpáveis, dente elas a inquisição espanhola.

2.12 Origens do júri atual

Bandeira de Mello afirma que ao estudar as leis gerais ou nacionais de Afonso IX, conjuntamente com os forais e com uma lei germânica mista, é possível concluir que pouco faltou para que o júri nascesse também na Espanha, como surgiu na Inglaterra. Os crimes eram divididos em duas classes, os que tornavam o réu um *forfectosus*, um irresgatável, posto à margem

da lei e os resgatáveis mediante uma composição ou calúnia.

Os crimes que tornavam o réu um *forfectosus* eram regulamentados por leis nacionais, independentes e exteriores aos forais, tornavam o réu indesejável, punham-no à mercê de qualquer pessoa que o quisesse matar e seus bens deviam ser confiscados para o tesouro real. Já os crimes resgatáveis mediante composição ou calúnia eram apenados somente nos forais, não faziam do réu um inimigo público e seus bens continuavam a pertencer ao criminoso ou à sua família.

Além disso, os crimes irresgatáveis deviam ser apurados pelos *exquisidores*, diante dos quais o réu deveria comparecer, sob pena de revelia, a qual possuía valor de confissão de culpa. Caso o réu fosse considerado culpado e se tornasse um malfeitor escrito, as autoridades judiciais (meirinhos e saíões) deviam prendê-lo e matá-lo.

Lydio realiza, então, um paralelo entre as normas

da Península Ibérica com as da Inglaterra anglo-saxônica. De acordo com o autor: “*Faltou aos espanhóis e portugueses apenas completarem a acusação mediante exquísidores (tais como se veem nas leis de Afonso IX) com um julgamento por meio de homens bons, formando um pequeno júri ou júri de julgamento.*” (MELLO, 1960, p. 265/266).

Neste capítulo o professor explicita a história jurídica e as normas britânicas e afirma que os crimes irresgatáveis, também denominados *felonies*, são muito similares com os crimes *botless* ingleses; um *forfectosus* é o mesmo que um *outlaw*, um inimigo público, sem direito à paz; o crime resgatável é o mesmo que as *transgressions* da Inglaterra; e o *corpo de exquísidores* é bastante similar ao *grande jury* inglês medieval.

2.13 O Direito Penal Português, de 1350 a 1500

No capítulo final de seu livro, Bandeira de Mello defende a tese de que somente a partir de 1385 que o Direito Romano Medieval,

direito dos romanos já vencidos pelos bárbaros, passou a ser aplicável em Portugal. Contudo, os Forais e as leis gerais ou nacionais supletivas permaneceram em vigor até o fim da Idade Média, por volta do ano de 1500.

Foi no reinado de Dionísio, que durou quarenta e seis anos, que se introduziu no Foro o uso da Língua Portuguesa. Além disso, Dionísio fundou a Universidade de Lisboa, criou as cadeiras de Direito Civil ou Romano e Canônico e mandou traduzir o Código das Sete Partidas, de Afonso X de Castela.

Iniciou-se, com isso, o início da influência do Direito Romano no Direito Português, o que já estava acontecendo na maior parte do continente europeu. Todavia, somente no reinado de Fernando I, a partir de 1371, foi que o Direito Romano começou a ser aplicado conjuntamente com as leis lusitanas.

Contudo, Lydio ressalta que os portugueses não concordaram em abrir

mão do Foral de seu Município, dizendo que os lusitanos “*se usaram direito peregrino (Civil ou romano) ou canônico, foi apenas para sanarem deficiências ou dissiparem dúvidas e, ainda assim, com extrema parcimônia e na qualidade de subsidiário.*” (MELLO, 1960, p. 304).

O autor conclui o seu livro reafirmando, por fim, que até as Ordenações Afonsinas, de 1446, o Direito Penal Português foi, em essência, o direito germânico, somente modificado pelos usos e costumes portugueses.

3 CONCLUSÃO

O Direito Penal é o mais antigo e controverso ramo do Direito, na antiguidade e na idade média as normas penais eram elaboradas de acordo com as ideologias e as arbitrariedades do soberano, que eram muitas vezes excessivas, injustas, contraditórias e desumanas. Não havia definições doutrinárias firmes e universais a respeito do que era o crime, o delito e a

contravenção. As divisões e as classificações das infrações penais variavam de povo para povo, de época para época, exigindo de cada Estado inúmeras reformas criminais, sempre inconsistentes e pouco duradouras.

À época, os povos não eram doutrinadores, mas sim casuístas, tratavam exclusivamente de um reduzido número de crimes e somente daqueles que lesavam significativamente a ordem social. O direito era imposto pelas reais necessidades da vida em sociedade, proibiam-se as ações e omissões na medida em que elas iam apontando e ameaçando os habitantes de um Estado.

Dessa forma, até a queda do império com a invasão vitoriosa dos bárbaros, os romanos não possuíam uma Ciência do Direito Penal, uma legislação penal consolidada, uma sistematização dos crimes, ou até mesmo palavras adequadas que designassem crime, delito ou contravenção. É inútil, então, buscar no Direito Penal

hispano-lusitano medieval leis penais elaboradas pelos romanos, já que estes não conseguiram criar normas criminais nem mesmo para si.

Por esse motivo Lydio afirma que aos portugueses e aos brasileiros muito mais interessa a legislação visigótica, redigida inteiramente em latim pelo clero católico, que vigorou na Península Ibérica desde o século VI até o Código das Sete Partidas, promulgado em 1260 por Afonso X.

Faz-se interessante conhecer e compreender o pensamento de Bandeira de Mello e suas reflexões diferenciadas, profundas e coerentes acerca da História do Direito Penal. Suas manifestações sinceras e fulminantes, cheias de fé cristã, revelam uma personalidade muito original, o que apenas engrandece a sua obra. Este artigo foi uma tentativa de mostrar os interessantes aspectos centrais do livro “O direito penal hispano-lusitano medieval”, no qual o professor desfaz conceitos já predefinidos e, ainda, instigar

o leitor a conhecê-la de forma mais profunda.

REFERÊNCIAS

CRIVELLARI, Thiago Fernando Miranda. **Uma Lydioscopia: elementos da vida e da obra de Lydio Machado Bandeira de Mello.** Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2012v60p547/179>>. Acesso em 11/05/2015.

LOPES, Jair Leonardo. **Discurso, no Instituto dos Advogados Mineiros, em homenagem ao Prof. Lydio Machado Bandeira de Mello.** Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/anexos/article/151/Professor%20Lydio%20Machado%20Bandeira%20de%20Mello.doc>>. Acesso em 13/05/2015.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. **O direito penal hispano-lusitano medieval**, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1960.

PIRES, Ariosvaldo de
Campos. **Ideias e vultos do
direito**, Belo Horizonte, Del
Rey, 1993, 2. ed.