

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

***MALLEUS MALEFICARUM* E AS ORIGENS DO SABER  
PENAL CONTEMPORÂNEO: uma contribuição à história  
dos pensamentos criminológicos**

**JOÃO LUIZ DE CARVALHO BOTEGA**

**Itajaí-SC**

**2016**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

***MALLEUS MALEFICARUM* E AS ORIGENS DO SABER  
PENAL CONTEMPORÂNEO: uma contribuição à história  
dos pensamentos criminológicos**

**JOÃO LUIZ DE CARVALHO BOTEGA**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em  
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –  
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título  
de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão**

**Itajaí-SC**  
**2016**

## AGRADECIMENTOS

O final da jornada se aproxima e, com isso, faz-se necessário agradecer àqueles que de uma forma ou de outra contribuíram para essa dissertação, mesmo correndo o enorme risco de esquecer algumas pessoas tão importantes quanto as que serão aqui nominadas.

Gostaria de agradecer, então, à minha família: meus pais, que me deram, com muita dedicação e amor, as condições de estar onde estou hoje; meu irmão, que se transformou em exemplo de coragem e maturidade; meus tios e minhas tias (tia Quel, olha você aqui!), que sempre estiveram tão presentes na minha vida; meus avôs e minhas avós, a Nona que nos deixou recentemente e a Vozinha que segue firme superando com uma força indescritível os desafios da vida.

Agradecer também aos amigos, que me toleram, pelas conversas das mais banais às mais instigantes; à família da Anne, pessoas extraordinárias que me receberam de forma tão afável e carinhosa; a todos aqueles com quem trabalhei ou que trabalharam comigo, em especial meus competentíssimos assistentes que me acompanharam durante esses dois anos de mestrado: Deize, Junior e Henrique; à querida amiga Horacy, juíza dedicada e humana, que conseguiu conciliar o inconciliável – minhas aulas do mestrado em Itajaí e a extensa pauta de audiências na comarca de Ascurra.

Aos professores, funcionários e colegas do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, em especial ao Professor Paulo de Tarso Brandão, orientador deste trabalho, que me deu plena liberdade de escrita e incentivou desde o início o tema – um tanto inusitado – que escolhi.

Ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pelo apoio institucional, na esperança de que cada vez mais os operadores do direito se sensibilizem da importância da academia e do pensamento crítico para o exercício de suas funções; e aos colegas de profissão que, não obstante todo o volume de trabalho que enfrentam diariamente, resolveram encarar comigo este mestrado: Rodrigo e Alexandre. Por fim, ao pequeno gato Miguel, que enquanto eu escrevia esta dissertação mordida feroz e incessantemente meu pé.

Para Anne, coautora desta dissertação,  
minha contemporânea (Galeano), que me  
traz *del sueño otro sueño* (Neruda): *mire*  
*donde mire te veo* (Drexler)

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 30 de junho de 2016.

**João Luiz de Carvalho Botega**  
**Mestrando(a)**

PÁGINA DE APROVAÇÃO  
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

*“Um sistema de desvínculos: para que os calados não se façam perguntas, para que os opinados não se transformem em opinadores. Para que não se juntem os solitários, nem a alma junte seus pedaços. O sistema divorcia a emoção do pensamento como divorcia o sexo do amor, a vida íntima da vida pública, o passado do presente. Se o passado não tem nada para dizer ao presente, a história pode permanecer adormecida, sem incomodar, no guarda-roupa onde o sistema guarda seus velhos disfarces.*

*O sistema esvazia nossa memória, ou enche a nossa memória de lixo, e assim nos ensina a repetir a história em vez de fazê-la. As tragédias se repetem como farsas, anunciava a célebre profecia. Mas entre nós, é pior: as tragédias se repetem como tragédias”.*

(Eduardo Galeano)

*“Onde há poder, há resistência”.*

(Michel Foucault)

## ROL DE CATEGORIAS<sup>1</sup>

**Poder punitivo.** Forma de coação estatal caracterizada por sanções diversas daquelas utilizadas pelos demais ramos do saber jurídico: as penas<sup>2</sup>. O poder de aplicar penas passou a ser monopólio estatal no século XI, época do advento das monarquias nacionais, com a expropriação do conflito da vítima por parte do Estado centralizado.

**Sistema penal.** Todas as sociedades que institucionalizam o poder sob a forma de Estado selecionam um pequeno número de pessoas que serão submetidas à sua coação, com a finalidade de impor-lhes uma pena. Ao conjunto de agências que viabilizam e desenvolvem essa seleção penalizante, chamada de “criminalização”, dá-se o nome de sistema penal<sup>3</sup>.

**Estado de direito.** Aquele que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam. Na visão de Zaffaroni, “não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados”<sup>4</sup>.

**Idade Média.** Período da história europeia compreendido entre a queda do Império Romano do Ocidente, no século V, e o início da chamada Idade Moderna, no século XV.

**Inquisição medieval.** Com o objetivo de controlar os movimentos heréticos e lidar com os desvios religiosos, a Inquisição medieval nasce a partir da bula *Ad abolendam*, do Papa Lúcio III, no ano de 1184, e se institucionaliza com o quarto Concílio de Latrão, em 1215, e com a indicação de membros das recém fundadas ordens mendicantes (especialmente os dominicanos), em 1220. Com a Inquisição, a igreja tentava obrigar a conformação religiosa por meio da perseguição e da punição aos desviantes com a utilização de investigadores instruídos que eram fiéis seguidores da ortodoxia católica, os quais estavam sempre em contato próximo com

---

<sup>1</sup> “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. p. 45).

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 39.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. p. 43.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. p. 41.

autoridades seculares.<sup>5</sup>

**Iluminismo.** Período do pensamento europeu caracterizado pela ênfase na experiência e na razão, pela desconfiança em relação à religião e às autoridades tradicionais e pelo surgimento do ideal das sociedades liberais, seculares e democráticas. O Iluminismo está associado, também, a uma concepção materialista dos seres humanos, a um otimismo quanto ao seu progresso por meio da educação e a uma perspectiva utilitarista da sociedade e da ética. Apesar de já estar presente em textos de Bacon, Hobbes e Descartes no século XVII, o completo florescimento do pensamento iluminista se deu no século XVIII, especialmente na França, na Escócia e na Alemanha<sup>6</sup>.

**Classicismo (ou “Escola Clássica”).** Convencionou-se chamar de “Escola Clássica” o conjunto de teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena desenvolvidos em diversos países europeus entre o século XVIII e meados do século XIX, à luz da filosofia política liberal clássica. Os maiores representantes do primeiro período do classicismo, chamado de “filosófico”, foram Cesare Beccaria (1738-1794), Jeremias Bentham (1748-1832) e Pablo Anselmo von Feuerbach (1775-1833). Já em seu período “jurídico” destacam-se Francesco Carrara (1805-1848), Giovanni Carmignani (1768-1847) e Pellegrino Rossi (1781-1848). Muito embora não se trate de um bloco monolítico, porquanto a categoria “classicismo” abriga um sem-número de tendências divergentes e até mesmo opostas, pode-se dizer que a chamada Escola Clássica se caracteriza, acima de tudo, por uma unidade metódica e ideológica.<sup>7</sup>

**Positivismo (ou “Escola Positiva” italiana).** Influenciada pelo positivismo comteano, pelo evolucionismo de Darwin e pela obra de Spencer, a Escola Positiva consistiu em um movimento de pensamento surgido na década de setenta do século XIX, em contraposição ao classicismo, que teve como maiores representantes e divulgadores Cesare Lombroso (1836-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele

---

<sup>5</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2009. p. 10.

<sup>6</sup> BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia.** Consultoria da edição brasileira de Daniel Marcondes. Tradução de Desidério Murcho Et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 196.

<sup>7</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica.** Do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 45.

Garofalo (1851-1934).<sup>8</sup>

**Criminologia etiológica.** Paradigma forjado pela Escola Positiva, segundo o qual a criminologia, definida como ciência causal-explicativa do fenômeno da criminalidade (com emprego do método experimental e de estatísticas criminais), assume a tarefa de explicar as causas do crime e de prever os remédios para evitá-lo. A partir dos pressupostos positivistas, surge a possibilidade de explicar cientificamente as causas do crime e, em consequência, promover uma luta científica contra a criminalidade, em cujo combate o classicismo teria supostamente fracassado.<sup>9</sup>

**Criminologia crítica.** Conjunto de obras que, desenvolvendo as indicações metodológicas dos teóricos do paradigma da reação social e do conflito, e partindo das conclusões a que haviam chegado os criminólogos radicais e novos, aderem a uma interpretação materialista (e, em alguns casos, marxista) dos processos de criminalização nos países do capitalismo avançando<sup>10</sup>. A criminologia crítica recupera a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que geram, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem das classes subalternas ou das classes dominantes.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica.** Do controle da violência à violência do controle penal. p. 60.

<sup>9</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica.** Do controle da violência à violência do controle penal. p. 75.

<sup>10</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica.** Do controle da violência à violência do controle penal. p. 188.

<sup>11</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica.** Do controle da violência à violência do controle penal. p. 217.

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |              |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| RESUMO .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | p. 13        |
| RESUMEN .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | p. 14        |
| INTRODUÇÃO .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | p. 15        |
| <b>1 A EPISTEMOLOGIA DA HISTÓRIA, O <i>MALLEUS MALEFICARUM</i> E SEU CONTEXTO HISTÓRICO</b> .....                                                                                                                                                                                                                                                                              | <b>p. 18</b> |
| 1.1 O MÉTODO DE ANÁLISE DA CRIMINOLOGIA HISTÓRICA: POR UM “MATERIALISMO-HISTÓRICO-ABERTO” DA “HISTÓRIA DO TEMPO PRESENTE” .....                                                                                                                                                                                                                                                | p. 18        |
| 1.2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO <i>MALLEUS MALEFICARUM</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |              |
| 1.2.1 O nascimento das primeiras monarquias europeias, a expropriação do conflito da vítima e o surgimento das figuras da infração e do inquérito .....                                                                                                                                                                                                                        | p. 27        |
| 1.2.2 Sobre o <i>Malleus Maleficarum</i> : suas bases, seus autores, sua composição e publicação e seu significado histórico .....                                                                                                                                                                                                                                             | p. 31        |
| 1.3 UMA RESENHA DO <i>MALLEUS MALEFICARUM</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | p. 39        |
| 1.3.1 Primeira parte: das três condições necessárias para a bruxaria: o diabo, a bruxa e a permissão de Deus todo-poderoso .....                                                                                                                                                                                                                                               | p. 41        |
| 1.3.2 Segunda parte: dos métodos pelos quais se infligem os malefícios e de modo podem ser curados .....                                                                                                                                                                                                                                                                       | p. 51        |
| 1.3.3 Terceira parte: que trata das medidas judiciais no tribunal eclesiástico e no civil a serem tomadas contra as bruxas e também contra todos os hereges; que contém XXXV questões onde são clarissimamente definidas as normas para a instauração dos processos onde são explicados os modos pelos quais devem ser conduzidos, e os métodos para lavrar as sentenças ..... | p. 59        |
| <b>2 OS CAMINHOS DO SABER PENAL CONTEMPORÂNEO</b> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | <b>p. 70</b> |
| 2.1 UMA LACUNA NA HISTORIOGRAFIA DOS PENSAMENTOS CRIMINOLÓGICOS .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | p. 71        |
| 2.2 BECCARIA E O SABER PENAL ILUMINISTA .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | p. 74        |
| 2.3 O PARADIGMA POSITIVISTA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA DE LOMBROSO .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | p. 81        |

2.4 O PENSAMENTO PENAL CONTEMPORÂNEO: “LEI E ORDEM”, TOLERÂNCIA ZERO E DIREITO PENAL DO INIMIGO..... p. 87

2.5 AS CRÍTICAS EM RELAÇÃO À QUESTÃO CRIMINAL A PARTIR DO REALISMO MARGINAL DE ZAFFARONI..... p. 100.

**3 O QUE RESTA DO *MALLEUS MALEFICARUM*?**..... p. 107

3.1 É IMPORTANTE ESTUDAR O *MALLEUS MALEFICARUM* HOJE? DA “ABERRAÇÃO PARANÓICA” À “RACIONALIDADE JUSTIFICADA”..... p. 108

3.2 A LÓGICA DA INQUISIÇÃO DO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO..... p. 115

3.3 A CRÍTICA COMO HERESIA..... p. 125

3.4 O NASCIMENTO DO MANIQUEÍSMO CRIMINAL: A “GUERRA” DO BEM CONTRA O MAL..... p. 131

3.5 DO DIREITO PENAL DA EMERGÊNCIA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO..... p. 141

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

## **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS**

## RESUMO

A presente Dissertação, inserida na linha de pesquisa “Direito e Jurisdição”, tem por objetivo verificar se os discursos sintetizados no *Malleus maleficarum*, livro escrito há mais de quinhentos anos por dois freis dominicanos, têm repercussão no pensamento criminológico e na prática judiciária criminal da atualidade. No primeiro capítulo, utilizando-se de um método “materialista-histórico-aberto” da “história do tempo presente” proposto a partir das obras de Marx, Benjamin e Foucault, procede-se à investigação do contexto histórico que culminou com a publicação do livro, abordando suas bases legais, intelectuais e eclesiásticas, e passa-se à resenha da obra em sua integralidade, destacando os principais elementos de cada um de seus três capítulos. O segundo capítulo se dedica à análise dos “caminhos” de formação do saber penal contemporâneo a partir de Beccaria e Lombroso (não sem antes identificar uma lacuna na historiografia dos pensamentos criminológicos, consistente na ausência de estudos sobre o tema em períodos anteriores ao Iluminismo) e à definição dos caracteres fundamentais do pensamento penal da atualidade, abordando, para tanto, as doutrinas de lei e ordem, tolerância zero e direito penal do inimigo, bem como as críticas em relação à questão criminal a partir do realismo-marginal de Zaffaroni. No terceiro e último capítulo, passa-se a identificar os pontos de encontro entre o saber penal contemporâneo e os discursos presentes no *Malleus maleficarum*, destacando-se a permanência da lógica da inquisição, a visão da crítica como “heresia”, o “maniqueísmo criminal” e o continuísmo da estrutura discursiva do direito penal da emergência, que acaba se transformando em direito penal do inimigo. Por fim, chega-se à conclusão de que as estruturas discursivas edificadas pela primeira vez no “Martelo das Feiticeiras” são condicionantes das subjetividades contemporâneas e renascem a cada vez que alguém elabora um discurso legitimador do sistema penal. Diante disso, constata-se a necessidade de se fomentar o estudo não apenas dos discursos da Inquisição medieval (do qual o *Malleus maleficarum* é uma síntese tardia), mas de todas as manifestações do poder punitivo anteriores ao Iluminismo, uma vez que a investigação genealógica das “verdades” do tempo presente é fundamental para a compreensão do que se sucede no atual momento de ampliação do poder punitivo.

**Palavras-chave:** criminologia histórica; realismo marginal; Idade Média; *Malleus maleficarum*; saber penal contemporâneo.

## RESUMEN

Esta tesis, inserta en la línea de investigación "Derecho y Jurisdicción", tiene como objetivo verificar si los discursos sintetizados en el *Malleus Maleficarum*, libro escrito hace más de quinientos años por dos frailes dominicos, tienen repercusiones en el pensamiento criminológico y en la práctica judicial penal actual. Para eso, en el primer capítulo se va a investigar el contexto histórico que condujo a la publicación del libro, atendiendo a sus fundamentos legales, intelectuales y eclesiásticos, y se pasa a la revisión de la obra en su totalidad, destacando los elementos claves de cada uno de sus tres capítulos; se utilizó en esta investigación un método "materialista histórico abierto" de la "historia del presente", propuesto a partir de las obras de Marx, Benjamin y Foucault. El segundo capítulo está dedicado al análisis de los procesos de formación del saber penal contemporáneo a partir de Beccaria y Lombroso (no antes de identificar un vacío en la historiografía de los pensamientos criminológicos, consistente en la falta de estudios sobre el tema en los períodos anteriores a la Ilustración) y a la definición de los caracteres fundamentales del pensamiento penal actual, abordando, para eso, las doctrinas de ley y orden, la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo, así como las críticas a la cuestión criminal a partir del realismo marginal de Zaffaroni. En el tercer y último capítulo son identificados los puntos de encuentro entre el saber penal contemporáneo y los discursos presentes en el *Malleus Maleficarum*, destacando la permanencia de la lógica de la inquisición, la visión de la crítica como "herejía", el "maniqueísmo penal" y la continuidad de la estructura discursiva del derecho penal de la emergencia, que se acaba convirtiendo en derecho penal del enemigo. Por último, se llega a la conclusión de que las estructuras discursivas construidas por primera vez en el "Martillo de las Brujas" son condicionantes de las subjetividades contemporáneas y renacen cada vez que alguien desarrolla un discurso legitimador del sistema penal. Por lo tanto, señala la necesidad de fomentar el estudio no solo del discurso medieval de la Inquisición (del cual *Malleus Maleficarum* es la síntesis tardía), sino de todas las manifestaciones del poder punitivo anteriores a la Ilustración, ya que la investigación genealógica de las "verdades" de nuestro tiempo es fundamental para la comprensión de lo que está ocurriendo en el presente momento de expansión del poder punitivo.

**Palabras clave:** Criminología histórica; Realismo marginal; Edad Media; *Malleus maleficarum*; Saber penal contemporáneo.

## INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é verificar se os discursos sintetizados na obra *Malleus maleficarum* têm repercussão no saber penal contemporâneo. Ou seja, em outras palavras, o problema que se apresenta nesta investigação é descobrir e identificar em que medida e em quais pontos as ideias e práticas desenvolvidas no “Martelo das feiticeiras” encontram-se presentes no saber penal contemporâneo.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Há uma lacuna na historiografia do pensamento criminológico moderno, que desconsidera manifestações do poder punitivo existentes nos períodos anteriores aos séculos XVIII e XIX, sobretudo as da Idade Média.

b) A criminologia, o direito e o processo penal, como integrantes de um único modelo integrado de ciências criminais, não nascem com o Iluminismo, pois existem desde o surgimento do poder punitivo. Este, por sua vez, nasce concomitantemente com o Estado (medieval) e a expropriação da função jurisdicional por parte do soberano, que passa a ser parte lesada pela prática de um delito (infração).

c) O primeiro modelo integrado de criminologia (etiológica), direito penal e processo penal aparece no livro *Malleus maleficarum* ou Martelo das feiticeiras, escrito em 1484-86 por James Sprenger e Heinrich Kramer.

d) Os discursos presentes no *Malleus maleficarum* ultrapassaram o período medieval e influenciaram o pensamento criminológico e a prática judiciária criminal da atualidade, podendo-se identificar pontos de encontro com o saber-poder penal contemporâneo.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a análise e exposição do método de

investigação histórica que será empregada neste trabalho, a partir das obras de Marx, Benjamin e Foucault, propondo-se um “materialismo-histórico-aberto” da “história do tempo presente”; depois, investiga-se o contexto histórico que culminou com a publicação do livro *Malleus maleficarum*, abordando o nascimento das primeiras monarquias europeias e o surgimento das noções de infração e inquérito, bem como as bases legais, intelectuais e eclesiásticas da obra, quem foram seus autores, de que forma se deu sua composição e publicação e qual foi seu significado histórico; e, por fim, elabora-se uma resenha do próprio livro *Malleus maleficarum*, destacando os principais elementos de cada um de seus três capítulos, quais sejam: Primeira parte: das três condições necessárias para a bruxaria: o diabo, a bruxa e a permissão de Deus todo-poderoso; Segunda parte: dos métodos pelos quais se infligem os malefícios e de modo podem ser curados; e Terceira parte: que trata das medidas judiciais no tribunal eclesiástico e no civil a serem tomadas contra as bruxas e também contra todos os hereges; que contém XXXV questões onde são clarissimamente definidas as normas para a instauração dos processos onde são explicados os modos pelos quais devem ser conduzidos, e os métodos para lavrar as sentença.

O Capítulo 2 trata de analisar brevemente o processo (os “caminhos”) de formação do saber penal contemporâneo a partir de Beccaria e Lombroso, mas não sem antes identificar uma lacuna na historiografia dos pensamentos criminológicos, isto é, a ausência de estudos sobre o tema relativamente a períodos anteriores ao Iluminismo; depois disso, passa-se a definir os caracteres fundamentais do pensamento penal contemporâneo, destacando as doutrinas de lei e ordem, tolerância zero e direito penal do inimigo, passando-se a uma introdução às críticas em relação à questão criminal a partir do realismo-marginal de Eugenio Raul Zaffaroni, marco teórico da presente investigação científica.

O Capítulo 3 dedica-se, então, a averiguar a existência de pontos de encontro entre o saber penal contemporâneo e os discursos presentes no *Malleus maleficarum*, bem como identificar quais são as influências do Martelo das feiticeiras no pensamento criminológico e na prática judiciária criminal da atualidade; em uma pergunta: o que resta do *Malleus maleficarum*? Para tanto, discorre-se sobre a

importância de estudar essa obra na atualidade, procurando demonstrar que o texto não é fruto de uma “aberração paranoica” dos autores, mas, pelo contrário, é produto de uma “racionalidade justificada” que pode existir até os dias atuais. Depois, passa-se a identificar os mencionados pontos de encontro, apresentando a lógica da inquisição que persiste no processo penal contemporâneo; a visão de que a crítica ao poder punitivo seria uma espécie de heresia moderna; o nascimento do que se chamou de “maniqueísmo criminal”, ou seja, que as agências integrantes do sistema penal atuam na lógica de uma “guerra” do bem contra o mal; e, por fim, o continuísmo da estrutura discursiva do direito penal da emergência que acaba se transformando em direito penal do inimigo.

O presente relatório de pesquisa encerra-se com as considerações finais, nas quais são condensados os pontos conclusivos sobre o tema pesquisado.

O método utilizado nas fases de investigação, tratamento dos dados e relatório de pesquisa foi o dedutivo. Foram utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Nesta dissertação as categorias principais e seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial, mas há menção também no próprio texto. As citações diretas em língua estrangeira aparecem no corpo do texto tradução livre, com uma única exceção, seguidas de sua redação original em nota de rodapé. As citações indiretas de obras em língua estrangeira são apresentadas no texto e nota de rodapé em idioma nacional, por meio de tradução livre.

## CAPÍTULO 1

### A EPISTEMOLOGIA DA HISTÓRIA, O *MALLEUS MALEFICARUM* E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

#### 1.1 O MÉTODO DE ANÁLISE DA CRIMINOLOGIA HISTÓRICA: POR UM “MATERIALISMO-HISTÓRICO-ABERTO” DA “HISTÓRIA DO TEMPO PRESENTE”

A compreensão do tempo presente, de suas relações de poder, de suas instituições e de seus esquemas de pensamento só é possível a partir de uma análise da história capaz de perscrutar de onde eles provêm e identificar quais elementos do passado permanecem vivos na atualidade. Sem qualquer intenção de encontrar uma relação de continuidade, de evolução ou mesmo de determinismo histórico, a tarefa de “remontar ao tempo” tem por objetivo a identificação dos eventos que se encontram na raiz do que hoje se conhece e se pratica – no dizer de Gabriel Ignacio Anitua, uma tarefa genealógica consistente em “reconstruir o passado de nossas ‘verdades’”<sup>12</sup>.

Essa empreitada genealógica pressupõe uma epistemologia específica da história, diferente daquela que habita majoritariamente o senso comum, de inspiração hegeliana, que pode ser chamada de concepção de cunho historicista ou positivista: se a história é a marcha triunfal da razão em direção ao progresso da humanidade<sup>13</sup>, “a tarefa do historiador seria, simplesmente, de representar o passado ‘tal como ele propriamente foi’”<sup>14</sup>. Essa visão pressupõe, ainda, a neutralidade do pesquisador da história, que acederia unicamente aos “fatos reais”, e, portanto, apenas confirmaria a versão dos vencedores.

Longe de qualquer pretensão de esgotamento ou mesmo de aprofundamento teórico da matéria, que não é o objetivo deste trabalho, essa não é a concepção que se adotará na análise da criminologia histórica aqui proposta.

---

<sup>12</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 33.

<sup>13</sup> LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005. posição 759, edição kindle.

<sup>14</sup> LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. posição 548, edição kindle.

Com efeito, a leitura histórica sob o viés criminológico do “Martelo das feiticeiras” será feita à luz de um método próprio, que poderia ser designado de “materialismo-histórico-aberto” da “história do tempo presente”.

Primeiro, esse método é materialista-histórico porque utiliza categorias marxianas<sup>15</sup>: “o ponto de partida da história não pode ser a Ideia nem qualquer conceito”<sup>16</sup>, pois “não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência”<sup>17</sup>. Esse modelo contrapõe-se, portanto, ao idealismo contemplativo hegeliano, de natureza puramente intelectual, para preocupar-se com a ação concreta de seres humanos nas suas condições materiais de existência – o ponto de partida da história deve ser a factualidade, a empiria, a evidência, embora não se esgote somente nelas. Declina-se, como Marx e Engels, da autonomia da gênese das ideias e do conhecimento humano para atrelá-la ao desenvolvimento real de indivíduos concretos, sem, contudo, que isso signifique que as ideias sejam subordinadas ou exclusivamente dependentes da realidade – trata-se de uma simbiose, uma relação de complementariedade, mas também, repita-se, um local de onde os fenômenos factuais não podem ser simplesmente ignorados.

A compreensão da dinâmica da produção material da vida social é necessária para, na feliz expressão de Marx e Engels, “despojar de seu aspecto místico esse ‘conceito que determina a si próprio’”<sup>18</sup>. Embora esta dissertação pretenda fazer uma contribuição à história dos “pensamentos” criminológicos, pensamento aqui há de ser entendido não como algo independente da realidade factual que viviam, por exemplo, os autores do “Martelo das feiticeiras”, seus leitores e as pessoas que sofreram as consequências trágicas de sua aplicação.

A categoria “bruxaria”, desenvolvida no livro, não pode ser considerada

---

<sup>15</sup> O estudo da teoria marxiana e dos conceitos que serão utilizados neste trabalho são frutos da leitura de algumas obras de Marx e de outros marxistas e também do acompanhamento das aulas do professor José Paulo Netto no curso “O método em Marx”, ministrado em 2002 em nível de pós-graduação na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), e disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLD493D90710CB2DA4>.

<sup>16</sup> GORENDER, Jacob. Introdução – o nascimento do materialismo histórico. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução Luís Claudio de Castro e Costa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XXIV.

<sup>17</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. p. 20.

<sup>18</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. p. 53.

como pura abstração teórica, mas como algo concreto que foi determinado e que criou também determinações<sup>19</sup> concretas que modificaram, para o bem ou para o mal, o curso da vida real de milhares de pessoas. As categorias científicas são, pois, traços constitutivos do movimento do real, e a teoria deve ser, por isso, como ensina José Paulo Netto, justamente a reprodução ideal desse movimento do real<sup>20</sup>.

Como se pretende demonstrar ao final, muito do que está e foi elaborado no *Malleus* ainda vive na contemporaneidade não apenas como especulação imaginativa, mas pautando a realidade concreta sociohistórica que circunda a todos. Por isso é que Marx advertia no 18 de brumário de Luís Bonaparte que os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem ou em condições que escolham: a história é fruto da tradição construída pelas gerações passadas – o “pesadelo que comprime o cérebro dos vivos”<sup>21</sup>. Assim, por mais que se deseje, não se conseguirá dissociar as manifestações contemporâneas do poder punitivo, que se dão por meio de ações concretas de indivíduos concretos que atuam nas agências do sistema penal, da tradição que “comprime os cérebros” desses homens e mulheres.

O método materialista-histórico de análise dos fatos sociais será adotado nesta pesquisa, então, para que não se corra o perigo, apontado por Anitua, de estabelecer e estimular “um ensino jurídico que ignore a realidade”<sup>22</sup>.

No entanto, é importante consignar que o materialismo-histórico não está imune a críticas e nem será suficiente para, sozinho, dar conta da epistemologia da história que pautará este trabalho. É que o método materialista-histórico, na forma proposta por Marx, julga que o curso natural da história do capitalismo, com a intensificação de suas contradições internas, levará, inevitável e inexoravelmente, à implosão do sistema e ao advento do comunismo. Trata-se, pois, de uma tese

---

<sup>19</sup> As palavras “determinado” e “determinações” não são entendidas como “obrigação” ou “imposição”, mas como o esforço intelectual na busca da explicação dos “elementos constitutivos da realidade” (PAULO NETTO, José. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 45) que capturam um movimento do real e depois influenciam essa mesma realidade.

<sup>20</sup> PAULO NETTO, José. **Introdução ao estudo do método de Marx**. p. 21.

<sup>21</sup> MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. Tradução: Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 25.

<sup>22</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 34.

determinista da história que pressupõe uma certa ideia de “progresso” da humanidade até uma hipotética vitória da civilização perante a barbárie.

Para Terry Eagleton,

Um dos defeitos óbvios desse modelo é seu determinismo. Nada parece capaz de resistir à marcha das forças produtivas. A história se resolve por uma lógica interna. Existe um único “agente” da história (as forças produtivas em crescimento constante) que se estende por toda ela, criando cenários políticos diversos conforme a história progride. Essa é uma visão metafísica<sup>23</sup>.

A ideia de progresso ou de evolução contínua da história, é claro, não surge e nem se esgota em Marx: é anterior a ele e, na verdade, está na base não do marxismo, mas sobretudo da historiografia positivista, como acima assinalado. Essa noção de tempo linear e em constante evolução supõe que um novo sistema político, um novo paradigma teórico ou uma nova instituição jurídica serão sempre melhores, mais racionais ou mais humanos que o anterior e que, portanto, vive-se hoje o apogeu e o ápice do progresso da civilização humana.

Reflexo disso, no campo do direito, é o método adotado em diversas pesquisas jurídicas na parte dedicada ao “escorço histórico”, como denuncia com precisão Ana Lucia Sabadell: o pesquisador apenas resume a legislação ou a forma de atuação das instituições jurídicas desde os povos antigos até a atualidade, passando pela Grécia Antiga, pelo direito romano, medieval, pela Idade Moderna e encerra seu estudo fazendo referência ao estado atual da arte sobre o tema pesquisado<sup>24</sup>. Segundo a professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

A ideia de constante evolução rumo ao “melhor” é um legado do iluminismo jurídico, que efetua uma contraposição entre o direito “bárbaro e obscurantista” da época medieval e o direito “racional e esclarecido” que, tendo como fundamento o contrato social, deveria estabelecer regras gerais e racionais, garantir direitos e respeitar a dignidade humana. [...]

---

<sup>23</sup> EAGLETON, Terry. **Marx estava certo**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002. p. 40.

<sup>24</sup> SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissiones. Tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI – XVII)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 19.

O continuísmo e o evolucionismo constituem o troféu de legitimidade dado às escolhas do presente: não só o direito é apresentado como necessário para todas as sociedades e o operador do direito como pessoa que desempenha uma imprescindível função de “utilidade pública”, mas também se afirma que vivemos no melhor sistema jurídico que existiu na história da humanidade.

A finalidade é a de legitimar o Estado moderno e seu direito, apresentando-os como neutros, racionais e culturalmente superiores a qualquer outra experiência histórica e social de solução de conflitos. Dessa forma, a historiografia jurídica tradicional contribui para uma visão *apologética* do direito, compartilhada pela maioria dos operadores do direito e doutrinadores contemporâneos<sup>25</sup>.

Assim, para a construção de um materialismo-histórico-“aberto”, ou seja, um método que não tome como verdade essa concepção progressista da história e que entenda que o passo seguinte da humanidade não é necessariamente melhor que o anterior, é preciso voltar os olhos para um pensador marxista heterodoxo, “inclassificável”<sup>26</sup>: Walter Benjamin, em especial nas suas teses “Sobre o conceito de história”<sup>27</sup>.

Nesse enigmático e denso texto (cuja tese mais conhecida, a 8ª, é a que profetiza: “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é a regra”<sup>28</sup>), Benjamin afirma que a tarefa do historiador é a de “escovar a história a contrapelo” e vai, por sua vez, negar a ideia de história como um progresso inevitável e cientificamente previsível, a qual, à sua época, “provocará uma avaliação equivocada do fascismo e a incapacidade de desenvolver uma luta

<sup>25</sup> SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissiones. Tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI – XVII)**. p. 26-27.

<sup>26</sup> LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. posição 60, edição kindle.

<sup>27</sup> BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 241-252. Michael Löwy destaca a importância da obra: “As teses ‘Sobre o conceito de história’ (1940) de Walter Benjamin constituem um dos textos filosóficos e políticos mais importantes do século XX. No pensamento revolucionário talvez seja o documento mais significativo desde as ‘Teses sobre Feuerbach’ de Marx. Texto enigmático, alusivo, até mesmo sibilino, seu hermetismo é constelado de imagens, de alegorias, de iluminações, semeado de estranhos paradoxos, atravessado por fulgurantes intuições”. (LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. posição 84, edição kindle).

<sup>28</sup> BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. p. 245.

eficaz contra sua ascensão”<sup>29</sup>.

É curioso observar, aliás, que em textos preliminares às teses sobre o conceito de história Benjamin vai se referir como exemplo desse positivismo historicista limitado o criminólogo Enrico Ferri, um dos fundadores da criminologia de corte positivista<sup>30</sup>.

É necessário, então, na linha de Michael Löwy,

Distinguir entre o progresso dos conhecimentos e das habilidades (*Fähigkeiten*) e o progresso da própria humanidade: este implica uma dimensão moral, social e política que não é redutível ao progresso científico e técnico. O movimento da história é necessariamente heterogêneo – desigual e combinado, diria Trotsky, que Benjamin conhecia bem – e os avanços em uma dimensão da civilização podem ser acompanhados de regressões na outra (como já constatará a tese XI)<sup>31</sup>.

Para fins desse trabalho, a ideia de uma história aberta, que não se compraz com o passado e nem sabe, de antemão, o que será do futuro, é importante por, dentre outros, três motivos distintos: primeiro, para entender que a forma de atuação hodierna do sistema penal não é necessariamente a mais “avançada” ou a mais “humana” da história da civilização; segundo, que não se está seguro de que o “desenvolvimento” (isto é, os próximos passos) desse mesmo sistema estará apontado para um caminho mais “racional” ou “civilizado”; e terceiro, que práticas e discursos que surgem em momentos anteriores à contemporaneidade, mesmo aqueles que se acreditam “superados” ou “ultrapassados”, ainda permanecem vivos no tempo presente, de forma manifesta ou latente<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> GAGNEBIN, Jeanne Marie. Prefácio – Walter Benjamin ou a história aberta. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. p. 8

<sup>30</sup> LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. posição 214, edição kindle.

<sup>31</sup> LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. posição 982, edição kindle.

<sup>32</sup> Anitua bem aborda essa questão: “Quando me ensinavam tipos de saber distintos dessa forma, sempre pensei que o melhor era começar diretamente pelos discursos modernos e poupar-se o trabalho de compreender aquilo que se sustentava previamente, tão carregado de erros como parecia indicado no discurso que lhe seguia na sequência da exposição. Na realidade, as coisas

Enfim, talvez a história seja mesmo a feliz alegoria do cantor e compositor uruguaio Jorge Drexler: “*Y los caminos de ida / En caminos de regreso / Se transforman, porque eso: / Una puerta giratoria / No más que eso, es la historia*”.<sup>33</sup>

Mas a análise pelo método do “materialismo-histórico-aberto” da história que perpassará este trabalho estaria incompleta se não estivesse preocupada em fazer também a “história do tempo presente”, pois, do contrário, correr-se-ia o risco de estudar o *Malleus maleficarum* por puro preciosismo intelectual ou curiosidade histórica.

Não é este o objetivo do texto e nem pode ser este o propósito do historiador ou de quem se propõe pesquisar criminologia histórica<sup>34</sup>. Justo por isso é que David Garland vai buscar em Michel Foucault a inspiração para fazer a genealogia da “história do tempo presente”. Essa curiosa expressão surge pela primeira vez nas obras foucaultianas em “Vigiar e punir”<sup>35</sup> e, à primeira vista, pode soar paradoxal, ainda mais porque Foucault jamais apresentou um “sistema teórico já pronto que possa ser ‘aplicado’ por outros”<sup>36</sup>.

---

não acontecem dessa forma. Muitos dos discursos em geral – porém, me centrarei aqui nos criminológicos –, são contemporâneos no tempo presente. Além do mais, inclusive aqueles que surgem em momentos anteriores não são eliminados por aqueles que aparecem num momento histórico posterior, mas sim permanecem de forma manifesta ou latente. Os discursos desta *História dos pensamentos criminológicos* persistem na atualidade, embora alguns deles tenham mudado suas formas de expressão – em parte, sim, pelas críticas recebidas dos outros discursos – sem mudar o fundamento que os sustentava”. (ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 17).

<sup>33</sup> DREXLER, Jorge. Bolívia. In.: DREXLER, Jorge. **Bailar en la cueva**. Warner Music, 2014. Faixa 2.

<sup>34</sup> Como novamente registra com precisão Anitua: “A visão de história que se implementa no presente trabalho é realizada a partir do presente, com determinadas preocupações com os acidentes que nos conformam enquanto sociedade. As perguntas e afirmações feitas a partir do presente e para o presente. O sempre lembrado professor Francisco Tomás y Valiente deixou claro qual deve ser a intenção do historiador interessado pelo presente: ‘Pra que serve a história? Se tiver de responder a essa interrogação, que assim formulada bem parece a pergunta número um do catecismo do historiador, responderia com uma frase tão descompromissada quanto as usuais nesses livretos: para entender o presente. Quem não faz ciência da história com essa finalidade, escreverá livros mortos, às vezes muito eruditos, porém carentes de interesse’” (ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 33).

<sup>35</sup> “É desta prisão, com todos os investimentos políticos do corpo que ela reúne em sua arquitetura fechada que eu gostaria de fazer a história. Por puro anacronismo? Não, se entendermos com isso fazer a história do passado nos termos do presente. Sim, se entendermos com isso fazer a história do presente” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 200-. p. 29).

<sup>36</sup> GARLAND, David. O que significa escrever uma “história do presente”? A abordagem genealógica de Foucault explicada. Tradução de Leandro Ayres França. In.: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6., n. 10, jan/jun 2014, p. 73.

A “história do tempo presente” não implica ler o passado com lentes do presente e muito menos significa examinar o passado por meio das categorias e dos valores existentes na contemporaneidade – a isso se dá o nome de anacronismo. Para Garland, o propósito da genealogia não é problematizar questões do passado, mas sim, através da história, repensar o presente<sup>37</sup>.

Desse modo, a tarefa do “historiador do presente” é a de estudar a história para encontrar proveniências – isto é, conflitos, lutas, exercícios concretos de poder – das práticas e instituições contemporâneas, permitindo que sejam questionadas certas “verdades” hodiernas, que hoje parecem indisputáveis, mas que na realidade foram construídas em bases não tão sólidas ou mesmo racionais.

Como primorosamente define Garland,

Uma história do presente começa por identificar uma prática atual que é tanto tomada por certa como ainda, em certos aspectos, problemática ou de certo modo ininteligível – a prisão reformadora, na década de 1970, por exemplo, ou a pena de morte americana, hoje –, e, então procura traçar as lutas de poder que a produziram. A genealogia não é motivada por uma inquietação histórica em entender o passado – embora quaisquer afirmações históricas que se faça devam ser válidas e verificáveis –, porém, antes, por um interesse crítico em compreender o presente. Ela objetiva traçar as forças que deram causa as nossas práticas atuais e identificar as condições históricas das quais elas ainda dependem. Sua questão não é pensar historicamente sobre o passado, mas, em vez disso, usar materiais históricos para repensar o presente. Como Michael Roth (1981, p. 43) explica, ‘Escrever uma história do presente significa escrever história *no* presente; escrever autoconscientemente num campo de relações de poder e de luta política’. Ou, como Nietzsche – o principal crítico da história convencional – insistiria, significa engajar-se com as forças ativas do presente, em vez de preocupar-se com os inanimados antiquários de outra época<sup>38</sup>.

O último capítulo desta dissertação procura responder a pergunta “o que resta do *Malleus maleficarum*?”. Essa questão deixa clara que a preocupação maior

---

<sup>37</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 43.

<sup>38</sup> GARLAND, David. O que significa escrever uma “história do presente”? A abordagem genealógica de Foucault explicada. p. 73.

do trabalho não é explicar o “Martelo das feiticeiras” pelo que foi na época de sua publicação – apesar de a correta compreensão da obra ser condição necessária para esta investigação –; o propósito da pesquisa é, na verdade, apontar e compreender os pontos de encontro entre o *Malleus* e as práticas e os discursos penais contemporâneos. Daí se vê a inquestionável necessidade de realizar, de fato, uma história do tempo presente.

## 1.2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO *MALLEUS MALEFICARUM*

O medievo só existe como invenção e convenção moderna<sup>39</sup>. O que se chama de Idade Média – um período que durou mais de mil anos, entre os séculos V e XV – é uma época da história humana que permanece na mirada do imaginário coletivo como um período eminentemente retrógrado e obscurantista, fruto de uma má compreensão histórica daquele tempo. Aliás, o próprio termo idade “média”, cunhado pelos renascentistas que se enxergavam como representantes da Antiguidade clássica, denota essa perspectiva majoritariamente hostil de um período histórico que apenas teria se interposto entre Aristóteles e Leonardo Da Vinci.

A ideia da história como evolução contínua da humanidade contribuiu para a noção de que o período medieval foi transposto e completamente superado pelo pensamento moderno, que privilegiaria o uso da razão e do método científico, transformando as arcaicas e obsoletas práticas do período anterior em peças de museus ou de antiquários, sem qualquer correspondência ou influência no mundo contemporâneo.

A definição da Idade Média como “idade das trevas”, todavia, necessita ser desconstruída e superada. Longe de qualquer enaltecimento aos horrores da época – horrores que, às vezes apenas com nova roupagem, continuam a acontecer hoje –, é preciso que se reconheça o período medieval como uma época multifacetária, plural e complexa.

Nas Apostilas incluídas ao final de “O nome da rosa”, livro que se passa em um mosteiro no ano de 1327, Umberto Eco escreve que “a Idade Média é a

---

<sup>39</sup> MONTANARI, Massimo. **Storia medievale**. Bari: Editori Laterza, 2002. p. 268

nossa infância e é preciso sempre voltar a ela para fazer a nossa anamnese”<sup>40</sup>, porque, segundo o filósofo e escritor italiano, todos os problemas da Europa moderna – e, pois, em boa medida, também do restante do ocidente – se formaram nesse período, como por exemplo as monarquias nacionais, as cidades, várias das novas tecnologias, as revoltas dos pobres, a economia comunal e bancária etc.<sup>41</sup>.

Ao menos essa má compreensão histórica rendeu um divertimento ao escritor, já que, segundo Eco:

Toda vez que um crítico ou leitor escreveram ou disseram que certo meu personagem afirmava coisas demasiadamente modernas, pois bem, em todos aqueles casos e justamente naqueles casos, eu havia usado citações textuais do século XIV. [...]

O fato é que cada um tem uma sua ideia própria, geralmente errada, sobre a Idade Média. Somente nós, monges daquela época, conhecemos a verdade. Só que, ao dizê-la, somos às vezes levados à fogueira.<sup>42</sup>

Entre as principais contribuições da Idade Média e que permanecem presentes no direito até os dias atuais estão as novas formas de fazer justiça, as quais, segundo Foucault, são absolutamente capitais para a história da Europa e para a história do mundo inteiro, “na medida em que a Europa impôs violentamente o seu jugo a toda a superfície da terra”<sup>43</sup>: a infração e o inquérito, a seguir abordados.

### **1.2.1 O nascimento das primeiras monarquias europeias, a expropriação do conflito da vítima e o surgimento das figuras da infração e do inquérito**

A queda do Império Romano no século V, que deu início ao que se convencionou chamar de Idade Média, representou o desaparecimento de um poder central, nas mãos do imperador, e esfacelou esse poder em muitos pedaços, cujos fragmentos dão origem ao feudalismo – sistema político-econômico e social de

<sup>40</sup> ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: BestBolso, 2012. p. 588

<sup>41</sup> ECO, Umberto. **O nome da rosa**. p. 588.

<sup>42</sup> ECO, Umberto. **O nome da rosa**. p. 590.

<sup>43</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabal de Melo Machado e Eduardo Jardim, Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996. p. 62.

submissão do vassalo ao suserano que marca boa parte do período medieval, sobretudo a Alta Idade Média. Nesse espaço de tempo, de forte influência religiosa, os eventuais conflitos ou litígios existentes entre dois indivíduos eram resolvidos por meio do conhecido sistema da prova ou das ordálias<sup>44</sup>.

Esse quadro começa a mudar nos séculos XI e XII com o nascimento das primeiras monarquias europeias, momento histórico em que o soberano se apropria do *jus puniendi*, isto é, expropria o conflito da vítima – que não poderá mais resolver seus litígios por meio das ordálias –, usurpando a função jurisdicional<sup>45</sup>. Nesse contexto, o delito passa a ser visto não mais como uma ofensa a um particular, mas como uma “infração” ao poder público, ao soberano, enfim, ao Estado.

A infração, nas palavras de Michel Foucault, constitui “uma das grandes invenções do pensamento medieval”<sup>46</sup>. Com ela, os indivíduos passam a se submeter a um poder, exterior a eles, que se impõe como poder judiciário e poder político. Surge, também, por volta do século XII, um personagem totalmente novo, chamado de “procurador do rei”, que se apresenta como representante do soberano lesado pelo fato de ter havido um delito. Ainda segundo Foucault, o procurador vem “dublar” a vítima, colocar-se por detrás daquele que presta a queixa e dizer que, se é verdade que determinado fato ocorreu, o soberano (o Estado, pois) também exigirá reparação de quem o cometeu<sup>47</sup>. Desse modo, é possível afirmar que as monarquias ocidentais e seu poder político foram fundados sobre o apossamento dos procedimentos judiciários e a apropriação do sistema de justiça.

A primeira monarquia europeia vai se formar no ano de 1066 na Inglaterra, instaurada a partir da integração da população normanda à antiga população anglo-saxônica pelas mãos de Guilherme, o Conquistador<sup>48</sup>. Não por acaso, uma das primeiras ações do novo imperador foi determinar a abertura de um enorme inquérito – conhecido como *Domesday* – em que se realizou um amplo levantamento (algo como um censo atual) das propriedades, dos impostos, do

---

<sup>44</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 58.

<sup>45</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 42.

<sup>46</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 66.

<sup>47</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 66-67.

<sup>48</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 41; FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 69

sistema de foro etc.<sup>49</sup>.

O surgimento da ideia de infração acarreta uma outra mudança na forma de fazer justiça, já que o procurador do rei, enquanto representante deste, não pode se submeter aos antigos métodos de prova que colocariam em risco a sua vida e seus bens. Desaparece, assim, a horizontalidade que marcava o sistema de ordálias, pois não há mais uma disputa apenas entre dois indivíduos, que são adversários, para a definição da culpa.

É necessária uma nova forma de descobrir e dizer a verdade, em que o poder político é o personagem central: este método é o inquérito, uma nova maneira de exercício do poder, que não é absolutamente um conteúdo, mas uma forma de saber<sup>50</sup>: “uma forma política, uma forma de gestão do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade [...]; o inquérito é uma forma de saber-poder”<sup>51</sup>.

A *inquisitio*, segundo Foucault, deita raízes na Grécia Antiga, porém havia sido praticamente esquecida por vários séculos e foi redescoberta somente porque a Igreja Católica ainda a utilizava na gestão de seus próprios bens. A prática clerical consistia no método chamado *visitatio*, em que o bispo deveria visitar e percorrer sua diocese de tempos em tempos. Ao chegar ao local, o bispo instituía a chamada *inquisitio generealis*, por meio da qual questionava os notáveis se havia sido cometido algum crime ou falta naquela paróquia; havendo resposta positiva passava-se à *inquisitio specialis* que por sua vez significava a apuração do que havia sido noticiado para determinar a verdade dos fatos e apontar o culpado. É válido consignar que em qualquer dos estágios da *inquisitio* ela poderia ser interrompida por meio da confissão de culpa<sup>52</sup>.

Com efeito, é justamente esse o método de investigação que foi adotado pelas burocracias incipientes das primeiras monarquias do período medieval como forma de resolução dos conflitos, em que o poder se exerce fazendo perguntas,

---

<sup>49</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 69.

<sup>50</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 73-77.

<sup>51</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 78.

<sup>52</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 70.

indagações, inquirições – daí a própria etimologia das palavras “inquerito” e “inquisição”. Nesse modelo, “o procurador do rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias [...]. Vai procurar estabelecer por *inquisitio*, por inquerito, se houve crime, qual foi e quem o cometeu”<sup>53</sup>.

Vale ressaltar, aqui, a advertência de Michel Foucault, no sentido de que o surgimento do inquerito não pode ser encarado, simplesmente, como o resultado de um progresso da racionalidade, isto é, uma vitória da razão sobre as velhas provas do direito bárbaro. Cuida-se, na verdade, de uma determinada maneira de o poder se exercer, um saber que deriva de um novo tipo de relação de poder.

Não se trata, também, de um mecanismo mais humano que os que lhe antecederam: na verdade, o *inquisitio* se baseava, fundamentalmente, em práticas de tortura e de delação que impingiam terror à população da época<sup>54</sup>. Gabriel Ignacio Anitua, por sua vez, vai afirmar que o direito penal que nasceu nessa época tomou a referência do infrator, do “outro”, como um inferior e como um inimigo<sup>55</sup>.

E esse modelo de exercer o poder, aplicar penas e averiguar verdades mediante a *inquisitio* encontrou sua expressão máxima na repressão aos hereges por parte da Igreja Católica – a Inquisição, instituição oficialmente instalada em 1215, no quarto Concílio de Latrão. Sobre o tema, Anitua aponta que:

A repressão dos hereges justificou o aparecimento das primeiras equipes integradas por especialistas em arrancar a verdade e impor deliberadamente a dor. Já não se tratava de castigar uma infração mediante a expulsão, mas antes de alcançar a ‘integração’ do dissidente a partir da força monárquica ou eclesiástica. Isso é evidentemente político, mas não se pode ignorar sua relação com aquilo que logo estaria diante da penologia, do direito penal e, singularmente, do direito processual penal que, em grande medida, continua influenciado por esse momento histórico [...]. É interessante observar que o poder punitivo hoje existente surgiu a partir da necessidade da Igreja e de certos corpos políticos nascentes de coibir (ou reagir) a ação de certas interpretações

<sup>53</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 71.

<sup>54</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 74.

<sup>55</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 51.

religiosas<sup>56</sup>.

A Inquisição foi “a primeira agência burocratizada dominante” voltada à aplicação de castigos e à definição de verdades; é dizer, a primeira a formular um discurso de tipo criminológico<sup>57</sup>. Esse discurso servia como justificativa para a sua forma de atuar, fundamentando seu poder punitivo em uma suposta “emergência” que afetaria, em última análise, a própria humanidade. Justamente por isso Eugenio Raul Zaffaroni assevera que os demonólogos podem ser considerados os primeiros etiólogos do crime<sup>58</sup>.

É a partir de tal compreensão histórica da matéria que Zaffaroni vai sustentar que o primeiro modelo integrado de criminologia etiológica (causas do crime), direito penal (manifestações do crime), penologia (punição do crime) e criminalística (signos dos criminosos) aparece com enorme e sofisticado desenvolvimento no livro *Malleus maleficarum* ou “Martelo das feiticeiras”, escrito em 1484-86 pelos freis dominicanos James Sprenger e Heinrich Kramer<sup>59</sup>. Seu princípio fundamental, segundo Anitua, era o da legitimação da atribuição de plenos poderes ao inquisidor, reforçando o poder burocrático e centralizado e reprimindo a dissidência<sup>60</sup>.

### **1.2.2 Sobre o *Malleus Maleficarum*: suas bases, seus autores, sua composição e publicação e seu significado histórico**

A análise do contexto histórico da Europa medieval permite compreender as circunstâncias específicas da edição do “Martelo das feiticeiras” – que, como toda obra cultural, é fruto do seu tempo e encontra alicerce nos mais variados ramos do conhecimento humano. Não é possível, pois, interpretar adequadamente o *Malleus maleficarum* sem conhecer de suas bases eclesiásticas, intelectuais e legais.

Com efeito, no pilar eclesiástico, a compreensão da noção de heresia é fundamental para propiciar os motivos da desenfreada perseguição às bruxas na

<sup>56</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 51-52.

<sup>57</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 54.

<sup>58</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. Tradução de Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 48.

<sup>60</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 57.

Idade Média. A rigor, a etimologia da palavra heresia vem do grego “escolha”<sup>61</sup>, porém, a partir da queda do Império Romano, iniciaram-se disputas no seio da Igreja Católica para decidir quais doutrinas seriam aceitas como ortodoxas, ou seja, verdadeiramente adequadas à “fé cristã”. Esse processo culminava com a aprovação papal de uma das maneiras e a completa proscrição das demais formas de pensar e cultuar o cristianismo.

Na primeira parte do período medieval, correspondente à Alta Idade Média (séculos V-X), a perseguição à heresia não atingiu grande relevância, pois havia inimigos externos a combater: a Igreja Católica estava mais ocupada com a conversão dos bárbaros do norte da Europa e lutando contra as invasões muçulmanas pelo sul. Esse quadro começa a mudar no século XI, isto é, no início da Baixa Idade Média (séculos XI-XV), quando aparecem os primeiros registros de hereges sendo queimados e, nessa toada, uma série de movimentos religiosos que manifestavam visões heterodoxas do cristianismo começam a ser perseguidos pelas autoridades eclesiásticas e eliminados como heréticos, como os cátaros e os valdesianos<sup>62</sup>.

A ideia de heresia, na verdade, está em completa consonância com as pretensões da igreja medieval, que se entendia como a única representante de Deus na Terra; se assim o é, sua doutrina oficial deveria representar a única verdade. Por outro lado, sendo o diabo o inimigo de Deus, aqueles que pensam de forma diferente só podem ser seguidores do satanismo e instrumentos do mal. Essa situação se agravou ainda mais no final da Idade Média (século XV), quando a concepção de heresia desenvolveu-se a ponto de gerar a ideia de que os hereges não possuíam nenhuma base doutrinária própria e existiam simplesmente para perpetrar atos maléficos e praticar a bruxaria<sup>63</sup>

Para controlar os movimentos heréticos e lidar com os desvios religiosos

---

<sup>61</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 4.

<sup>62</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 6.

<sup>63</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 6.

nasce a inquisição medieval<sup>64</sup>, inicialmente a partir da bula *Ad adbolendam* do Papa Lucio III em 1184, mas institucionalizada no quarto Concílio de Latrão, em 1215, e com a indicação de membros das recém fundadas ordens mendicantes, especialmente os dominicanos<sup>65</sup>, no ano 1220<sup>66</sup>.

Segundo Christopher Mackay, a inquisição medieval representou uma tentativa da igreja de elaborar um mecanismo para obrigar a conformação religiosa por meio da perseguição e da punição aos desviantes com a utilização de investigadores instruídos que eram fiéis seguidores da ortodoxia católica, os quais, embora com objetivos diferentes, estavam sempre em contato próximo com as autoridades seculares<sup>67</sup>.

O *Malleus maleficarum*, para além das raízes eclesiásticas, buscou esteio intelectual ou teórico nas universidades medievais, as quais surgiram na Baixa Idade Média para substituir o monastério como o centro da vida intelectual do mundo cristão. O desenvolvimento das universidades ganhou enorme fôlego com a tradução de trabalhos (especialmente aqueles sobre lógica) de Aristóteles para o latim, até então desconhecidos na Europa ocidental. Isso culminou com o desabrochar do método de pensamento escolástico, que buscava conciliar o ideal de racionalidade aristotélico com os dogmas da fé cristã, e que está na base do “Martelo das feiticeiras”<sup>68</sup>. Nesta obra prevalece a metodologia dedutiva, característica do escolasticismo, bem como é nítida a enorme influência do pensamento tomístico como principal fonte de argumentos filosóficos do *Malleus*<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> É válido destacar, por se tratar de um assunto de muita incompreensão, que será abordada no presente capítulo somente a inquisição medieval, que é apenas uma das modalidades de inquisições existentes na história (espanhola etc.).

<sup>65</sup> A Ordem Dominicana foi fundada por Domingos de Gusmão por volta do ano 1215 e teve como grande representante Tomás de Aquino, sobretudo após a sua canonização em 1323. Por serem seus membros conhecidos pela ortodoxia, pelo rigor no estudo da teologia e pela defesa das prerrogativas papais, os dominicanos se mostraram extremamente adequados para a inquisição (MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches: a complete translation of the *Malleus Maleficarum***. p. 13).

<sup>66</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches: a complete translation of the *Malleus Maleficarum***. p. 9.

<sup>67</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches: a complete translation of the *Malleus Maleficarum***. p. 10.

<sup>68</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches: a complete translation of the *Malleus Maleficarum***. p. 15.

<sup>69</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches: a complete translation of the *Malleus***

A maior parte do livro, seguindo a metodologia que aparece em obras de Tomás de Aquino, é escrita na forma da *quaestio disputata*, que era o modelo padrão dos discursos na tradição escolástica e teve origem nos debates que ocorriam sob a orientação de um professor universitário<sup>70</sup>.

O método consistia basicamente na apresentação de uma questão e a explanação de argumentos favoráveis e contrários à tese que será sustentada pelo escritor, o qual apresentará, por meio de uma construção teórica lógica, a “solução dos argumentos”, e determinará qual das posições é a definitivamente correta, geralmente com base em argumentos de autoridade. É pertinente observar que os autores medievais, diferentemente do que ocorre na atualidade, não possuíam maiores preocupações com o rigor científico das citações e referências a outras obras, de modo que era bastante comum a “adaptação” de textos que permaneciam com pouca correspondência ao verdadeiro sentido daquilo que fora inicialmente escrito<sup>71</sup>.

Ainda no campo teórico, mostra-se importante mencionar que a visão compartilhada pelos autores do “Martelo das feiticeiras” a respeito da figura de Deus em nada se compara à perspectiva moderna de um Deus de amor e compaixão; a ideia corrente naquele período medieval era a da existência de um Deus imponente e inflexível que aplicaria, com rigor, as mais severas penas para aquele que o ofendesse<sup>72</sup>. Além disso, não há como deixar de mencionar o caráter misógino da obra, permeada por uma visão bastante hostil e negativa do feminino, partindo do aberrante pressuposto de que a etimologia da palavra “feminino” adviria de “fé” e “minus”<sup>73</sup>.

Cumpre advertir também que a compreensão científica dos fenômenos

---

*Maleficarum*. p. 18-19. Vale ressaltar, nesse ponto, que a Universidade de Colônia, que formalmente aprovou o texto do Martelo das feiticeiras, como se verá a seguir, era um notável bastião da ortodoxia tomística.

<sup>70</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 23.

<sup>71</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 24-25.

<sup>72</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 34.

<sup>73</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 36.

naturais que se observa na contemporaneidade por meio de disciplinas como a física, a biologia e a medicina não existia na época em que foi redigido o *Malleus maleficarum*. Em razão disso, as pessoas efetivamente acreditavam no poder real da “mágica” e, logo, na existência da bruxaria, de modo que “não causa surpresa que um inquisidor que foi criado em tal ambiente e que assumia a realidade das práticas mágicas como algo acima de qualquer dúvida colocaria a mais sinistra interpretação em todos esses tipos de práticas”<sup>74</sup>.

Por conta desse e de outros fatores é que a ideia de “satanismo” ganhou significativa relevância entre o século XV e o início do século XVI, de onde surgiu um “elaborado conceito de bruxaria”<sup>75</sup>, o qual supunha a existência de seis atividades consideradas heréticas: a) o pacto com o demônio (e concomitantemente a apostasia do cristianismo); b) a manutenção de relações sexuais com o demônio; c) voos aéreos praticados pelas bruxas; d) a existência de uma assembleia presidida pelo demônio em pessoa; e) a prática de atos sobrenaturais maléficos; e f) a chacina de bebês<sup>76</sup>. Essa teoria deita raízes em quatro obras produzidas por volta do segundo quarto do século XV, quais sejam: os relatos de Hans Fründ, o livro *Formicarius* de Johannes Nider, o livro anônimo intitulado *Errores Gazariorum*, e um estudo não titulado elaborado pelo jurista Claude Tholosan, que escreveu tal obra quando atuava como juiz na atual área do sul da França<sup>77</sup>.

É válido considerar que, embora atualmente esses conceitos pareçam absolutamente desarrazoados, o uso do método da tortura para a extração de confissões e o avanço institucional da inquisição medieval forneceram evidências para corroborar essa distorcida visão de mundo, fazendo surgir a ideia de que, de fato, havia um grupo de mulheres que dedicava sua existência ao cometimento dos

---

<sup>74</sup> “it is not surprising that an inquisitor who had been raised in such an environment and took the reality of magical practices for granted would put the most sinister interpretation on all such practices”. MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 42.

<sup>75</sup> “elaborated concept of witchcraft”. MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 46.

<sup>76</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 47.

<sup>77</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 47-48.

mais variados crimes de bruxaria<sup>78</sup>.

Nesse mesmo período reaparece na teoria a noção de que, malgrado o diabo tenha sempre tentado contra a igreja com a heresia, no presente ele tem redobrado seus esforços porque sabe que o apocalipse se aproxima. O desenvolvimento desse senso de urgência apocalíptico, já previsto no texto sagrado, foi o que levou ao surgimento de uma nova forma de bruxaria no final do século XIV, ainda mais maléfica e hedionda do que as então conhecidas<sup>79</sup>, de forma a tornar necessária a resposta firme e rápida da inquisição.

Para o cumprimento de tal mister não bastava a força e a imponência da igreja ou o respaldo teórico, teológico e filosófico fornecido pelas universidades: era necessário buscar arrimo na legislação. Sabe-se que depois da queda do Império Romano a igreja passou a legislar sobre questões não diretamente ligadas à fé, como o casamento e a herança, e o corpo de leis desenvolvidos para lidar com a jurisdição da igreja é conhecido como direito canônico. Ocorre, todavia, que as cortes eclesiásticas não possuíam o direito de infligir penas corporais, como a pena de morte, mas apenas punições clericais, sendo a mais severa a excomunhão.

Assim, mostrou-se necessária a colaboração e a atuação concomitante das cortes seculares, razão pela qual alguns reis chegaram a modificar a legislação em seus territórios para permitir que os condenados por heresia fossem queimados vivos (por exemplo, na Alemanha, pelo rei Frederico II, em 1220, e na Inglaterra, em 1410, pelo rei Henrique IV)<sup>80</sup>. A simbiose entre os tribunais seculares e eclesiásticos resultava, basicamente, na entrega, por parte dos últimos, dos condenados por heresia ou bruxaria para que os primeiros executassem a pena, sem que o juiz secular pudesse ou tentasse, em regra, revisar o julgamento feito pelos representantes da igreja<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 52.

<sup>79</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 60-62.

<sup>80</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 63.

<sup>81</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 63.

Em razão disso é que o “Martelo das feiticeiras” vai enfatizar, em vários locais da obra, que a bruxaria é um crime misto, ou seja, que contém elementos eclesiásticos e seculares. Aliás, segundo Mackay, um dos evidentes propósitos do livro é elevar o senso de ultraje e de afronta sobre os danos causados pelas atividades de bruxaria nas mentes dos juízes seculares<sup>82</sup>.

No que respeita ao procedimento inquisitorial, que ocupa toda a terceira parte do *Malleus maleficarum* e será oportunamente abordado nesta pesquisa, cumpre destacar que a condenação pela prática do crime de bruxaria teria cabimento apenas em três hipóteses: a existência de no mínimo duas ou três testemunhas do delito, a confissão da acusada ou a “evidência do crime”<sup>83</sup>. Para Mackay, “o alto nível de prova exigido para a condenação levou ao uso indiscriminado da tortura no procedimento de investigação, uma prática que virtualmente viciava o novo processo como método de determinação da verdade”<sup>84</sup>. É válido apontar, ainda, que toda a seção do livro que trata do procedimento foi fortemente influenciada pelo *Directorium Inquisitorium*, escrito por Nicholas Eymerich provavelmente em 1376<sup>85</sup>.

O *Malleus maleficarum* foi redigido por dois freis dominicanos, Jacobus (ou James) Sprenger e Henricus (ou Heinrich) Kramer (em latim, *Insistitoris*). Sprenger nasceu em Basileia em 1436 ou 1438 e ingressou na ordem dos dominicanos em 1452. Em 1467 ele iniciou seus estudos de teologia na Universidade de Colônia, onde, em 1476, obteve seu doutorado na área; quatro anos mais tarde tornou-se reitor da faculdade de teologia. Sprenger tinha, portanto, um papel ativo e relevante nas discussões teológicas na época da composição do

---

<sup>82</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 64.

<sup>83</sup> “evidence o the crime”. Segundo Mackay, a evidência do crime significa que a acusada teria cometido um ato que provaria o crime (como por exemplo pregar a heresia em público), mas como na imensa maioria das vezes essa “evidência” necessitaria de confirmação por meio de prova testemunhal, esta categoria acabava sendo englobada pela primeira. (MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 69).

<sup>84</sup> “the high level of proof needed for conviction led to the widespread use of torture in the process of investigation, a practice which virtually vitiated the new procedure as a method of determining the truth” (MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 69).

<sup>85</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 73.

“Martelo das feiticeiras”<sup>86</sup>.

Kramer, por sua vez, nasceu por volta de 1430 na cidade de Sélestat, atual França, mas, na época, pertencente ao território alemão. Ao contrário de Sprenger, Kramer atuou direta e ativamente em investigações e julgamentos promovidos pela inquisição por várias décadas. Recebeu a indicação como inquisidor diretamente do Papa Sisto IV em 1479, com quem tinha uma relação próxima, a qual se manteve no papado seguinte, de Inocente VIII<sup>87</sup>, que assina a bula papal que abre o livro. Segundo Mackay, Kramer foi aparentemente uma proeminente figura pública, tendo publicado, ademais do *Malleus*, outros dois livros, além de seus manuscritos, onde conta ter exterminado mais de duzentas bruxas<sup>88</sup>.

Não obstante haja alguma disputa na definição da autoria do “Martelo das feiticeiras”, é amplamente majoritário entre os historiadores o entendimento de que Sprenger redigiu (ao menos boa parte) (d)a primeira parte do livro, ao passo que Kramer teria sido o responsável pela elaboração das partes dois e três<sup>89</sup>, todas que serão abaixo analisadas.

Além do texto do livro propriamente dito, o *Malleus maleficarum* contém no seu início, como dito, uma bula papal que confirmava a concepção de bruxaria da obra, e, ao final, a aprovação desta pelos teólogos da Universidade de Colônia. Essa validação acadêmica era importante para os autores porque, embora o papa fosse em última instância o responsável por dizer sobre a ortodoxia católica, ele não era um escolástico, de modo que, tendo em vista que boa parte da argumentação contida no *Malleus* provinha dessa linha de pensamento, a aprovação universitária elevaria o prestígio intelectual da obra<sup>90</sup>.

Segundo Mackay, as evidências indicam que o livro foi escrito entre os

---

<sup>86</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 81.

<sup>87</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 87-90.

<sup>88</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 90-93.

<sup>89</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 120.

<sup>90</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches:** a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 134.

anos de 1484 e 1486, quando foi impressa sua primeira edição<sup>91</sup>. O título do livro (*Malleus maleficarum*), apesar de traduzido de forma tecnicamente correta em várias línguas como “O martelo das feiticeiras (ou das bruxas)”, queria significar efetivamente algo como “O esmagador de bruxas”, finalidade para a qual serviria a obra<sup>92</sup>.

Como se verá a seguir, o *Malleus* se divide em três partes: a primeira demonstraria teoricamente a existência real da bruxaria; a segunda, que se subdivide em outras duas, trata das formas de prática da bruxaria e das curas disponíveis para ela; a terceira, por fim, consiste na exposição dos métodos de extermínio das bruxas por meio dos procedimentos inquisitoriais.

A obra se converteu em verdadeiro *best seller* – com vinte e oito edições entre 1487 e 1669<sup>93</sup>, e se tornou durante séculos, de acordo com Zaffaroni, o livro mais editado depois da Bíblia<sup>94</sup>. Para Mackay, esse incrível número de edições significa que, de fato, a obra representava uma leitura séria e autorizada – e que foi, portanto, reproduzida na prática – durante todo o período de perseguição às bruxas. O *Malleus*, como indica Zaffaroni, orientou todas as “combustões de mulheres” da Europa central até o século XVIII<sup>95</sup> e destinava-se não apenas aos juízes religiosos, mas, como visto, também aos seculares.

### 1.3 UMA RESENHA DO *MALLEUS MALEFICARUM*

Ultrapassada a análise do contexto histórico que culminou com a edição do “Martelo das feiticeiras”, é chegada a hora de elaborar uma breve resenha do livro, sem a pretensão de substituir sua leitura integral e buscando sempre evitar qualquer tipo de comentário sobre a validade teórica ou coerência lógica do texto – que não são objetos deste estudo – ou mesmo fazer qualquer tipo de correlação com o sistema penal contemporâneo, objeto do último capítulo desta dissertação.

<sup>91</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 136.

<sup>92</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 142.

<sup>93</sup> MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. p. 170.

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 48.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 48.

Separar os significantes do texto (o “texto-em-si”) de seu significado à luz das visões do mundo de quem o lê é tarefa que se sabe impossível, mas se buscará sempre ser o mais fiel possível ao texto, ressaltando seus pontos mais relevantes, o que não é nada simples em se tratando de uma obra com mais de quinhentas páginas com linguagem rebuscada (porém não demasiadamente, já que se tratava de um “manual prático” destinado aos inquisidores) e com noções de filosofia e teologia (aristotélica e escolástica) que estão há muito esquecidas ou não chegaram ao domínio dos estudantes de direito.

O livro divide-se, como visto, em três partes, a primeira e a última composta por afirmações teóricas em forma de questões que são depois respondidas pelos autores.

A grosso modo, se se quiser comparar com as disciplinas do campo das “ciências criminais” atuais, pode-se arriscar a dizer que o primeiro capítulo seria a parte que trata da “criminologia” (etiológica); a segunda, do “direito penal”; e a terceira, do “processo penal”. É evidente que essa divisão não é clara no livro – até porque as disciplinas tais como hoje são estudadas sequer existiam enquanto ramos do conhecimento humano – e que em vários trechos as matérias se sobrepõem. Porém, ousa-se a fazer tal diferenciação porque:

a) No primeiro capítulo, os autores preocupam-se fundamentalmente em demonstrar quais são as condições necessárias para a existência da bruxaria, ou seja, apresentar de que modo é possível que Deus permita a existência desse malefício, bem como comprovar a efetiva existência de bruxas – e de seus poderes – como seres ontologicamente reconhecíveis. É um esforço intelectual que, na sua estrutura (mas não, por óbvio, no seu conteúdo), é semelhante ao da criminologia etiológica, que pretende estudar o crime natural e o criminoso nato, assim como dizer quais seriam as causas da existência do crime.

b) O segundo capítulo pode, na verdade, ser subdividido em duas partes distintas, mas que em ambas se aproximam do que hoje se chama de “direito penal” e sua dogmática. É que nesse capítulo os autores vão apresentar e descrever ao leitor os métodos utilizados pelas bruxas para causar os malefícios à humanidade, o

que seria algo como a junção da teoria do delito com a parte especial de um código penal. Depois, informam e identificam quais seriam os “remédios” considerados lícitos e ilícitos para curar a vítima a serem usados em caso de bruxaria, algo como (porém menos próximo) a teoria da pena no direito penal.

c) Por fim, o terceiro e último capítulo vai tratar de maneira bastante específica, inclusive com a elaboração de “modelos” de decisões e sentenças, o procedimento que deve ser adotado para analisar, investigar e punir um ato de bruxaria e de heresia, especificando a forma de colheita da prova (como ouvir as testemunhas, por exemplo) e a valoração dos elementos colhidos para a prolação da sentença final. Aqui se está claramente falando de algo próximo ao processo penal contemporâneo, que também disciplina a “marcha” do procedimento criminal, o único apto a permitir a aplicação de uma pena a um cidadão.

Feitas essas necessárias considerações, passa-se, então, à resenha, abrindo-se diretamente com a primeira parte do livro, já que antes dela há apenas a bula papal lavrada por Inocêncio VIII em 9 de dezembro de 1484 que concedeu aos autores da obra, os inquisidores, o poder de proceder, “para justa correção”<sup>96</sup>, ao aprisionamento e punição de quaisquer pessoas nas províncias, aldeias, dioceses, distritos e territórios submetidos ao poder da Igreja Católica, aplicando-se aos que forem considerados culpados a pena “proporcional à ofensa”<sup>97</sup> e com a utilização do “auxílio do braço secular”<sup>98</sup>.

Antecipa-se, todavia, que a leitura pode em certos momentos parecer enfadonha e sem sentido, porém a resenha é necessária a fim que se conheça o próprio texto ora estudado e se possa situá-lo historicamente em seu tempo.

### **1.3.1 Primeira parte: das três condições necessárias para a bruxaria: o diabo, a bruxa e a permissão de Deus todo-poderoso**

A Questão I apresentada no livro é denominada “Se crer em bruxas é tão essencial à fé católica que sustentar obstinadamente opinião contrária há de ter vivo

<sup>96</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Tradução de Paulo Fróes. 20. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2009. p. 45.

<sup>97</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 45.

<sup>98</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 46.

sabor de heresia”. No item, os inquisidores iniciam dizendo haver quem professe que crer em bruxas não é doutrina católica, que nenhuma operação de bruxaria pode ter efeito permanente sobre os humanos e que, conforme Aristóteles teria demonstrado no Sétimo Livro de sua “Física”, “toda a transformação que se dá no corpo humano – para a saúde ou para a doença, por exemplo – pode ser reduzida à questão das causas naturais”<sup>99</sup>.

Para Kramer e Sprenger, contudo, essas proposições incidem em “erros heréticos”, pois contradizem frontalmente a bíblia e os cânones católicos, infringindo as leis divinas, eclesiásticas e civis. A resposta, então, é a de que “parece” ser correta a proposição de que “as criaturas que não acreditam na existência de bruxas” devem ser consideradas hereges ou suspeitas de heresia.

Depois de discorrer sobre os argumentos contra e a favor de tal proposição, a conclusão dos autores é de que

Os demônios, pelo seu engenho, produzem efeitos maléficos através da bruxaria, apesar de ser verdade não conseguirem criar qualquer forma sem o auxílio de algum outro agente, seja essa forma circunstancial ou substancial, e não sustentamos que consigam infligir danos físicos sem o auxílio de certos agentes. Mas, com a devida ajuda, conseguem provocar doenças e toda a sorte de sofrimento e padecimento humanos, reais e verdadeiros<sup>100</sup>.

Na Questão II os autores perguntam se está de acordo com a fé católica sustentar que os demônios cooperam intimamente com as bruxas para realizarem “certos prodígios” ou se cada um desses entes pode agir de forma isolada. Após novamente apresentarem os argumentos favoráveis à possibilidade de bruxas e demônios agirem sozinhos, buscando novamente o apoio em argumento de autoridade, concluem que “as bruxas, para realizarem os seus malefícios, de fato cooperam com o diabo”<sup>101</sup>, cuja opinião consideram tomada “absolutamente sem preconceitos e abstendo-nos de juízos apressados ou irrefletidos”<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 49.

<sup>100</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 63.

<sup>101</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 70.

<sup>102</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 74.

Já na Questão III, Kramer e Sprenger questionam se crianças podem ser geradas por Íncubos (demônio em forma masculina) ou Súcubos (demônio em forma feminina). Gastam, para isso, longas páginas para explicar a forma de procriação humana e de que maneira os demônios podem copular com os humanos<sup>103</sup>. Afirmam que, se “o que parece verdadeiro a muitos não há de ser absolutamente falso, de acordo com Aristóteles no sexto livro de sua *Ética*”<sup>104</sup>, é claro que os demônios são capazes, com a utilização do sêmen de outro homem, gerar filhos em mulheres.

A Questão IV pergunta “quais os demônios que praticam os atos dos Íncubos e dos Súcubos” e nela os inquisidores tratam, primeiro, de provar que existe uma ordem hierárquica entre os demônios para depois constatar que “não é fora de propósito afirmar que os oriundos das hierarquias mais inferiores sejam os incumbidos de realizar toda a sorte de abominações”<sup>105</sup>.

Na Questão V, bastante interessante para os fins da pesquisa, Kramer e Sprenger indagam qual é a causa do crescimento dos atos de bruxaria e por que tem aumentado tanto a prática da bruxaria. Ocorre, todavia, como a própria formulação da questão já indica, os autores não questionam se os atos de bruxaria têm efetivamente aumentado – eles já partem desse pressuposto. Assim, a indagação é, diretamente, saber se a causa do crescimento dos trabalhos de bruxaria reside na influência dos corpos celestiais ou na própria perversidade do homem. Rematam, após longas considerações, que o crescimento vertiginoso da bruxaria naqueles tempos tem origem na perversidade humana, pois “as bruxas depravam-se através do pecado, logo, a causa de sua depravação não há de residir no diabo e sim na vontade humana”<sup>106</sup>, ou seja, em seu livre-arbítrio.

A Questão seguinte, de n. VI, revela claramente o caráter misógino do texto, pois os autores vão indagar e tentar explicar “por que principalmente as

---

<sup>103</sup> “Em segundo lugar, é verdadeiro que o ato da procriação é ato do corpo vivente. E é verdade que os demônios não podem dar à matéria vida, porque o que vivifica o homem é a alma; mas a vida, na sua corporalidade, advém do sême – e os Incubus, com a permissão de Deus, são capazes de tal ato, através do coito. Mas o esperma não provém do Incubo, já que para esse fim ele o terá recebido de outro homem (ver S. Tomás, I. 51, art. 3)”. (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 85).

<sup>104</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 88.

<sup>105</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 92.

<sup>106</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 95.

mulheres se entregam às superstições diabólicas”<sup>107</sup>. Aqui, como na questão anterior, os inquisidores partem de um pressuposto para eles já indiscutivelmente comprovado; dizem os freis dominicanos que “É fato que maior número de praticantes de bruxaria é encontrado no sexo feminino. Fútil é contradizê-lo: afirmamo-lo com o respaldo na experiência real, no testemunho verbal de pessoas merecedoras de crédito”<sup>108</sup>.

Em seguida, em meio inclusive a anedotas de cunho machista<sup>109</sup>, Kramer e Sprenger enumeram uma série de motivos pelos quais, segundo eles, justificar-se-ia o fato de as mulheres serem mais propensas à bruxaria: a) “existem três coisas na natureza – as Línguas, os Eclesiásticos e as Mulheres – que, seja pela bondade, seja no vício, não conhecem moderação”; b) segundo o “Eclesiástico 25”, as mulheres são mais perversas; c) “as mulheres são, por natureza, mais impressionáveis e mais propensas a receberem a influência do espírito corporificado”; d) as mulheres são “possuidoras de língua traiçoeira” e, por isso, “não se abstêm de contar às suas amigas tudo o que aprendem através das artes do mal; e, por serem fracas, encontram modo fácil e secreto de se justificarem através da bruxaria”; e) a conhecida fábula da falha na formação da primeira mulher (Eva), a qual, “por ter sido criada de uma costela recurva, ou seja, uma costela do peito”, possui uma curvatura “contrária à retidão do homem”; g) a falsa etimologia da palavra feminino, “pois *Femina* vem de *Fe* e *Minus*, por ser a mulher sempre mais fraca em manter e preservar a sua fé”; h) a “rivalidade deplorável” entre mulheres casadas e solteiras; i) porque as mulheres “possuem também memória fraca; e nelas a indisciplina é um vício natural: limitam-se a seguir seus impulsos sem qualquer senso do que é devido”; j) no fato de que “quase todos os reinos do mundo foram derrubados por mulheres”; k) que, por sua entonação de voz, as mulheres são “mentirosas por natureza, o seu discurso a um só tempo nos aguilhoa e nos deleita”;

<sup>107</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 112.

<sup>108</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 112.

<sup>109</sup> O nefasto “senso de humor” dos inquisidores se revela em diversas passagens, como nesta: “Há também a história do homem que, tendo a esposa afogada num rio, começou a procurar pelo corpo para retirá-lo da água, caminhando porém em sentido contrário ao da correnteza. E quando indagado por que assim procedia já que os corpos pesados sempre são arrastados pela correnteza, respondeu: ‘Quando viva, esta mulher, por palavras e atos, sempre foi contrária às minhas ordens. Portanto, procuro-a na direção contrária porque, mesmo morta, talvez ainda conserve aquela disposição contrária à minha’” (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 118).

e l) no “seu andar, a sua postura e o seu hábito”, pois “não há homem no mundo que tanto se dedique aos seus estudos para agradar a Deus quanto uma mulher se dedica a suas vaidades para agradar aos homens”.

Concluem, então, que “toda bruxaria tem origem na cobiça carnal, insaciável das mulheres”, e, quanto aos homens, agradecem ao Altíssimo “que até agora tem preservado o sexo masculino de crime tão hediondo: como Ele veio ao mundo e sofreu por nós, deu-nos, a nós homens, esse privilégio”<sup>110</sup>.

Mas os inquisidores ainda não estavam satisfeitos nessa questão, pois ainda pretendiam responder qual tipo de mulher se entrega, mais que todas as outras, à superstição e à bruxaria. E escrevem:

três parecem os vícios que exercem um domínio especial sobre as mulheres perversas, quais sejam, a infidelidade, a ambição e a luxúria. São estas, portanto, mais inclinadas que as outras à bruxaria, por mais se entregarem a tais vícios. Como desses três vícios predomina o último, por serem as mulheres mais insaciáveis etc., conclui-se que, dentre as mulheres ambiciosas, as mais profundamente contaminadas são as que mais ardentemente tentam saciar a sua lascívia obscena: as adúlteras, as fornicadoras e as concubinas dos Poderosos<sup>111</sup>.

Prosseguindo, os freis dominicanos apresentam a Questão VII, a qual procura saber se as bruxas são capazes de desviar o intelecto dos homens para o amor ou para o ódio. Nesse item, os autores distinguem causa direta de causa indireta para afirmar que o demônio pode ser apenas a causa indireta do pecado, mas a causa direta é a “própria opção”<sup>112</sup> do ser humano.

A Questão VIII indaga se as bruxas são capazes de obstruir as forças generativas ou impedir o ato venéreo, isto é, as relações sexuais e a procriação. A resposta é positiva e, escorados em Pedro de Palude<sup>113</sup>, apontam os autores cinco métodos que as bruxas podem interferir nas forças generativas: a) pelo impedimento de que “corpos aproximem-se um do outro, direta ou indiretamente, interpondo-se sob alguma forma corpórea”; b) porque o “demônio é capaz de ora excitar, ora esfriar

<sup>110</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 112-121.

<sup>111</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 121.

<sup>112</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 124.

<sup>113</sup> Bispo e teólogo francês (1275-1342).

os homens no seu desejo, através de elementos secretos cujo poder ele bem conhece”; c) por meio da perturbação da “percepção e imaginação dos homens de sorte a fazer com que as mulheres lhes pareçam repulsivas”; d) impedindo a “ereção do membro viril” (é, aliás, digno de nota a importância que os freis dão aos problemas relacionados à impotência masculina); e e) por meio do impedimento do fluxo “da essência vital para os membros em que reside a força motriz”<sup>114</sup>. Finalizando a questão, os padres dominicanos reconhecem que não conseguem explicar a razão de haver “o bloqueio dessa função com relação a algumas mulheres e não em relação a outras”, asseverando que “o propósito secreto de Deus nesses casos é obscuro”.<sup>115</sup>

Adiante, Kramer e Sprenger permanecem na análise de interrogações relacionadas à sexualidade humana, pois na Questão IX indagam se as bruxas são capazes de algum ilusionismo pelo qual pareça que o órgão masculino tenha sido arrancado ou esteja inteiramente separado do corpo. Após a exposição dos argumentos contrários e favoráveis, esta é a “solução dos argumentos” apresentada pelos autores:

Quanto ao primeiro, está claro que não restou dúvida: com a permissão de Deus os demônios não só matam os homens como também são capazes de arrancar-lhes o membro viril, além de outros órgãos. Quanto ao segundo argumento, a resposta também clara está. Cumpre ressaltar: Deus confere mais poder à bruxaria sobre as forças genitais, permitindo assim que o membro viril possa ser de fato e verdadeiramente arrancado. Mas tal fenômeno não é sempre permanente. As bruxas muitas vezes têm o poder de restaurá-lo e sabem de que modo fazê-lo. Logo claro está que o membro não é realmente removido, mas sim o é por alguma ilusão mágica<sup>116</sup>.

A Questão X diz respeito à possibilidade de as bruxas transformarem os homens em bestas, cuja resposta, “em concordância com a opinião dos Doutores da Igreja”, inclusive de Tomás de Aquino, é de que “o diabo é capaz de iludir a fantasia

<sup>114</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 135-136.

<sup>115</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 137.

<sup>116</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 146.

humana fazendo com que um homem se pareça com um animal”<sup>117</sup>.

É interessante nessa questão o fato de os inquisidores terem de enfrentar um trecho bíblico, citado por eles (*Episcopus* XXVI, 5), que expressamente prevê que quem acredita ser possível transformar uma criatura em outra, exceto por vontade do próprio criador, “é sem dúvida um infiel e pior que um pagão”<sup>118</sup>. Astutamente, Kramer e Sprenger fogem do argumento ao dizer que o texto apresentado é “sempre incorretamente compreendido”<sup>119</sup>, para depois expor uma explicação pouco convincente a respeito da real interpretação do texto bíblico, criando uma nova diferenciação entre o que é “feito” e o que é “criado”. Encerram a Questão X com a afirmação de que os lobos que atacam e devoram homens e crianças fora de seus berços são também causados pela bruxaria.

Na Questão XI os sacerdotes tratam rapidamente da pergunta, respondida de forma positiva, se as bruxas parteiras matam o conceito ao nascer, provocam o aborto ou se fazem oferenda de recém-nascidos aos demônios.

Já a Questão XII é talvez a de maior profundidade teológica e filosófica da obra, que é saber se “a permissão de Deus Todo-Poderoso é Acompanhamento constante de Toda Bruxaria”<sup>120</sup>. Para os autores, “essa questão é tão difícil de entender quanto proveitoso é elucidá-la”<sup>121</sup>, pois, de fato, parece paradoxal defender um Deus caridoso, onipresente e onisciente, mas que fosse, ao mesmo tempo, conivente com todos esses enormes malefícios alegadamente causados pela bruxaria. Kramer e Sprenger, no entanto, sustentam, por meio de vários argumentos, que “de acordo com as nossas premissas, é impossível que Deus não permita a prática da bruxaria com o auxílio dos demônios”<sup>122</sup>.

Dizem isso porque Deus, como provedor universal do mundo inteiro, é sempre capaz de “dos males particulares extrair um grande bem; pois que através da perseguição dos tiranos surgiu a paciência dos mártires, e através das obras das

<sup>117</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 148.

<sup>118</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 147.

<sup>119</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 151.

<sup>120</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 156.

<sup>121</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 159.

<sup>122</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 162.

bruxas surgem a purgação e a provação da fé dos justos”<sup>123</sup>. Além disso, como “o mundo vai esfriando e aproximando-se do seu fim”<sup>124</sup>, Deus tem permitido a prevalência do mal, do pecado e do sofrimento, até por ser impossível a qualquer ser humano não cometer nenhum pecado, pois receberam do divino também o livre-arbítrio.

Por seu turno, a Questão XIII é uma continuidade da indagação anterior, porque trata de afirmar que, por “duas justíssimas permissões divinas”<sup>125</sup>, o diabo havia de pecar e os nossos primeiros ancestrais haviam de cair – “pelo que se justifica todo o sofrimento decorrente das obras das bruxas”<sup>126</sup>. É válido destacar, nesse ponto, a alegação de que todo o flagelo causado pela bruxaria, embora seja permitido por Deus, não é causado por ele, pois “Deus não é capaz de desejar o mal. Não o deseja e nem o contrário – apenas permite que ocorra para o aperfeiçoamento do universo”<sup>127</sup>.

A Questão XIV tem o seguinte título: “A Monstruosidade dos Crimes de Bruxaria, onde se mostra a Necessidade de trazer a lume a Verdade sobre Toda a Matéria”<sup>128</sup>. Nesse item, os autores pretendem demonstrar que a) “os males perpetrados pelas bruxas modernas excedem todos os pecados já permitidos por Deus”<sup>129</sup>, ultrapassando a todos eles em hediondez porque negam o Cristo crucificado; e b) “de todos os criminosos do mundo são as bruxas que merecem a mais severa punição”<sup>130</sup>, dizendo que não importa o quanto sejam as bruxas penitentes ou arrependidas, “não se lhes pode punir como aos outros Hereges com a prisão perpétua: é preciso que sofram a penalidade extrema”<sup>131</sup>.

Prosseguem os inquisidores, já chegando ao final do primeiro capítulo, na Questão XV, que trata de afirmar que “Por causa dos Pecados das Bruxas, os

---

<sup>123</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 161.

<sup>124</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 161.

<sup>125</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 164.

<sup>126</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 164.

<sup>127</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 167.

<sup>128</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 168.

<sup>129</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 169.

<sup>130</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 174.

<sup>131</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 174-175.

Inocentes são muitas vezes Enfeitiçados”<sup>132</sup>. Nesse tópico os freis dominicanos incursionam vagamente sobre as funções corretivas e vingativas do castigo aplicado aos hereges, asseverando que há cinco causas por que Deus castiga os homens durante a vida: a primeira, para a glória divina (como por exemplo na ressurreição de Lázaro – a morte serviu apenas para a operação do milagre); a segunda é para que se “adquira o mérito pelo exercício da paciência”<sup>133</sup>; a terceira é para que “a virtude posa ser preservada mediante a humilhação pelo castigo”<sup>134</sup>; a quarta é para que “a danação eterna já comece nessa vida”, ou seja, “para que se dê uma mostra do que se há de sofrer no inferno”<sup>135</sup>; e, por fim, a quinta é para que o homem possa ser purificado “pela expulsão e neutralização da sua culpa através do castigo”<sup>136</sup>. E concluem dizendo que os condenados devem ser “torturados com as dores mais excruciantes”, pois “o castigo do inferno há de ser proporcional aos crimes aqui cometidos”<sup>137</sup>.

A Questão XVI cuida de comparar as obras das bruxas com outras superstições maléficas, como a necromancia (adivinhação com os mortos), a geomancia (adivinhação com a terra, pedra ou ferro), a oniromancia (adivinhação por meio dos sonhos), a hidromancia (adivinhação com água), piromancia (adivinhação por meio do fogo), aeromancia (adivinhação pelo ar); aruspicação (adivinhação pelas entranhas de animais); horoscopia e astrologia (adivinhação pelos corpos celestes); ornitomancia (adivinhação por meio voo e canto das aves); onomatomancia (adivinhação com o uso do nome dos homens) e quiromancia (adivinhação pela observação das linhas das mãos). Como não poderia ser diferente, todas essas superstições “não podem ser comparadas aos atos das bruxas”<sup>138</sup>, que logicamente são muito mais graves e prejudiciais.

Na Questão XVII, os autores fazem uma breve comparação entre os crimes cometidos pelos homens e aqueles cometidos pelas bruxas para rematar que os últimos superam em perversidade qualquer outro delito ou pecado cometido.

<sup>132</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 175.

<sup>133</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 178.

<sup>134</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 178.

<sup>135</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 178-179.

<sup>136</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 179.

<sup>137</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 179.

<sup>138</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 183.

A última Questão é a de n. XVIII, que vai discutir longamente e pregar contra cinco argumentos laicos “que professam não conceder Deus ao Diabo e às Bruxas os Poderes necessários para operarem os Milagres da Bruxaria”<sup>139</sup>, ou seja, é o debate contra aqueles que negam a existência das bruxas.

Trazem à baila [dizem os autores sobre os críticos] cinco argumentos pelos quais alegam provar que Deus não o permite e, como não o permite, não há bruxaria no mundo. O primeiro argumento funda-se nos castigos naturais que Deus normalmente já impõe aos homens; o segundo funda-se nos alegados poderes do diabo; o terceiro esteia-se na própria natureza humana; o quarto, na origem dos males atribuídos às bruxas; e o quinto, enfim, no risco de vida dos pregadores e dos juízes que têm perseguido e castigado as bruxas<sup>140</sup>.

Cumpre aqui destacar o argumento bastante razoável desenvolvido pelos “laicos” de que “os males atribuídos às bruxas são similares aos males e enfermidades naturais, podendo, por conseguinte, ser determinados por causas naturais”<sup>141</sup>, ou seja, não poderiam ser atribuídos com segurança às bruxas.

Para responder a essas indagações os freis dominicanos revisitam vários argumentos já apresentados no curso do livro e apresentam alguns novos fundamentos, a saber: a) que Deus permite a concretização do mal para o aperfeiçoamento do universo; b) que, por isso e nessa medida, Deus concedeu aos homens o livre-arbítrio, isto é, “a liberdade de agir segundo sua própria vontade”<sup>142</sup>; c) que, embora não neguem a natureza humana, “ao diabo apraz mais tentar os bons do que os perversos”<sup>143</sup>; d) que se deve distinguir entre a vontade essencial ou real de Deus e os seus efeitos visíveis, pois em algumas situações estas são expressas por sinais exteriores em sentido metafórico – e por isso pode parecer ao homem uma vontade ruim ou negativa; e e) que as bruxas são incapazes de fazer mal aos inquisidores e a outros oficiais da justiça porque “estes são os encarregados de fazer a justiça pública. Muitos exemplos podem ser aqui aditados para prová-lo,

<sup>139</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 187.

<sup>140</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 188-189.

<sup>141</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 188.

<sup>142</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 189.

<sup>143</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 190.

mas o tempo exíguo não nos permite”<sup>144</sup>.

Mostra-se importante realçar, ainda nesta Questão, a resposta à indagação dos críticos quando perguntam “de que modo é possível distinguir entre os males causados por bruxaria e os males de causa natural”<sup>145</sup>, ao que respondem os autores com a explicação de três métodos diferentes: “o primeiro é através do julgamento dos médicos”<sup>146</sup>, como ensinava Santo Agostinho; o segundo método é “quando se vê que a doença é incurável: não há remédio que a alivie; todos parecem agravá-la”<sup>147</sup>; e o terceiro “está na rapidez da instalação do mal, ou seja, quando é tão repentino que só pode ser atribuído à bruxaria”<sup>148</sup>. E encerram o capítulo mencionando “casos” que comprovariam seus argumentos.

### **1.3.2 Segunda parte: dos métodos pelos quais se infligem os malefícios e de modo podem ser curados**

O segundo capítulo da obra, diferentemente do que ocorreu com o primeiro e ocorrerá com o terceiro e último, não está organizado somente na forma de *quaestio disputata* (embora elas também apareçam), porque é uma parte mais “assertiva” do livro, em que se apresentam as formas pelas quais as bruxas praticam a bruxaria e de que maneira esses males poderiam ser curados.

Na Questão I da segunda parte, os autores apontam para aqueles “contra quem as Bruxas não tem qualquer Poder”<sup>149</sup>: “três classes de homens abençoados por Deus, a quem a abominável raça não tem o poder de injuriar com suas bruxarias”<sup>150</sup>. São eles: os que administram a justiça pública e levam as bruxas a julgamento pelos seus crimes; os que, “de acordo com os rituais tradicionais e santos da Igreja, fazem uso lícito dos poderes dos poderes que a Igreja lhes concede, no exorcismo das bruxas”<sup>151</sup>; e, por fim, aqueles que são “de vários modos

---

<sup>144</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 193.

<sup>145</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 192.

<sup>146</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 192.

<sup>147</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 192.

<sup>148</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 192.

<sup>149</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 197.

<sup>150</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 198.

<sup>151</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 198.

abençoados pelos Anjos do Senhor”<sup>152</sup>.

Os primeiros – os inquisidores – estão protegidos, entre outros motivos, porque os demônios sentem-se amedrontados “quando se faz justiça para vingar tais crimes horríveis”<sup>153</sup>. Já a causa de infalibilidade dos segundos – os exorcistas – “é evidente por si mesma”<sup>154</sup>; e, quanto aos terceiros, estão protegidos porque “a tradição é larga e conforma igualmente com as Sagradas Escrituras e com a filosofia natural”<sup>155</sup>. Citam, no tocante à última classe dos invulneráveis, vários casos, como, por exemplo, a ocasião em que um sujeito, diferentemente do que ocorreu com seus dois companheiros de caminhada, foi salvo de ser alvejado por um raio diabólico porque “naquele dia assistira à Missa e, ao final dela, as palavras de S. João, no Evangelho: ‘No princípio era o Verbo’”<sup>156</sup>.

Concluem, portanto, que salvo quanto a essas três classes de pessoas, todas as outras estão sujeitas aos malefícios e tentações da bruxaria, que são causados por um dos dezoito métodos que passam a expor a seguir, em rol meramente exemplificativo.

Assim, seguindo a lógica estrutural do livro, no Capítulo I da segunda parte os autores começam a tratar “dos métodos pelos quais os demônios, por intermédio das bruxas, aliciam inocentes para engrossar as fileiras de suas hostes abomináveis”<sup>157</sup>, arrolando três modos diferentes, quais sejam: a fadiga para as mulheres mais idosas; a sedução para as mais jovens; e a tristeza e a pobreza para as mulheres cortejadas por homens com quem, contudo, acabam por não se casar.

No Capítulo II da parte segunda Kramer e Sprenger demonstram como se faz um “pacto normal” com o diabo<sup>158</sup>, trecho em que narram inclusive os pormenores de uma cerimônia de iniciação na bruxaria, explicando o método do juramento sacrilégio, bem como afirmando que esse juramento, por vezes, só tem

---

<sup>152</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 198.

<sup>153</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 198.

<sup>154</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 200.

<sup>155</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 203.

<sup>156</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 202.

<sup>157</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 209.

<sup>158</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 214.

validade por um determinado período de tempo, o que explica por que algumas bruxas não confessam seus crimes mesmo submetidas às piores torturas e outras os confessam já no primeiro interrogatório<sup>159</sup>.

No Capítulo III ainda da segunda parte os freis dominicanos desvendam de que modo as bruxas são transportadas de um lugar a outro, o descrevendo da seguinte forma:

Eis, enfim, o seu método de transporte pelo ar. De posse da pomada voadora, que, como dissemos, tem sua fórmula definida pelas instruções do diabo e é feita dos membros das crianças, sobretudo daquelas mortas antes do batismo, ungem com ela uma cadeira ou uma vassoura; depois do que são imediatamente elevadas aos ares, de dia ou de noite, na visibilidade ou, se desejarem, na invisibilidade; pois o diabo é capaz de ocultar um corpo pela interposição de alguma outra substância, conforme mostramos na Primeira Parte deste trabalho, onde falávamos dos encantamentos e das ilusões diabólicas. E não obstante o diabo realize tal prodígio em grande parte através da pomada – para que as crianças se vejam privadas da graça do batismo e da salvação –, parece que também consegue o mesmo resultado sem o seu emprego. Já que, vez ou outra, transporta as bruxas em animais que não são de fato animais mas demônios naquela forma; e noutras ocasiões, mesmo sem qualquer auxílio exterior, elas são visivelmente transportadas exclusivamente pela força dos demônios<sup>160</sup>.

O Capítulo IV trata de esclarecer como as bruxas copulam com os demônios conhecidos como Íncubos, que é subdividido em seis pontos: a) que os demônios assumem uma forma etérea e outra material, o que os permitem comer, falar, ouvir, respirar e, logo, manter contato físico com as mulheres; b) que, para permitir a procriação, “um Súcubo recolhe o sêmen de um homem perverso” e o passa para um Íncubo ou transforma-se nele; c) que, em sendo o momento propício para a bruxa engravidar, ele pode “injetar” o sêmen para contaminar-lhe a prole; d) que as bruxas, em curiosa coincidência, estão mais “propensas ao prazer” em dias sagrados como o natal, a páscoa e o pentecostes; e) que os demônios agem, no momento da relação sexual, de forma visível para as bruxas e na invisibilidade para

---

<sup>159</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 220.

<sup>160</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 228.

os circunstantes (daí o motivo de ninguém ter presenciado uma relação sexual deste tipo)<sup>161</sup>; e f) como já é sabido pela “constante experiência dos magistrados locais”, os Íncubos tentam a todas as mulheres, às vezes “por intermédio de prostitutas e devassas, visando a seduzir as donzelas devotas e castas”<sup>162</sup>

Em seguida, no Capítulo V, os inquisidores apresentam as maneiras pelas quais as bruxas comprometem as forças procriadoras e causam outros males “a todas as criaturas de Deus”<sup>163</sup>. Explicam eles que são seis os expedientes utilizados para tal fim:

O primeiro está na indução do amor malévolos de um homem por uma mulher ou vice-versa. O segundo está em plantar o ódio ou o ciúme no coração das pessoas. O terceiro é enfeitando os homens para que não consigam realizar o ato carnal com as mulheres; ou enfeitando as mulheres para que não concebam ou para provocar-lhes o aborto. O quarto está em causar doenças em qualquer órgão dos seres humanos. O quinto está em tirar a vida de homens e mulheres. O sexto consiste em privá-los da razão<sup>164</sup>.

O Capítulo VI é intitulado “De Como as Bruxas Neutralizam a Força da Procriação” e dedica-se, então, a enumerar as causas da impotência masculina, que pode ser maneira intrínseca (as bruxas podem impedir diretamente a ereção e a ejaculação do homem) ou extrínseca (por meio do uso de imagens, ingestão de ervas ou através do uso de testículos de galo)<sup>165</sup>.

Mantendo a sequência e a coerência do livro, o Capítulo VII da segunda parte é intitulado, de maneira um tanto quanto encabulada, “De Como as Bruxas, por assim dizer, Privam um Homem de seu Membro Viril”<sup>166</sup>. Nesse tópico, reforçando os argumentos já apresentados na primeira parte, Kramer e Sprenger explicam que as

---

<sup>161</sup> Eis uma curiosa explicação para casos de traição conjugal: “Alguns maridos têm visto Íncubos copulando com suas esposas, embora por vezes julguem não ser Íncubos e sim homens. Mas, ao apanharem suas armas para expulsá-los, os demônios repentinamente desaparecem como que se tornando invisíveis. E depois as mulheres vêm se jogar em seus braços, por vezes machucadas. Algumas, no entanto, reclamam, escarnecendo-hes e perguntando se por acaso não enxergam ou se estão possuídos por algum demônio” (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 240)

<sup>162</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 231-241.

<sup>163</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 242.

<sup>164</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 243.

<sup>165</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 246.

<sup>166</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 248.

bruxas não necessariamente “arrancam” o órgão masculino do corpo do homem, mas o oculta por meio de algum encanto, e, logo em seguida, descrevem exemplos e casos reais em que esse malefício aconteceu<sup>167</sup>.

No Capítulo seguinte, de n. VIII, são apresentados novos exemplos dos modos pelos quais os homens são transformados em bestas<sup>168</sup>. Em seguida, no Capítulo IX, é explicado o método pelo qual, para a realização da metamorfose por prestidigitação, os demônios penetram no corpo e na cabeça do homem sem o ferir, pois apenas movem as “imagens mentais”<sup>169</sup>.

O Capítulo X cuida de elucidar o método pelo qual os demônios, por intermédio das bruxas, “às vezes” possuem os homens<sup>170</sup>. Os freis dominicanos esclarecem que existem cinco modos de possessão: pelos próprios corpos dos homens; pelos seus corpos e pelas suas faculdades interiores; por tentação interior e exterior tão-somente; por privar-lhes do uso da razão; e por metamorfose, transformando-os em “bestas irracionais”<sup>171</sup>. Logo em seguida, os inquisidores gastam várias páginas apresentando exemplos reais de cada uma das modalidades acima mencionadas.

Na sequência, no Capítulo XI os autores, sempre recorrendo quase que exclusivamente a exemplos que presenciaram pessoalmente ou tomaram conhecimento por pessoas que consideram idôneas, deslindam como as bruxas são capazes de infligir toda sorte de enfermidade, da lepra a epilepsia, sempre com a permissão de Deus e confirmado pela prévia análise médica.

---

<sup>167</sup> Há, nesse item, mais uma anedota que demonstra o “senso de humor” dos inquisidores: “E o que há de pensar das bruxas que, vez por outra, reúnem membros masculinos em grande número, num total de vinte ou trinta, e os colocam em ninhos de pássaros ou em caixas, onde se movem como se estivessem vivos e comem grãos de aveia e de trigo? Cumpre entender que tudo isso é feito por obra e ilusão do diabo: o sentido dos que veem tais coisas se acham iludidos na direção que indicamos. Pois um certo homem contou-nos que, quando perdeu o seu membro, aproximou-se de uma conhecida bruxa e pediu-lhe que o restituísse. A mulher disse-lhe então para que subisse numa determinada árvore e que, no ninho que lá se encontrava, escolhesse o membro que mais lhe agradasse dentre os muitos que havia. E, quando ele tentou pegar um bem grande, a bruxa disse: – Não deves pegar esse aí, porque era de um pároco”. (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçarias**. p. 253).

<sup>168</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçarias**. p. 254-257.

<sup>169</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçarias**. p. 258-265.

<sup>170</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçarias**. p. 265.

<sup>171</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçarias**. p. 266.

Nesse capítulo os inquisidores colocam duas questões interessantes, que merecem ser mencionadas. A primeira é a quem atribuir tais desgraças, às bruxas ou aos demônios? A resposta é que quando os demônios agem sozinhos, a eles devem ser atribuídas exclusivamente a responsabilidade; porém, quando agem por intermédio das bruxas, estas devem ser responsabilizadas, “embora muitas vezes o diabo possa ser o ator principal”<sup>172</sup>.

A segunda dúvida é ainda mais notável: se os demônios são capazes de causar males aos homens por conta própria, não poderiam eles estar apenas difamando mulheres honestas para que fossem castigadas como bruxas? Após alguma reflexão, Kramer e Sprenger chegam à seguinte conclusão: essa hipótese não parece crível porque “até o momento não sabemos de um só caso de pessoa que tenha sido difamada pelo diabo em tal medida que fosse condenada à morte por qualquer crime em particular”<sup>173</sup>. E arrematam: “ora, estamos aqui a nos referir a fatos reais: não é de nosso conhecimento que alguma pessoa inocente já tenha sido punida por mera suspeita de bruxaria: Deus nunca há de permitir que isso aconteça”<sup>174</sup>.

O Capítulo XII traz novamente uma série de exemplos pelos quais as bruxas afligiram os homens com outras enfermidades, como a cegueira, dores excruciantes e deformidades corporais<sup>175</sup>. Nessa mesma linha segue o Capítulo XIII, que trata do modo que as parteiras cometem “o mais hórrido dos crimes: o de matar e oferecer aos demônios crianças da forma mais execrável”<sup>176</sup>, explicitando que a bruxa-parteira, assim que a criança nasce, pega-a no colo e, sob o pretexto de aquecê-la, a leva até junto do fogo da cozinha e lá, erguendo a criança nos braços, a oferece a Lúcifer<sup>177</sup>. Essas crianças, além de privadas de entrar no reino dos céus, serão sempre predispostas à perpetração da bruxaria.

O Capítulo XIV vai apresentar as maneiras pelas quais as bruxas infligem

---

<sup>172</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 276.

<sup>173</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 277.

<sup>174</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 277.

<sup>175</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 279-283.

<sup>176</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 283-290.

<sup>177</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 286.

males ao gado – secando o leite das vacas ou mesmo matando os animais<sup>178</sup>; ao passo que o Capítulo XV busca explicar como as bruxas desencadeiam tempestades comuns e de granizo e de como fulminam homens e animais com raios<sup>179</sup>, trecho que conta com a citação expressa de trecho da obra de Tomás de Aquino.

O Capítulo XVI se prestaria ao esclarecimento dos três métodos pelos quais se pode descobrir que, eventualmente, os homens, e não as mulheres, são dados à bruxaria. Apesar do título, tal capítulo envereda por discussões bastante diversas da proposta no cabeçalho, para tratar, *v.g.*, das penas a que se sujeitam todos os hereges na Lei Canônica – mais brandas para os feiticeiros do sexo masculino –, da aplicação da pena de morte para os reincidentes na heresia, e, ainda, da competência para processar e julgar os crimes de bruxaria.

Sobre esse assunto, os autores explicam que se trata de uma competência comum e até conjunta entre as cortes seculares e eclesiásticas:

Mas quando o Cânon afirma que as cortes seculares não têm jurisdição nesse assunto em virtude de o crime de heresia ser exclusivamente eclesiástico, parece que tal assertiva não se aplica ao caso das bruxas. Os crimes das bruxas não são exclusivamente eclesiásticos, são também civis em decorrência do prejuízo temporal que causam. Entretanto, como será mostrado adiante, embora o juiz eclesiástico deva submeter a processo e julgar o caso, cabe ao juiz secular executar a sentença e cominar a pena, segundo mostrado nos capítulos do Cânon sobre a anulação da heresia e sobre a excomunhão. Pelo que, mesmo que o bruxo tenha sido julgado pelo Ordinário, o juiz secular ainda terá o poder de puni-lo depois de a ele entregue pelo Bispo; entretanto, com o consentimento do Bispo, o juiz secular pode ainda atuar em ambas as instâncias, ou seja, pode julgá-lo e puni-lo<sup>180</sup>.

Assim encerra-se a Questão I da segunda parte do livro e, na Questão II, em que se apresentam os métodos para “destruir e amaldiçoar a bruxaria”<sup>181</sup>, discute-se, inicialmente, a seguinte pergunta: “será lícito remover a bruxaria através

<sup>178</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 291-295.

<sup>179</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 295-299.

<sup>180</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 305.

<sup>181</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 309.

de outra bruxaria, ou através de outros meios proibidos?”<sup>182</sup>, ou seja, algo próximo de uma discussão sobre a utilização de prova ilícita.

A indagação é reconhecidamente difícil e os autores trazem à colação posições antagônicas a respeito do tema, uma professando a impossibilidade do uso de técnicas ilícitas para combater a bruxaria e outra admitindo tal hipótese. Kramer e Sprenger exprimem uma posição intermediária, admitindo o uso da “bruxaria contra a bruxaria” apenas “quando todos os remédios da Igreja – como o exorcismo, as orações dos Santos e a penitência genuína – foram tentados e falharam”<sup>183</sup>.

No mais, a Questão II da segunda parte do *Malleus* segue com os Capítulos que tratam “dos remédios prescritos pela Santa Igreja contra os Íncubos e Súcubos”<sup>184</sup>, mas não sem antes afirmar que não há remédio que vá curar ou resolver todas as situações de bruxaria, já que isso exigiria que os juízes erradicassem todas as bruxas ou, pelo menos, “que as castiguem como exemplo para todas as outras que, porventura, desejem imitá-las”<sup>185</sup>.

Por se tratarem de questões de menor importância para esta dissertação, apenas se mencionará os títulos dos Capítulos que, no mais das vezes, são autoexplicativos: o Capítulo II versa sobre os remédios prescritos pelos que são enfeitados com a limitação da força procriadora (que pode ser a peregrinação ou romaria a algum lugar sagrado, a confissão sincera de todos os pecados, o uso em abundância do sinal da cruz, o exorcismo lícito e até mesmo a aproximação prudente da bruxa que perpetrou o mal)<sup>186</sup>; o Capítulo III cuida dos remédios prescritos aos que, por bruxaria, são inflamados pelo amor desregrado ou pelo ódio insano (que podem ser curados com o casamento com aquele que tanto ama, o uso de certos medicamentos, evitar a presença do amado ou odiado, a invocação do anjo da guarda, a difamação da pessoa amada ou a execução de árduas tarefas que venham a distrair o pensamento)<sup>187</sup>; o Capítulo IV trata dos remédios prescritos aos que perderam o “membro viril” ou foram transformados em bestas (curável com a

<sup>182</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 309.

<sup>183</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 313-314.

<sup>184</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 322.

<sup>185</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 322.

<sup>186</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 328-332.

<sup>187</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 333-337.

confissão, com um acordo amigável com a bruxa para que lhe restitua o membro, ou, finalmente, com o extermínio da bruxa que causou o mal)<sup>188</sup>; o Capítulo V versa sobre os remédios prescritos para os “obcecados por algum malefício” (curáveis com a confissão sincera em conjunto com o exorcismo, intercessões e orações dos santos, orações piedosas e, em últimos casos, com a excomunhão)<sup>189</sup>; o Capítulo VI vai tratar não propriamente de um remédio, mas procura, inclusive por meio um “passo a passo”, explicar de que forma é possível realizar um exorcismo lícito, isto é, dentro dos padrões aceitos pela Igreja<sup>190</sup>; o Capítulo VII cuida dos remédios prescritos contra as tempestades e para os animais possessos, em que são elencadas várias medidas lícitas e ilícitas para tal fim<sup>191</sup>; por derradeiro, o Capítulo VIII é o que trata dos remédios prescritos contra os males sombrios e tenebrosos com que os demônios afligem os homens, mas que na verdade cuida de indicar medidas a serem adotadas em face de “males que atingem os frutos da terra, causados por lagartas daninhas, ou por enorme nuvens de gafanhotos e por outros insetos que vêm recobrir vastas extensões de terra”, além dos remédios “contra o rapto de crianças pelas obras dos demônios”<sup>192</sup>.

Encerra-se assim a segunda parte do *Malleus maleficarum*, que passa em seguida imediatamente a tratar dos procedimentos judiciais cabíveis para apurar os crimes de bruxaria.

### **1.3.3 Terceira parte: que trata das medidas judiciais no tribunal eclesiástico e no civil a serem tomadas contra as bruxas e também contra todos os hereges; que contém XXXV questões onde são clarissimamente definidas as normas para a instauração dos processos onde são explicados os modos pelos quais devem ser conduzidos, e os métodos para lavrar as sentenças**

A terceira parte do Martelo das feiticeiras principia, antes de ingressar nas questões específicas do procedimento inquisitorial, com considerações gerais

---

<sup>188</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 337-340

<sup>189</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 340-346.

<sup>190</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 347-363.

<sup>191</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 364-369.

<sup>192</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 370-373.

acerca dos juízes “justa e propriamente indicados para o julgamento das bruxas”<sup>193</sup>. Nesse item os autores reafirmam a ideia de que a bruxaria, por ser um crime de natureza mista, “deve ser julgado e punido por ambos os Tribunais”<sup>194</sup>, cabendo, em regra, ao tribunal eclesiástico a investigação e o descobrimento da “verdade” e ao tribunal civil a delimitação e execução da pena quando esta for a de morte. Defendem os freis dominicanos também a posição de que para o julgamento pelo tribunal eclesiástico não necessariamente deve estar presente a figura do inquisidor, pois o processo pode ser conduzido pelos próprios bispos locais, com o acompanhamento e auxílio dos juízes civis e temporais nos casos em que envolvem a sentença capital<sup>195</sup>.

Segundo Kramer e Sprenger, para que uma pessoa seja corretamente julgada como herege, há de preencher cinco condições, quais sejam:

Primeiro, há de estar em erro de julgamento ou de raciocínio. Segundo, o erro há de tratar de assuntos pertinentes à fé, seja contrário ao ensinamento da Igreja como a fé verdadeira, ou contrário à sã moralidade e, portanto, não conduzindo a alma do indivíduo à vida eterna. Terceiro, o erro á de encontrar-se naquele que professou a fé Católica, caso contrário seria um judeu o um pagão, e não um herege. Quarto, o erro há de ser de tal natureza que aquele que o defende ainda preserve alguma da verdade no cristo, no que tange à Sua Majestade ou à Sua Humanidade; porque se um homem nega inteiramente a fé, é na verdade um apóstata. Quinto, há de ser pertinaz e obstinado na defesa de seu erro<sup>196</sup>.

Para ilustrar, os inquisidores apresentam o seguinte exemplo: se um homem porventura cometer o crime de adultério, não obstante desobediça ao mandamento “Não cometerás adultério”, não pode ser considerado herege, mas criminoso comum, exceto se sustentar a opinião de que é lícito cometer o adultério<sup>197</sup>.

Feitas essas considerações, Kramer e Sprenger passam a tratar das questões propriamente ditas, todas relativas ao procedimento inquisitorial, partindo

<sup>193</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 377.

<sup>194</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 381.

<sup>195</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 381.

<sup>196</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 384.

<sup>197</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 384.

da forma de abertura do processo até as diversas modalidades de sentença que podem ser proferidas pelo tribunal.

Assim, a Questão I da terceira parte é intitulada “Do Método para Dar Início a um Processo”, que podem, na verdade, ser três: o primeiro, quando a acusação é feita por uma pessoa contra outra perante o juiz, “sendo que o acusador se oferece para prova-lo e se submete à lei de talião caso não o consiga”<sup>198</sup>. Os inquisidores não recomendam a utilização dessa modalidade, por ser “cheia de riscos ao acusador”, e recomendam ao juiz que oriente o denunciante para que se utilize do segundo método, no qual não poderá ser penalizado caso não comprove a denúncia, “já que se apresenta como informante e não como acusador”<sup>199</sup>.

Esta segunda forma de dar início a um processo contra bruxas é a modalidade pela qual a pessoa que deseja denunciar outra apresenta suas informações ao tribunal porém não se propõe a prova-las “e se recusa a se envolver diretamente na acusação”<sup>200</sup>.

O terceiro método é o mais comum e habitual deles<sup>201</sup> e parte de um boato, sem a presença de um acusador ou um informante específico, mas “apenas uma denúncia geral de que há bruxas em determinado lugar ou em determinada cidade”<sup>202</sup>. Como o livro se propõe a ser um verdadeiro “manual prático” para os inquisidores e outros clérigos, os autores apresentam inclusive um “modelo” de documento apto a dar início a um processo, o qual, quanto ao terceiro método, é o seguinte:

*Em nome do Senhor. Amém.*

No ano de Nosso Senhor de ....., no ..... dia do ..... mês, ou aos ..... meses, chegou ao conhecimento do oficial ou Juiz ..... o boato persistente, de conhecimento público, de que ....., da cidade ou da Paróquia de ....., fez ou disse ..... que guarda ressaibo de bruxaria, que vai de encontro à fé e ao bem comum do Estado.

<sup>198</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 396.

<sup>199</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 397.

<sup>200</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 396.

<sup>201</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 399.

<sup>202</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 396.

Esse caso foi ouvido no ..... dia do ..... mês do ano ..... em minha presença, o Notário da ....., ou o Escrivão do ..... e na presença das testemunhas ....., que foram chamadas e interrogadas.<sup>203</sup>

A Questão II, por sua vez, vai tratar do número de testemunhas suficientes para ensejar a condenação de uma bruxa, ou seja, saber se o “juiz pode condenar lícitamente qualquer pessoa por crime de heresia (por bruxaria) com base no depoimento absolutamente concordante de duas testemunhas apenas, ou se são necessárias mais de duas”<sup>204</sup>. Kramer e Sprenger não respondem de forma peremptória à indagação, pois, por um lado, prescrevem a prudência em acusações “desse tipo”, já que “a prova de uma acusação há de ser mais clara que a luz do dia”<sup>205</sup>; por outro, afirmam que “muita pouca evidência se faz numa acusação dessa natureza, visto que com pouquíssimos argumentos já se expõe a culpabilidade da pessoa acusada”<sup>206</sup>. A resposta, então, é que o número de testemunhas exigidas para a condenação deve ser “submetida ao arbítrio do Juiz”<sup>207</sup>.

Na seguinte Questão, de n. III, é abordado brevemente o “juramento solene” e os “interrogatórios subsequentes das testemunhas”, apenas para afirmar que as testemunhas poderão ouvir novamente testemunhas que prestem depoimentos “confusos ou contraditórios”<sup>208</sup>. A Questão IV por sua vez cuida da “qualidade e da condição das testemunhas”, para asseverar que, na falta de outras provas, apenas a “promotoria” – nunca a defesa – pode se valer da oitiva de outras bruxas, de pessoas excomungadas, dos cúmplices do mesmo crime, de “notórios malfeitores e criminosos”<sup>209</sup>, de parentes e de “servos que prestam depoimentos contra os seus amos”<sup>210</sup>. Em seguida é discutida a Questão V que vai concluir que os “inimigos mortais” do acusado não podem ser admitidos como testemunhas – mas vale referir que o conceito de inimigo mortal para os inquisidores é bastante

<sup>203</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 399-400.

<sup>204</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 400.

<sup>205</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 401.

<sup>206</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 401.

<sup>207</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 402.

<sup>208</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 403.

<sup>209</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 403.

<sup>210</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 403.

restrito<sup>211</sup>.

A Questão VI vai dar início às explicações referentes aos trâmites burocráticos do processo, isto é, de como são interrogadas as testemunhas e dos modos de interrogar a acusada. Nesse passo, os inquisidores expõem que o juiz, para proceder ao julgamento, não necessitará “de nenhuma ordem judicial por escrito, e nem exigirá que a causa seja contestada”<sup>212</sup> e advertem que o magistrado deve desautorizar “quaisquer contenções impertinentes de defensores e advogados”<sup>213</sup>. O processo, segundo eles, “há de ser conduzido de maneira simples”<sup>214</sup>. Na sequência é apresentado um “modelo” para a colheita do depoimento das testemunhas e, ainda, do interrogatório da bruxa, que é dividido em duas partes – o exame geral, que investiga a condição pessoal da acusada, e o exame particular, que vai questionar a respeito dos fatos propriamente apurados<sup>215</sup>.

Na Questão seguinte, de n. VII, os autores vão indicar se a acusada que nega o cometimento do crime de bruxaria deve ficar presa depois de seu interrogatório. Nessa hipótese, o juiz deve considerar três elementos, quais sejam, a má reputação da bruxa, a evidência dos fatos e o depoimento das testemunhas. Concordantes esses pontos ou havendo uma evidência muito forte ou mesmo as testemunhas tenham sido essencialmente coerentes “convém confinar a acusada na prisão por algum tempo, ou por alguns anos, caso em que, talvez, depois de padecer por um ano das misérias do cárcere, venha a confessar os crimes cometidos”<sup>216</sup>.

A Questão VIII, que “decorre da questão precedente”<sup>217</sup>, vai analisar se seria melhor manter a acusada presa em todas as hipóteses ou se se poderia dispensá-la da custódia para permitir uma futura condução e interrogatório. Os inquisidores apresentam três opiniões a respeito do tema e concluem que a terceira teoria – que apregoa que “não se pode estabelecer nenhuma regra rígida, e sim se

---

<sup>211</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 404.

<sup>212</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 406.

<sup>213</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 406.

<sup>214</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 406.

<sup>215</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 409-410.

<sup>216</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 413.

<sup>217</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 414.

há de deixar ao Juiz que aja de acordo com a gravidade da matéria”<sup>218</sup> – “parece ser a mais razoável”<sup>219</sup>.

Já a Questão IX abordará os procedimentos posteriores à prisão da acusada, ou seja, se deve se permitir a ela ser defendida – ao que respondem que somente deve ser permitida a defesa “quando é feita solicitação direta”<sup>220</sup> – e se a bruxa pode ter conhecimento do nome das testemunhas. A resposta, quanto a este último aspecto, é a seguinte: se as testemunhas ou informantes podem correr risco “em virtude dos poderes das pessoas contra as quais prestam depoimento”, devem ter seus nomes omitidos; do contrário, devem estes serem tornados públicos “exatamente como em outros casos”<sup>221</sup>. Cumpre aqui destacar a advertência feita pelos inquisidores quanto à condição financeira da suposta bruxa, pois seria mais perigoso tornar públicos os nomes das testemunhas se a acusada é pobre, “porque é pessoa que tem muitos cúmplices malignos, como bandidos e homicidas, a ela associados, que nata têm a perder, além da própria vida”<sup>222</sup>, o que não seria o caso dos que são de “berço nobre” ou ricos.

Por sua vez, a Questão X “trata da espécie de defesa que se pode permitir” à acusada e da forma de indicação do advogado. São três as considerações dos inquisidores: primeiro, que o advogado deve ser indicado pelo juiz e não “segundo a vontade da acusada” e que o magistrado deve ter “grande cautela ao indicá-lo: que não seja um homem litigioso e malévolo”<sup>223</sup>. O segundo ponto é que os nomes das testemunhas não podem ser conhecidos pelo advogado, mesmo sob juramento; o terceiro é que “a acusada há de receber, na medida do possível, o benefício da dúvida, desde que isso não envolva um escândalo à fé ou seja prejudicial à justiça”<sup>224</sup>.

Prosseguindo, a Questão XI versa sobre os procedimentos que o advogado deve adotar quando os nomes das testemunhas não lhe forem revelados,

---

<sup>218</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 414.

<sup>219</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 414.

<sup>220</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 416.

<sup>221</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 417.

<sup>222</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 417.

<sup>223</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 419.

<sup>224</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 419.

aconselhando os autores que o defensor pode, em caso de insistência, estimular a acusada a “adivinhar” quem são os depoentes<sup>225</sup>. Na Questão seguinte, XII, os inquisidores esclarecem de que forma o juiz deve investigar a alegada “inimizade pessoal” entre acusada e testemunha<sup>226</sup>.

Eis a Questão XIII:

A ação seguinte do juiz é bastante clara. Pois a justiça comum exige que a bruxa não seja condenada à morte a menos que tenha sido declarada culpada por própria confissão. Mas aqui estamos considerando o caso de alguém que é capturado em manifesta heresia por uma das duas razões firmadas na Primeira Questão, a saber, por evidência direta ou indireta do fato, ou pela declaração legítima de testemunhas; e nesse caso há de ser exposta a interrogatório e a tortura para que seja exortada à confissão do crime<sup>227</sup>.

A Questão XIV vai dar início aos métodos de interrogatório mediante tortura. Num primeiro momento, orientam os inquisidores, a acusada deve apenas ser levada até às máquinas de tortura, porém não será torturada; deve, nessa ocasião, ser “levada a um canto”<sup>228</sup> para que seja persuadida à confissão.

Surge, nessa questão, um outro problema, qual seja: se o juiz pode lícitamente prometer salvar a vida da acusada caso esta confesse, mesmo sabendo que, com a confissão, só lhe restaria sofrer a pena capital. Sobre o tema, os inquisidores apresentam várias posições e concluem que o juiz só pode prometer a vida à acusada se: a) ela for em seguida condenada à prisão perpétua, a pão e água; e b) que necessariamente “forneça evidência que leve à condenação de outras bruxas”<sup>229</sup> – seria, pois, uma espécie de delação premiada.

Caso mesmo assim a acusada não confesse, o juiz está legitimado a submetê-la a tortura, “começando-se com os meios mais brandos”<sup>230</sup>. Ainda, se a suspeita de bruxaria confessar durante a tortura, o magistrado deve ter a cautela de

<sup>225</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 421.

<sup>226</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 424.

<sup>227</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 428.

<sup>228</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 432.

<sup>229</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 432.

<sup>230</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 433.

levá-la para outro local e interrogá-la novamente, “para que não confesse somente sob a pressão da tortura”<sup>231</sup>. Em não havendo confissão, as torturas devem prosseguir nos dias seguintes, mas antes sempre o juiz deve colocar a acusada diante de outros aparelhos e “dizer-lhe que terá de suportá-los se não confessar”<sup>232</sup>. Nesse período, o magistrado deve cuidar para que a acusada não cometa, “por obra do demônio”, o suicídio.

Na Questão XV são apresentados os meios e os sinais pelos quais o juiz é capaz de, durante a tortura, identificar uma bruxa, como por exemplo verificar se ela é “capaz de soltar lágrimas”<sup>233</sup>, bem como a maneira pela qual o magistrado poderá se proteger dos malefícios da bruxaria, como impedindo que a acusada o veja primeiro ou o toque fisicamente<sup>234</sup>. Por fim, orientam que todos os pelos do corpo da acusada devem ser raspados.

A última indagação antes da análise dos métodos de prolação das sentenças é a Questão XVI, “que trata das precauções finais a serem observadas pelo juiz”<sup>235</sup>. Aqui são relevantes três pontos: a) que o juiz pode propor a ordália, porém não deve jamais realizá-la – esse fato apenas confirmará a culpabilidade da acusada, que está disposta a submeter-se a esse tipo de risco pois sabe que “o demônio impedirá os ferimentos”<sup>236</sup>; b) que o juiz, para estimular a confissão, pode prometer misericórdia, “mas com reserva espiritual, o que significa que será misericordioso para consigo ou para com o Estado; pois o que quer que seja feito para a segurança do Estado é misericordioso”; e c) que o juiz pode colocar a acusada em contato com algum amigo ou parente próximo para que “entabule com ela uma conversa demorada”<sup>237</sup>; porém, nesse momento, deve também posicionar do lado de fora da cela observadores “que a tudo escutem e que tomem notas de suas palavras”<sup>238</sup>.

---

<sup>231</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 433.

<sup>232</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 433.

<sup>233</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 435.

<sup>234</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 436.

<sup>235</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 440.

<sup>236</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 441.

<sup>237</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 442.

<sup>238</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 442.

Chega-se, assim, à última fração da obra, que se inicia com a Questão XVII, cujo assunto já foi abordado anteriormente, para reafirmar que mesmo na sentença qualquer tipo de ordália deve ser considerada ilícita<sup>239</sup>. A Questão XVIII é aquela por meio da qual os autores irão diferenciar as três espécies de sentença: a interlocutória, a definitiva e a preceptiva (esta última, que não é mais abordada no livro, seria uma decisão proferida por uma autoridade inferior que deve ser confirmada por uma autoridade superior)<sup>240</sup>.

Na Questão XIX Kramer e Sprenger elucidam os três graus de suspeita que podem pairar contra uma acusada: a suspeita leve, a grande suspeita e a suspeita grave ou gravíssima<sup>241</sup>.

A Questão XX vai apresentar, inclusive com o auxílio de “modelos”, as formas de pronunciar uma sentença, assim sintetizadas pelos autores:

Portanto, eis as possibilidades: ou se descobre ser a acusada inocente e deverá ser completamente absolvida, ou se descobre estar difamada, em termos gerais, como herege; ou é pessoa adequada para o interrogatório e para a tortura, em virtude da má reputação, ou se descobre que sobre ela paira apenas leve suspeita de heresia, ou então forte ou grave suspeita de heresia; ou ainda, a um só tempo, possui má reputação e é suspeita de heresia, ou confessou a heresia e é penitente e não reincidiu verdadeiramente, ou confessou e é penitente, mas provavelmente reincidiu, ou confessou a heresia e é impenitente, mas não reincidiu, ou a confessou, é impenitente e certamente reincidiu, ou se descobre que, embora não a tenha confessado, mediante testemunhas e por outros meios foi condenada de heresia, ou se descobre ter sido condenada de heresia mas que escapou ou se ausentou desafiadoramente, ou então não causou males mediante bruxaria, mas eliminou malefícios por meio impróprios e ilícitos, ou se descobre ser uma enfeitiçadora de arqueiros ou de armas com o propósito de causar a morte, ou se verifica ser uma bruxa-parteira que oferece recém nascidos ao demônio como inimigo, ou ainda se descobre fazer apelações frívolas e fraudulentas em prol da própria salvação de sua vida<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 445.

<sup>240</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 449.

<sup>241</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 451.

<sup>242</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 457.

Assim, nas questões seguintes (de XX – que já trata da absolvição – a XXV) são expostos os métodos e os “modelos” para lavrar cada um dos tipos de sentença nas situações acima descritas<sup>243</sup>. Por brevidade, já que se trata de uma parte altamente tautológica, de menor importância para o presente trabalho, optou-se apenas por pontuar dois aspectos que pareceram relevantes.

Em primeiro lugar, a parte que trata da sentença a ser prolatada para as pessoas que foram acusadas por outra bruxa em delação. Nessa hipótese, se a pessoa é “acusada por apenas uma bruxa sob custódia, e não é condenada pela própria confissão nem por testemunhas legítimas”, deve ser “inteiramente absolvida”<sup>244</sup>.

O segundo aspecto relevante é da possibilidade excepcional de interposição de recurso para a Santa Sé e, nessa situação, o juiz deve examinar diligentemente as razões recursais e, se estiver convencido de que laborou em equívoco, deve corrigir o erro, “trazendo o processo ao estágio em que se encontrava quando a acusada solicitou defesa”<sup>245</sup>. De outra parte, caso o magistrado admita o recurso e não se convença do erro, deve cuidar “para não proceder com nenhuma outra ação contra o apelante – prendê-lo, interrogá-lo ou liberá-lo da prisão”<sup>246</sup>, ou seja, os recursos ao papa na inquisição possuíam, ao que parece, efeito suspensivo.

Assim chega ao fim o Martelo das feiticeiras, que é complementado, todavia, com o “Certificado de aprovação do *Malleus Maleficarum* pela Faculdade de Teologia da Universidade de Colônia”<sup>247</sup>: uma ata da reunião de vários professores doutores em teologia em que, ao constatarem que “o poder do braço secular vem deixando sem a devida punição”<sup>248</sup> atos lesivos praticados pelas bruxas e que Kramer e Sprenger “escreveram com muito estudo, com muita pesquisa e com muito trabalho um Tratado”<sup>249</sup>, cancelaram academicamente, porque de acordo com a fé

<sup>243</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 457-517.

<sup>244</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 500.

<sup>245</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 512.

<sup>246</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 513.

<sup>247</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 518-524.

<sup>248</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 519.

<sup>249</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 519.

católica, os termos do livro que lhes foi apresentado.

## CAPÍTULO 2

### OS CAMINHOS DO SABER PENAL CONTEMPORÂNEO

Toda delimitação do objeto e do problema de uma pesquisa científica encerra necessariamente uma arbitrariedade. Não é diferente com esta investigação. Seria uma tarefa hercúlea e que fugiria aos propósitos da dissertação abordar, ainda que de forma sucinta, todos os tortuosos caminhos trilhados pelo saber penal até a contemporaneidade. Apenas para ficar em um exemplo, o livro “Histórias dos pensamentos criminológicos”, de Gabriel Ignacio Anitua, uma das principais referências desta pesquisa, se auto classifica como meramente “introdutório”<sup>250</sup> à matéria, mas despende mais de novecentas bem aproveitadas páginas para abordar parte significativa desse itinerário do pensamento criminológico.

São tantas e tão diversas as trajetórias percorridas pelo saber penal na história que ainda está para ser concretizado o desejo de Zaffaroni de realizar uma grande “enciclopédia dos pensamentos – na falta de expressão melhor – sobre a questão criminal”<sup>251</sup>. Essa colossal obra, segundo o professor argentino, seria de inquestionável utilidade, sobretudo quando se observa que “qualquer irresponsável propõe o que primeiro lhe vem à mente, em geral algo tão criativo que essa mesma ideia já ocorreu a alguém mais séculos atrás e outros – em número muito maior – sofreram as consequências da suposta feliz lembrança do gênio de plantão”<sup>252</sup>.

Desse modo, assumindo a necessária condição de arbítrio, optou-se nesta pesquisa por destacar, da miríade de caminhos existentes sobre a questão criminal, apenas alguns paradigmas que serão relevantes para a argumentação que será desenvolvida no terceiro capítulo. Essa autodeclarada arbitrariedade não significa, todavia, que os itinerários escolhidos são os melhores ou os mais seguros, nem que não haja outros com os quais se possa confrontar o discurso do *Malleus maleficarum*.

---

<sup>250</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 15.

<sup>251</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. In.: Prológo. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 13.

<sup>252</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. In.: Prológo. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 13.

Por fim, cumpre esclarecer que antes de abordar esses paradigmas será desenvolvida a tese de que há uma omissão grave no estudo das histórias da criminologia e, ao final do capítulo, será apresentado o marco teórico utilizado nesta dissertação – o realismo marginal.

## **2.1 UMA LACUNA NA HISTORIOGRAFIA DOS PENSAMENTOS CRIMINOLÓGICOS**

Se é correta a afirmação lançada no primeiro capítulo desta pesquisa, no sentido de que o poder punitivo, como hoje é entendido, nasce com o surgimento do Estado (medieval) juntamente com as primeiras monarquias europeias e as noções de infração e de inquérito, seria também correto supor que aqueles que se propõem a estudar as manifestações desse poder, ou seja, os criminólogos e os penalistas, dedicassem ao menos parte de suas obras para compreender e explicar teoricamente o funcionamento das agências do sistema penal naquele período.

No entanto, o pesquisador que pretende analisar o “passado das verdades” que constituem o saber penal contemporâneo acaba por se deparar com um dilema, apontado por Eugenio Raul Zaffaroni em um pequeno texto de sua autoria, intitulado *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*: todo o período anterior ao Iluminismo é abordado de forma superficial e confusa pela manualística tradicional.

Segundo o professor argentino, infelizmente os principais compêndios que tratam da “questão penal”, quando pretendem explicar a origem da criminologia e do penalismo, deixam o leitor “sem saber muito bem de onde viemos”<sup>253</sup>. Há, quando muito, algumas menções aos glosadores medievais, porém pouco se explica a questão.

É como se a criminologia tivesse nascido em Lombroso, no século XIX, ou fossem todos descendentes de Beccaria – e mais nada houvesse acontecido

---

<sup>253</sup> “lamentablemente, en nuestra manualística, cuando se explica el origen del penalismo, nos quedamos sin saber muy bien de dónde venimos. Algo se nos aclara cuando se hace una escueta referencia a la glosa y a los posglosadores, pero poco se explica la cuestión”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004. p. 27).

antes. Nas palavras de Zaffaroni, trata-se de uma zona de penumbra, podendo-se falar, por isso, em uma verdadeira lacuna na historiografia tradicional<sup>254</sup>.

Para ilustrar essa afirmação, basta fazer uma rápida consulta aos principais manuais de criminologia disponíveis no mercado, que fazem pouca ou nenhuma referência a períodos anteriores ao século XVIII. O grande debate, na maioria dos livros, é definir qual dessas duas “linhas de pensamento” seria a precursora da “ciência criminológica”: a Escola Clássica, que descende de Beccaria, ou a Escola Positivista, cujos próceres são Lombroso, Garofalo e Ferri<sup>255</sup>. Esse é o ponto de partida, por exemplo, dos conhecidos estudos de Salomão Schecaria, de Luiz Flávio Gomes com Antonio García-Pablos de Molina<sup>256</sup> e de Jorge de Figueiredo Dias com Manuel da Costa Andrade<sup>257</sup>.

Mesmo obras que analisam sob uma perspectiva mais crítica a “sociologia do direito penal”, como o inolvidável estudo de Alessandro Baratta<sup>258</sup> e a marcante pesquisa de Vera Regina Pereira de Andrade<sup>259</sup>, incidem em idêntico pecado. Os planos de ensino da disciplina de criminologia, mesmo em universidades que são referências na área, também não contemplam, ainda hoje, o estudo desse fecundo período da história que foi, como visto, a Idade Média<sup>260</sup>.

Gabriel Anitua assinala que houve o registro de mortes de “bruxas” na

<sup>254</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal**. p. 27.

<sup>255</sup> SCHECARIA, Sérgio Salomão, **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 75.

<sup>256</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>257</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora: 1997.

<sup>258</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro, 2002.

<sup>259</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal.

<sup>260</sup> Consultou-se, por exemplo, os planos de ensino da disciplina na Universidade Federal de Santa Catarina, disponível em <http://ccj.ufsc.br/files/2016/03/DIR-5131-Criminologia-T.03303.pdf>, e na Universidade Federal do Paraná, disponível em <http://www.direito.ufpr.br/pdf/programadisciplina/novo/obrigatorias/penal/DP%20425.pdf>. A matriz curricular do curso de direito da Univali também não contempla, em criminologia, o estudo de períodos anteriores à escola clássica e positivista ([http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/matriz-curricular/Documents/matriz\\_curricular\\_5.pdf](http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/matriz-curricular/Documents/matriz_curricular_5.pdf))

fogueira em Sevilha, na Espanha, e em Glarus, na Suíça, no ano de 1780<sup>261</sup>, ou seja, dezesseis anos depois da publicação de “Dos delitos e das penas” de Beccaria.

Assim, se se considerar o ano de 1215 – instituição oficial da Inquisição – como “marco inicial” desse modelo de “dizer a verdade” (inquérito) e de “fazer justiça” (infração) e o citado ano de 1780 como “marco final” da perseguição às bruxas, contam-se mais de quinhentos e sessenta anos de funcionamento, em maior ou menor intensidade, desse sistema de investigar “crimes” e punir “culpados”. Comparativamente, da publicação da obra de Beccaria (1764) até o momento atual passaram-se apenas duzentos e cinquenta e dois anos, isto é, menos da metade do tempo em que imperou o modelo sintetizado no *Malleus maleficarum*.

Por que, então, não se estuda tanto tempo da história? Seria esse período irrelevante para a compreensão do sistema penal contemporâneo, nas suas mais variadas formas de expressão? É certo que se considerar herdeiro do racionalismo liberal e iluminista de Beccaria é muito mais cômodo e agradável do que acreditar descender dos inquisidores medievais que perseguiram e queimavam pessoas vivas<sup>262</sup>. Beccaria, contudo, como se verá a seguir, é na verdade antes de tudo um crítico do sistema penal vigente em sua época e, por isso, não pode ser considerado tão-somente como “criador” de uma forma de pensar o crime – antes, ele queria “destruir” algo que estava à sua volta.

Mas a “ciência” que se preocupa com a “questão criminal” (criminologia, direito e processo penal) não pode olvidar de estudar e analisar criticamente esse enorme e profícuo período da história por mera conveniência teórica ou por uma espécie de “escusa de consciência”. Bem por isso que Zaffaroni vai registrar que “se decidirmos ir mais atrás na história, se nos lançamos sem preconceitos à busca do saber jurídico, da ciência jurídica anterior ao Iluminismo, nos depararemos com

---

<sup>261</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 62.

<sup>262</sup> Como argutamente observa Zaffaroni, “Se bem, por certo, não é um ponto de partida prestigioso assumir como origem a legitimação da combustão de mulheres por toda Europa, o certo é que nenhum de nós elegeu seus antepassados”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44).

muitíssimas surpresas”<sup>263</sup>.

Isso porque, na verdade, a análise histórica vai demonstrar que a criminologia, o direito e o processo penal (não como disciplinas autônomas, mas como integrantes de um único modelo integrado de ciências criminais) remontam a tempos muito anteriores ao Período das Luzes, existindo, como já afirmado, desde o surgimento do poder punitivo. Raros são, todavia, os autores que relembram “na criminologia teórica os nomes e as obras dos demonólogos. É como uma recordação ruim de que se deve esquecer”<sup>264</sup>

Zaffaroni, dessa maneira, vai caracterizar como “grande acerto” o fato de Gabriel Anitua não iniciar seu livro “Histórias dos pensamentos criminológicos” com o Iluminismo ou a partir de Lombroso<sup>265</sup>. Anitua, por sua vez, vai sustentar que o surgimento das primeiras monarquias europeias nos séculos XII e XIII deve ser sempre o “momento de início do nosso caminho a respeito do pensamento criminológico”, pois foi nessa época que apareceram as “modernas instituições e estruturas que atuam na questão penal (a pena, o delito, o juízo, as burocracias executivas e judiciárias etc.)”<sup>266</sup>.

A primeira hipótese lançada nesta dissertação, portanto, parece se confirmar: há, de fato, um imenso vazio na teoria criminológica no que toca às manifestações do poder punitivo em período anterior ao Iluminismo. No propósito, então, de contribuir com a redução desse lapso é que se desenvolverá o terceiro capítulo da pesquisa, mas não sem antes passar por alguns dos caminhos do saber penal que fizeram chegar onde se está hoje.

## 2.2 BECCARIA E O SABER PENAL ILUMINISTA

Na segunda metade do século XVIII, sob a égide do saber iluminista-

---

<sup>263</sup> “*si nos decidimos ir más atrás em la historia, si nos lanzamos sin prejuicios a la búsqueda del saber jurídico, de la ciencia jurídica anterior el Iluminismo, nos encontraremos con muchísimas sorpresas.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal.** p. 27).

<sup>264</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. p. 47.

<sup>265</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Prólogo. In.: ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos.** p. 12.

<sup>266</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos.** p. 24.

reformista, começam a ganhar corpo as críticas mais contundentes à justiça penal do Antigo Regime, ou seja, àquele modelo que vigorou em boa parte da Idade Média. O declínio da ordem feudal e do Estado absolutista, que começam a dar lugar à ordem capitalista e ao Estado de Direito liberal, exige uma nova concepção jurídica e filosófica do delito, da responsabilidade e da pena. Surge, como problemática principal, a questão dos limites do poder punitivo em face da liberdade individual.

A necessidade de conferir certeza ao direito e segurança aos indivíduos (e às suas propriedades), bem como de “humanizar” a aplicação das penas, demandou a formulação de um direito penal e processual penal de viés liberal, calcado nas noções, tipicamente iluministas, do contrato social, da separação dos poderes, da humanidade, do utilitarismo, da proporcionalidade e da igualdade.

Nesse contexto surge o célebre opúsculo “Dos delitos e das penas”, do milanês Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, lançado em 1764<sup>267</sup>. Como expressão do pensamento iluminista europeu, a obra contribuiu para a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito, da pena e do processo, no âmbito de uma concepção liberal do Estado de Direito, baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número de pessoas e nas ideias de contrato social e da divisão de poderes<sup>268</sup>.

Na visão de Vera Regina Pereira de Andrade,

o impacto histórico e a importância da obra de Beccaria não se devem à sua originalidade, mas à sua capacidade de expressar o vigoroso movimento europeu de reforma penal que vem no bojo do Iluminismo, estabelecendo as bases fundacionais do moderno Direito Penal (e Processual Penal) [...] Pois se trata de uma obra simultaneamente de combate à Justiça Penal do Antigo Regime e projeção de uma Justiça Penal liberal, humanitária e utilitária, contratualmente modelada<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

<sup>268</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. p. 33.

<sup>269</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. p. 48-49.

De fato, a obra de Beccaria apresenta um duplo viés: se de um lado o autor critica e denuncia o sistema penal vigente, encarado por ele como arbitrário e desumano (“conservamos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçadores do norte, nossos selvagens antepassados”,<sup>270</sup>), também se propõe a formular os pressupostos de um direito penal e processual penal liberal.

O milanês encarava a justiça criminal de sua época como uma profusão caótica de leis obscuras, escritas em “língua morta e ignorada do povo”, cuja aplicação se dava de forma arbitrária e desigual, a depender do indivíduo a ela submetido. Segundo ele,

Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é bem maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar.

Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa letra morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis<sup>271</sup>.

Nas palavras de Beccaria, “o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça”<sup>272</sup>. O caráter secreto dos processos criminais impediria a colocação de “freios à violência e às paixões”<sup>273</sup>, enquanto que as acusações secretas seriam “um abuso manifesto” que “torna os homens falsos e pérfidos”<sup>274</sup>. A utilização da tortura (“esses suplícios secretos que a tirania emprega na obscuridade das prisões”,<sup>275</sup>) para a obtenção da confissão – considerada a rainha das provas –, é longamente criticada pelo milanês, que pondera:

---

<sup>270</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 35.

<sup>271</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 32.

<sup>272</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 34.

<sup>273</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 38.

<sup>274</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 41.

<sup>275</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 46.

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou. [...]

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! [...]

A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso indigno dos canibais, e que os romanos, malgrado a dureza dos seus costumes, reservaram exclusivamente aos escravos [...]<sup>276</sup>

Para o marquês, a finalidade das penas não seria “atormentar e afligir um ser sensível nem desfazer um crime já cometido”<sup>277</sup>, mas apenas “impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”<sup>278</sup>. Sua crítica às penas até então aplicadas é contundente:

Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e inúteis, inventados e empregados friamente por monstros que se davam o nome de sábios? Quem poderia deixar de tremer até ao fundo da alma, ao ver os milhares de infelizes que o desespero força a retomar a vida selvagem, para escapar a males insuportáveis causados ou tolerados por essas leis injustas que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para favorecer unicamente um pequeno número de homens privilegiados?

Mas a superstição e a tirania os perseguem; acusam-nos de crimes impossíveis ou imaginários; ou então são culpados, mas somente de terem sido fiéis às leis da natureza. Não importa! Homens dotados dos mesmos sentidos e sujeitos às mesmas paixões se comprazem em julgá-los criminosos, têm prazer em seus tormentos, dilaceram-nos com solenidade, aplicam-lhes lentas torturas e os entregam ao espetáculo de uma multidão fanática que goza com suas dores<sup>279</sup>.

<sup>276</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 46-47.

<sup>277</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 58.

<sup>278</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 59.

<sup>279</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 59.

Identificando, portanto, a arbitrariedade e o abuso no exercício do poder punitivo e buscando instaurar um regime de legalidade capaz de garantir a segurança individual, humanizar as penas e instrumentalizá-las a partir de uma visão utilitária, o marquês de Beccaria encontra um novo fundamento para as penas e para o direito de punir, apoiado na noção de contrato social. Premidos pela necessidade de abandonar o estado de natureza, os homens consentiriam em ceder uma pequena parcela de sua liberdade, colocando-a em um depósito comum – o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade seria o fundamento do direito de punir. Continua Beccaria:

Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza, e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos<sup>280</sup>.

A partir do poder punitivo contratualmente fundado, e baseando-se na exigência de separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Beccaria extrai três consequências. A primeira delas seria a noção de legalidade, de modo que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”<sup>281</sup>.

Como segunda consequência, Beccaria aponta a necessidade de que as leis sejam genéricas e claras, de modo a submeter rigorosamente o julgador, sem que este tenha que proceder a nenhum tipo de interpretação. E isso porque “os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores”<sup>282</sup>. As leis devem ser aplicadas, portanto, a partir de um “silogismo perfeito”<sup>283</sup>, sem que haja margem para incertezas ou obscuridades; assim, estaria garantida a igualdade jurídica e, em consequência, a

<sup>280</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 27-28

<sup>281</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 28.

<sup>282</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 29.

<sup>283</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 29.

segurança individual.

Para Beccaria, portanto, o direito penal constitui um sistema dogmático, fechado, que se legitima perante a razão mediante a exatidão matemática e a concatenação lógica de suas proposições<sup>284</sup>. O método utilizado pelo marquês – racionalista, lógico-abstrato ou dedutivo – influenciou todo o direito penal moderno.

Haveria, ainda, uma terceira consequência do poder punitivo contratualmente fundado. As penas não poderiam mais ser aplicadas visando à expiação moral ou à intimidação coletiva, tampouco de modo a afligir e torturar um indivíduo. A partir dos princípios da humanidade e da proporcionalidade, e sob um viés utilitarista, a pena deveria servir para prevenir delitos, devendo ser proporcional ao delito cometido (é dizer, ao prejuízo causado à sociedade) e representar, sempre, o mínimo sacrifício da liberdade e da propriedade individual.

Ao concluir seu texto, Beccaria faz uso de um “teorema geral utilíssimo” que sintetiza os fundamentos de sua obra:

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei<sup>285</sup>.

Com efeito, a partir do princípio utilitarista da máxima felicidade ao maior número, bem como da ideia de contrato social, Beccaria conclui que o critério da pena é o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual. Pela mesma razão, o milanês se posiciona contrário à pena de morte, pois seria impensável que os indivíduos espontaneamente abram mão não apenas de uma parcela de sua própria liberdade, mas também de sua própria existência.

Acrescenta Alessandro Baratta que

da ideia da divisão de poderes e dos princípios humanitários iluministas, de que é expressão o livro de Beccaria, derivam, pois, a negação da justiça de gabinete, própria do processo

---

<sup>284</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. p. 48.

<sup>285</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 122.

inquisitório, da prática da tortura, assim como a afirmação da exigência de salvaguardar os direitos do imputado por meio da atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas à lei<sup>286</sup>.

Na época de sua publicação, “Dos delitos e das penas”, como se pode imaginar, foi alvo de uma série de críticas. O próprio Beccaria, ao lançá-lo, optou pelo anonimato, receoso de perseguições. Quando retornou a Milão após uma temporada em Paris, no ano de 1766, o marquês sofreu uma campanha infamante por parte de seus adversários, que o acusavam de heresia, chamavam-no de “fanático, impostor, escritor falso e perigoso, satírico desenfreado, sedutor do público”<sup>287</sup>. Gabriel Anitua relata que os juristas das universidades e da magistratura rechaçaram o livro, considerando-o

perigoso e revolucionário, sujeito ao pecado do 'socialismo', pelo que não tardaram em cooperar com a condenação que a Igreja Católica lhe impôs, colocando-o no 'Índice' da proibição inquisitorial, no qual foi mantido por cerca de 200 anos, e nas tentativas de processar seu autor, então protegido pelo poder estatal<sup>288</sup>.

Por medo de novas perseguições, o milanês abdicou de dar continuidade às suas dissertações filosóficas. Não deixou, contudo, de responder às “Notas e observações” de (coincidentemente) um frei dominicano que encontrou, em sua obra, “blasfêmias impudentes, insolentes ironias, pilhérias indecentes, sutilezas perigosas, motejos escandalosos, calúnias grosseiras”<sup>289</sup>.

Em sua resposta, Beccaria questiona ao seu acusador “se lhe parece bem conforme ao espírito da Igreja a condenação de homens à morte nas fogueiras”<sup>290</sup> e, acusado de ter “representado sob cores odiosas” algumas ordens religiosas e especificamente os frades, responde, de forma irônica, que “seria difícil citar um só lugar do meu livro que faça menção das ordens religiosas ou de frades, a menos que se interprete arbitrariamente o capítulo em que falo da ociosidade”<sup>291</sup>.

---

<sup>286</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. p. 34.

<sup>287</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 122.

<sup>288</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 161.

<sup>289</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 122.

<sup>290</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 122.

<sup>291</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 127.

Em contrapartida, os ilustrados não hesitaram em erigir a obra de Beccaria em símbolo de seu programa em matéria penal, como demonstram os comentários elogiosos que lhe foram dirigidos por Voltaire e Diderot<sup>292</sup>.

A obra de Beccaria é considerada o marco inicial do que se convencionou chamar de Escola Clássica, cujo significado político e humanitário reside, principalmente, no esforço para proteger o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária, racionalizando o poder punitivo. Beccaria é o maior representante da primeira fase da “Escola Clássica”, a chamada fase filosófica, caracterizada pelas influências do Iluminismo e pela dimensão crítico-negativa do *status quo* do direito e da justiça penal. O segundo período do classicismo, por sua vez, adquire um caráter essencialmente positivo e é marcado pela obra de Carrara, “Programa do Curso de Direito Criminal” (1859).

Não se pode olvidar, contudo, que o chamado classicismo jamais constituiu, segundo Zaffaroni, uma efetiva “escola de pensamento” coerente e harmônica. Como observou o professor argentino, o que houve, na verdade, foi uma re colocação da questão criminal a partir do liberalismo e do Iluminismo, mas com várias correntes, às vezes incompatíveis entre si, formadas por “criticistas, kantianos, hegelianos, krausistas, normativistas, aristotélicos, socialistas, anarquistas, liberais e, como de costume, também muitos confusos”. E esses penalistas e filósofos do Iluminismo, apesar de não serem considerados criminólogos pela manualística tradicional, também faziam, sim, criminologia<sup>293</sup>.

### 2.3 O PARADIGMA POSITIVISTA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA DE LOMBROSO

O italiano Cesare Lombroso é considerado um dos próceres e maiores divulgadores da “Escola Positiva” do direito penal, que surgiu na década de setenta do século XIX como reação aos postulados da “Escola Clássica”, na esteira do positivismo de Auguste Comte e do evolucionismo darwiniano.

A crítica da Escola Positiva ao classicismo reside, fundamentalmente, em duas grandes dicotomias. De um lado, o indivíduo *versus* a sociedade: para os

---

<sup>292</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 161.

<sup>293</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 78.

positivistas, a Escola Clássica, ao buscar proteger o indivíduo contra os abusos do poder punitivo estatal, acabou por gerar um novo desequilíbrio: deixou a sociedade desprotegida diante do delinquente, o que teria resultado em um aumento da criminalidade. Para os positivistas, era imperativo voltar a “defender” a sociedade, deixando de lado o individualismo classicista.

De outro lado, a crítica dos positivistas se centra na dicotomia razão *versus* a realidade. As orientações filosóficas, abstratas, racionalistas da Escola Clássica deveriam ser substituídas por um raciocínio científico, empírico-positivo, que coloca o homem delinquente como protagonista da justiça penal. No lugar da “metafísica do livre-arbítrio”, surgiria uma “ciência da sociedade” capaz de diagnosticar, de forma científica e determinista, as causas do delito para, a partir daí, erradicá-lo. O crime seria, portanto, um fato natural e social, praticado pelo homem e causalmente determinado, que expressa a conduta antissocial e a personalidade perigosa do delinquente.

Nas palavras de Alessandro Baratta,

a reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo<sup>294</sup>.

Corria o ano de 1876 quando Cesare Lombroso publicou sua obra mais conhecida, “O homem delinquente”<sup>295</sup>, na qual defendeu a tese da existência de um criminoso nato. Partindo do determinismo orgânico e psíquico do crime, sempre com base no método de investigação das ciências naturais, o médico psiquiatra nascido em Verona tentou comprovar sua hipótese confrontando grupos de não criminosos com grupos de criminosos nos hospitais psiquiátricos e nas prisões italianas. Identificava, nos criminosos e nos “alienados”, anomalias físicas e fisiológicas (como o tamanho da mandíbula, o cabelo crespo, as orelhas grandes, a conformação do

---

<sup>294</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. p. 38.

<sup>295</sup> LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

cérebro etc.) que, como constantes naturalísticas, denunciavam o tipo antropológico delinquente.

Lombroso começa sua obra com um breve estudo sobre as tatuagens, característica frequente dos “homens primitivos e selvagens”, que era observada principalmente entre pessoas de “classes baixas”, marinheiros, camponeses, operários e, é claro, delinquentes. A principal causa da difusão do uso da tatuagem, segundo o autor, seria o atavismo ou a hereditariedade, não se descartando a possibilidade de um atavismo histórico (tradição)<sup>296</sup>.

A singular preferência dos delinquentes por uma operação tão dolorosa quanto a tatuagem autoriza, a Lombroso, a conclusão de que os delinquentes teriam uma menor sensibilidade à dor<sup>297</sup>, no que seriam semelhantes aos alienados. Da mesma forma, nos criminosos e nos doentes mentais estaria afetada a sensibilidade afetiva, pois seriam indiferentes à violência, ao sofrimento de suas vítimas e até mesmo à sua própria morte; Lombroso constatou, por exemplo, que o suicídio, entre os delinquentes, era bastante frequente<sup>298</sup>.

Cesare Lombroso dedica ainda um longo capítulo de seu livro ao estudo de casos de crianças que demonstram, por seu comportamento indisciplinado, cruel, preguiçoso, ciumento, mentiroso, vaidoso, com tendências obscenas etc., serem portadoras dos germens da criminalidade e da demência, com tendências a cometer crimes no futuro.

Os delinquentes, assim como os dementes, compartilhariam uma série de características que os diferenciam das pessoas comum: as tendências ao alcoolismo, ao jogo, à crueldade, à vaidade, à vingança e até à gula e ao sexo. Tais elementos, segundo o médico italiano, demonstrariam a existência de tendências instintivas irrefreáveis, verdadeiros impulsos, típicos dos criminosos e dos alienados. Lombroso não esqueceu nem mesmo do léxico criminoso, permeado de gírias, que enfatiza a diferença entre o homem delinquente e o homem comum.

---

<sup>296</sup> LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. p. 43.

<sup>297</sup> LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. p. 47.

<sup>298</sup> LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. p. 53-54.

À tese da responsabilidade moral e da absoluta imputabilidade do delinquente, sustentada pela Escola Clássica, Lombroso contrapunha, portanto, um rígido determinismo biológico<sup>299</sup>. Nas palavras de Sebastião José Roque, para Lombroso “o criminoso é geneticamente determinado ao mal, por razões congênitas. Ele traz no seu âmago a reminiscência de comportamento adquirido na sua evolução psicofisiológica. É uma tendência inata para o crime”<sup>300</sup>. Assim, a delinquência é encarada como uma doença e, desse modo, exige a segregação do doente, que representaria perigo constante para a sociedade.

Oportuno destacar que, inicialmente, Cesare Lombroso sustentava que o criminoso nato se identificaria com o selvagem por regressão atávica. Foi com essa teoria – segundo a qual os delinquentes eram homens “primitivos” – que Lombroso adquiriu fama mundial<sup>301</sup>. Posteriormente, contudo, diante das críticas suscitadas, o italiano acabou por rever sua tese, acrescentando às causas da criminalidade a epilepsia e a loucura moral (que compõem, junto com o atavismo, o chamado tríptico lombrosiano). Na verdade, como aponta Anitua, “as categorias se retroalimentavam, pois eram concebidas com base nas pessoas efetivamente detidas e seus aspectos justificavam que aqueles eram os 'tipos' que tinham que ser detidos”<sup>302</sup>.

Finalmente, Lombroso chega à conclusão de que

impedir a conjunção fecunda de alcoólatras e criminosos seria pois a única prevenção do delinquente nato que, quando é tal, como se vê em nossa história, nunca se mostra suscetível de cura<sup>303</sup>.

Em outra obra de sua autoria (“As mais recentes descobertas e aplicações da psiquiatria e antropologia criminal”, publicada em 1893), Lombroso complementa:

Na realidade, para os delinquentes natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos

<sup>299</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. p. 39.

<sup>300</sup> ROQUE, Sebastião José. Vida e obra de Cesare Lombroso. In.: LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. p. 7.

<sup>301</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 304.

<sup>302</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 305.

<sup>303</sup> LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. p. 86.

incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos<sup>304</sup>.

Como consequência da rejeição da ideia de livre-arbítrio, o fundamento da responsabilidade penal deixa de ser a responsabilidade moral e passa a residir na responsabilidade social. Ora, contra o homem causalmente determinado a cometer crimes, a sociedade, como qualquer outro organismo vivo, deve reagir em defesa de sua própria conservação. A pena, portanto, é encarada como um meio de defesa social, perdendo seu significado retributivo e adquirindo um aspecto de prevenção especial.

Daí que, nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade,

Do programa positivista emerge, desta forma, a delimitação de um "Direito Penal do autor" baseado no determinismo e na responsabilidade social, no qual o potencial de periculosidade social constitui a medida da pena (que requer uma rigorosa "individualização" e indeterminação de limites) e a justifica como instrumento de defesa social.

O princípio da individualização da pena com suporte na personalidade do criminoso é, pois, um produto do positivismo ampliando significativamente os poderes discricionários do juiz na aplicação da pena<sup>305</sup>.

A antropologia criminal lombrosiana foi desenvolvida, posteriormente, pelos também italianos Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, que ampliaram a originária tipificação lombrosiana e orientaram-se por perspectivas sociológicas e psicológicas, respectivamente. Para Ferri, autor de "*Sociologia Criminale*" (1900), o crime seria o resultado previsível determinado por múltiplos fatores (biológicos, psicológicos, físicos e sociais) que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como socialmente perigosa<sup>306</sup>.

Com a Escola Positiva, portanto, pode-se dizer que a criminologia nasce como ciência causal-explicativa, sob a forma de antropologia criminal. O positivismo

---

<sup>304</sup> LOMBROSO, Cesare. In.: ROQUE, Sebastião José. Vida e obra de Cesare Lombroso. In.: LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. p. 8.

<sup>305</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. p. 70.

<sup>306</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. p. 65.

considera que o fenômeno criminal é um dado ontológico, isto é, anterior ao direito penal, e conduz o criminoso para o centro das análises, separando o mundo da criminalidade (composto por uma minoria de sujeitos anormais e potencialmente perigosos) do mundo da normalidade, no qual transita a grande maioria da sociedade.

Sobre a Escola Positiva italiana pondera Baratta:

De qualquer modo, os autores da Escola positiva, seja privilegiando um enfoque bioantropológico, seja acentuando a importância dos fatores sociológicos, partiam de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como um dado ontológico, preconstituído à reação social e ao direito penal; a criminalidade, portanto, podia tornar-se objeto de estudo nas suas "causas" [...].

Os sujeitos que se observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal. Os mecanismos seletivos que funcionam nesse sistema, da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais, [...], o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo<sup>307</sup>.

Se o classicismo só pode ser entendido no contexto histórico da superação do Estado feudal absolutista e da consolidação de um Estado liberal, o positivismo penal, bem como a própria criminologia nascida nessa época (enquanto antropologia criminal), serviram para atender às exigências da emergência de um Estado social ou intervencionista.

Segundo Zaffaroni, para além de uma mera mudança de paradigma científico na criminologia, a Escola Positiva surge quando a burguesia, que naquele período já detinha o controle sobre o poder punitivo, resolve se “libertar do liberalismo” para “ficar livre de todo limite para controlar as *classes perigosas* e, ao

---

<sup>307</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. p. 40.

mesmo tempo, assegurar-se de uma total invulnerabilidade para si mesmo”<sup>308</sup>.

Ademais, não se pode ignorar que a estrutura institucional e discursiva do Estado de Direito liberal (fundado na legalidade, no retribucionismo e na responsabilidade moral) não foi simplesmente abandonada. Seus conceitos e pressupostos conviveram, nas legislações penais do século XX, com o discurso da defesa social, constituindo o chamado “neoclassicismo penal”, que tentou conciliar a necessidade de limitação do poder punitivo com a ideia do homem como objeto da intervenção positiva desse mesmo poder, em nome da sociedade<sup>309</sup>.

## **2.4 O PENSAMENTO PENAL CONTEMPORÂNEO: “LEI E ORDEM”, TOLERÂNCIA ZERO E DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Lombroso faleceu há mais de um século, porém seus discursos positivistas sobre a etiologia do crime permanecem vivos, muitas vezes repaginados e modernizados. A compreensão do pensamento penal contemporâneo, isto é, do final do século XX e início do XXI, passa necessariamente por duas correntes que, embora distantes entre si, possuem algo em comum: um corte marcadamente autoritário. Não é possível, pois, entender a construção social do problema criminal na atualidade sem estudar as doutrinas de “lei e ordem”, que culminaram com a política de tolerância zero nascida nos Estados Unidos e que se espalhou pela América Latina e parte da Europa, e a teoria do direito penal do inimigo, construção intelectual de um segmento da academia penalista alemã e que também reverberou por todo o ocidente.

A política de segurança conhecida como da “lei e ordem” encontra suas origens na segunda metade do século XX, quando a radicalização repressiva surge como resposta ao problema da segurança pública nos grandes centros urbanos (o “alarme da criminalidade”)<sup>310</sup>. Já nos idos da década de 70, a chamada “criminologia da vida cotidiana” começa a defender o abandono das grandes teorizações (pois os especialistas seriam especialmente “brandos” com os delinquentes) e se propõe a

---

<sup>308</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 91.

<sup>309</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. p. 73.

<sup>310</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. p. 295.

voltar ao “básico”, isto é, ao que as pessoas comuns entendem como bem e mal<sup>311</sup>.

Nesse contexto, o ano de 1975 foi de fundamental importância para essa forma de pensar: foi nele que James Q. Wilson e Ernest van den Haag, grandes representantes do realismo de direita norte-americano, publicaram, respectivamente, “Pensando sobre o delito”<sup>312</sup> e “Castigando os delinquentes”<sup>313</sup>, obras que buscavam se contrapor à criminologia crítica e sustentavam, basicamente, que as políticas penais de bem-estar haviam falhado em suas funções e, em consequência, promovido o aumento vertiginoso da criminalidade que era supostamente verificado, à época, nos Estados Unidos<sup>314</sup>.

Durante o governo do neoconservador Ronald Reagan (1981-1989), tal ideário ganhou força e foi maciçamente difundido pelos meios de comunicação, conquistando amplo apoio da sociedade norteamericana. Não surpreende: James Q. Wilson, autor de “Pensando sobre o delito”, era assessor de Reagan e, na época, ganhou notoriedade com a teoria das “janelas quebradas”, que se baseava em uma construção metafórica. Segundo essa teoria, se uma janela de um edifício está quebrada e não é consertada, as demais janelas em pouco tempo também estarão quebradas, pois uma janela sem conserto é sinal de que ninguém se preocupa com ela e, portanto, quebrar mais janelas não teria custo algum. Nessa linha, pequenas desordens seriam o início de problemas muito mais sérios de convivência e, assim, a melhor forma de prevenir delitos graves seria o controle social sobre esses pequenos distúrbios.

Para tanto, as polícias deveriam se aproximar das comunidades e se tornar mais visíveis, de modo a combater, de forma mais eficiente, as condutas desordenadas e antissociais, como a vagabundagem, a mendicância, a prostituição etc. Tratava-se de criminalizar a “incivilidade” (que não é, legalmente, um delito), não deixando nenhum descontrole sem castigo<sup>315</sup>. Em última análise, como observa Anitua, o que se buscava era uma justificativa para deter os “suspeitos de sempre”

---

<sup>311</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 779-780.

<sup>312</sup> WILSON, James Q. **Thinking about crime**. Nova York: Basic Books, 2013.

<sup>313</sup> HAAG, Ernest van den. **Punishing criminals: concerning a very old and painful question**. Maryland: University Press of America, 1991.

<sup>314</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 781.

<sup>315</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 785.

antes que eles cometessem algo mais sério<sup>316</sup>.

À luz de tais pressupostos, começa a emergir e a influir na política governamental um conjunto bem distinto de ideias criminológicas. As teorias que passam a informar o pensamento e a ação oficiais são as chamadas “teorias de controle” (controles sociais, controles situacionais, autocontroles etc.), que encaram a delinquência como problema não de privação, mas de controle inadequado<sup>317</sup>.

Sobre o tema, desenvolve Garland:

As novas criminologias também priorizam o potencial da polícia de reduzir o crime, bem como a atividade policial e geral. Na criminologia do controle, a polícia desempenha um papel muito mais central, ao passo que intervenções sociais ou psicológicas estão em segundo plano. Considera-se que a polícia é capaz de reduzir o crime de múltiplas formas – através de intimidação, da prevenção, das parcerias, do policiamento agressivo. De fato, os desdobramentos mais comentados em termos de policiamento contemporâneo – as abordagens das “vidraças quebradas” e da “tolerância zero” – importam na completa inversão das velhas crenças criminológicas. Na criminologia atual, pequenos delitos são importantes, controles situacionais ditam as condutas e penas intimidatórias são o recurso principal do controle do crime. Este constitui o terreno comum das criminologias da vida cotidiana e da mais punitiva criminologia do outro<sup>318</sup>.

Da teoria das janelas quebradas decorreria a técnica policial intensiva conhecida como “tolerância zero”, implantada pela primeira vez em Nova York e, posteriormente, em várias partes do mundo.

A campanha eleitoral de Rudolph Giuliani, eleito prefeito de Nova York em 1994, baseou-se no tema da criminalidade/segurança e partia de uma lógica belicista, pois decretava guerra à delinquência de rua e às drogas. Como em um confronto armado, “as baixas dos outros não contam e o que se busca é, exatamente, impor uma segurança cidadã, pública, estética e moral, definida

---

<sup>316</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 782.

<sup>317</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. p. 61.

<sup>318</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. p. 395-395.

justamente contra esses ‘outros’”<sup>319</sup>. A proposta de Giuliani consistia em uma política de tolerância zero a qualquer violação às leis e, mais do que isso, a qualquer violação aos códigos morais conservadores que a polícia relegitimada passaria a representar<sup>320</sup>.

Após a eleição de Giuliani, o número de detenções na cidade de Nova York aumentou em três vezes, o que era de se esperar, pois mendigos e lavadores de para-brisas passaram a ser detidos, em vez de pagar multas<sup>321</sup>. O número de mortos por balas da polícia aumentou em 35% e o número de pessoas mortas sob a custódia da polícia aumentou em 53%. E, o que era mais importante, as pesquisas demonstravam que os nova-iorquinos estavam se sentindo mais seguros<sup>322</sup>. Ora, prender os pobres apresentava duas imensas vantagens: se por um lado é mais “visível” ao eleitorado, pois os resultados (número de encarceramentos) são facilmente mensuráveis, por outro lado os custos são pouco conhecidos e nunca submetidos a debates públicos<sup>323</sup>.

A nova estratégia de criminalização da marginalidade e da pobreza se baseava não apenas no incremento das penas, mas também em diversas medidas repressivas para aquelas condutas que, embora não constituíssem delito, passaram a merecer repressão policial. Fez parte desse movimento, por exemplo, o chamado “controle situacional”, conjunto de inovações urbanísticas para impedir que o “outro” efetivamente fizesse algo errado, como barreiras físicas, câmeras de vídeo-monitoramento etc.<sup>324</sup>.

Para Wacquant, dois eram os componentes principais das políticas de “contenção repressiva” dos pobres: a transformação dos serviços sociais em instrumento de vigilância e controle e o recurso maciço e sistemático ao encarceramento, principalmente em razão da chamada “guerra às drogas”<sup>325</sup>. Vera

---

<sup>319</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 786.

<sup>320</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 785.

<sup>321</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 786.

<sup>322</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 786.

<sup>323</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 86.

<sup>324</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 787.

<sup>325</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. p. 28.

Regina Pereira de Andrade acrescenta que o movimento “repressivista” representou

desde um incremento do discurso da retribuição e prevenção geral negativa (aumento do *quantum* da pena, restrição de garantias processuais, maximização do aparelho policial etc.) até o apelo à prevenção especial negativa (neutralização e incapacitação dos criminosos mediante prisão de segurança máxima, prisão perpétua e pena de morte, onde inexistem).<sup>326</sup>

A “tolerância zero” foi tomada como modelo em todos os cantos da América Latina e em parte significativa da Europa. Na verdade, o discurso se tornou monopólico em todas as discussões a respeito da questão da segurança do século XX e início do século XXI, principalmente nos países centrais. Na oportuna reflexão de Anitua, o elevado padrão de vida nesses países não impediu a manipulação do medo – e é o medo que justifica e autoriza a investigação do comportamento do outro, o controle do outro, a eliminação do outro<sup>327</sup>.

Criticando as políticas de “lei e ordem” e tolerância zero, Loïc Wacquant vai sustentar que tais movimentos surgiram como resposta aos movimentos sociais dos anos 60 e, notadamente, aos avanços do movimento negro de reivindicação. Naquele período, a direita americana lançou-se em um vasto projeto de “rearmamento intelectual”, declarando guerra contra o Estado-providência; vencida a batalha contra o setor assistencial do Estado, passou-se a promover o seu setor repressivo: menos Estado social e econômico sucedido por mais Estado policial e penal. Daí surgiriam teorias como a das janelas quebradas e da tolerância zero, as quais visam, fundamentalmente, efetuar uma “limpeza de classe” no espaço público, empurrando os pobres supostamente ameaçadores para fora das ruas, dos parques etc.<sup>328</sup>.

A ascensão do Estado penal americano, portanto, respondeu não à ascensão da criminalidade, que teria permanecido constante durante todo aquele período, mas ao deslocamento social provocado pelo desengajamento do Estado caritativo. É o que explica Wacquant:

<sup>326</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. p. 295-296.

<sup>327</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 787.

<sup>328</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. p. 151.

Como conter o fluxo crescente das famílias deserdadas, dos marginais das ruas, dos jovens desocupados e alienados e a desesperança e a violência que se intensificam e se acumulam nos bairros? Ao aumento dos deslocamentos sociais pelos quais – paradoxo – elas mesmas são amplamente responsáveis, as autoridades americanas decidiram responder desenvolvendo suas funções repressivas até a hipertrofia. Na medida em que se desfaz da rede de segurança (*safety net*) do Estado caritativo, vai se tecendo a malha do Estado disciplinar (*dragnet*) chamado a substituí-lo nas regiões inferiores do espaço social americano<sup>329</sup>.

O Estado que sustenta e legitima tais políticas, portanto, seria uma espécie de “Estado-centauro”, cabeça liberal sobre corpo autoritário, que aplica o “*laissez-faire, laissez-passer*” quando trata das causas das desigualdades sociais mas se revela brutalmente paternalista e punitivo quando se trata de assumir suas consequências<sup>330</sup>.

Ademais, para o professor francês, a “contenção repressiva” dos pobres se deu para desviar a atenção pública da criminalidade organizada, cujos estragos humanos e custos econômicos são bem mais relevantes e mais insidiosos que os da delinquência de rua<sup>331</sup>.

Na visão de Anitua,

Na realidade, o que aconteceu aqui foi uma rara mistura de teorias, uma vez que o positivismo, embora criticado a partir de pressupostos liberais, seria recuperado para explicar os motivos pelos quais os delinquentes são sempre os mesmos, são sempre “outros” – que, embora não fossem considerados ‘monstros’ ou anormais, seriam sujeitos especialmente identificáveis.<sup>332</sup>

Com efeito, não causa espanto que alguns autores do chamado “realismo de direita” norteamericano tenham escrito livros abertamente racistas, defendendo que certos indivíduos possuem uma predisposição ao delito (“Delito e natureza humana”, de autoria de James Q. Wilson, publicado em 1985) e que o coeficiente intelectual dos “delinquentes” seria inferior aos “não delinquentes” (“A curva em

<sup>329</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. p. 27.

<sup>330</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. p. 55.

<sup>331</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. p. 37.

<sup>332</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 782.

forma de sino”, de Richard Herrnstein, publicado em 1994)<sup>333</sup>.

Diante desse retorno da (alegadamente superada) perspectiva positivista, oportuna é a consideração de Gabriel Anitua:

parece mentira a forma pelo qual se recuperam pensamentos que pareciam abandonados, sobretudo se considera-se que esse abandono provinha da completa demonstração dos erros de vulto que continham. Na verdade, como Radzinowicz encarregou-se de recordar em seu livro *Em busca da criminologia*, muitas vezes pensamentos científicos que parecem abandonados ressurgem por conta das necessidades políticas e ideológicas. O exemplo ao qual ele recorre é, nada mais nada menos, o pensamento de Lombroso, morto na Alemanha em 1930, mas ressuscitado pelas necessidades do governo nazista<sup>334</sup>

De outro lado, embora não se comparem, pode-se dizer que de alguma forma as doutrinas autoritárias da “lei e ordem” ganharam refinamento teórico e legitimidade acadêmica na Europa com o surgimento, na década de 80, da teoria do direito penal do inimigo.

Essa linha de pensamento, na formulação do professor alemão Günter Jakobs, como já se pode examinar em outra oportunidade<sup>335</sup>, é uma construção teórica que se apoia em antecedentes no campo da sociologia e da teoria política<sup>336</sup>.

Na sociologia, Jakobs encontra esteio em Niklas Luhmann, para quem, a grosso modo, a sociedade poderia ser compreendida como um sistema cuja função primordial é a manutenção de seu equilíbrio interno, ou seja, o sistema funcionaria

<sup>333</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 788-790.

<sup>334</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 790.

<sup>335</sup> BOTEGA, João Luiz de Carvalho. A garantia da ordem pública como expressão do direito penal do inimigo: uma abordagem realista-marginal. In.: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Plachá; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Perspectivas das ciências criminais**: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. p. 143-170.

<sup>336</sup> Segundo Luis Gracia Martín, “É preciso levar em consideração, como um dado particularmente relevante, que a idéia atual de um Direito Penal do inimigo formulada por Jakobs não surgiu do nada. Pelo contrário, ele parte de uma sólida tradição que parece mostrar que a idéia jusfilosófica e teórico-política do Direito Penal do inimigo representa uma constante histórica. [...] A visão do delinqüente, ou pelo menos de alguns tipos de delinqüente, como “inimigos”, bem como a idéia de sua exclusão da sociedade e do Estado, não é em absoluto nova, mas algo muito mais antigo que permaneceu ao longo da história até os dias de hoje. (MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92-93 e 94).

para sua auto conservação.

Para além disso, Luhmann estabelece, como conceito chave para os sistemas sociais, a categoria e ideia de “expectativa”. A interação social dos homens cria expectativas de como o outro agirá, o que por sua vez poderá gerar expectativas das expectativas que “orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura”<sup>337</sup>. As expectativas chamadas de “normativas” são aquelas que, em linhas gerais, representam uma esperança de comportamento que, caso violada, deve ser seguida de uma reação que confirme a existência dessa norma, sob pena de ela cair em descrédito.

Para Luhmann, portanto,

a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática [...] e podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativa<sup>338</sup>.

Acrescenta Luís Greco que, no modelo luhmanniano, uma das formas de reação à expectativa normativa violada é a sanção e, dentre as mais variadas formas de sancionamento, está a sanção penal. Desse modo, a necessidade de reafirmação da expectativa, no direito penal, ocorre através da pena, que significaria, para Jakobs, a partir de Luhmann, a confirmação da vigência de uma norma específica às custas de um determinado sujeito<sup>339</sup>.

Na teoria política, Jakobs vai buscar fundamento teórico para o direito penal do inimigo em filósofos da estirpe de Kant, Rousseau, Fichte e, sobretudo, em

---

<sup>337</sup> GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 8, n. 32, out/dez. 2000. p. 130.

<sup>338</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 116.

<sup>339</sup> GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. p. 130.

Hobbes<sup>340</sup>.

Nas palavras de Jakobs:

Hobbes [...] nominalmente, é (também) um teórico do contrato social, mas materialmente é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão – junto a qual aparece, em igualdade de direito (!) a submissão por meio da violência – não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinqüente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: “Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”<sup>341</sup>.

É primordialmente escorado, pois, em Luhmann e Hobbes que Günter Jakobs desenvolve a teoria do direito penal do inimigo. Para ele, se o direito existe para confirmar a execução da expectativa normativa socialmente ajustada, o direito penal serve para tutelar e restaurar, por meio da pena, a confiança na vigência da norma.<sup>342</sup>

Segundo o penalista alemão, cada cidadão possui papéis a cumprir na sociedade – para cada pessoa haveria um “rol de competências” próprio. Se toda

<sup>340</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25.

<sup>341</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. p. 27.

<sup>342</sup> Escreve Luís Greco sobre o pensamento de Jakobs: “A seu ver, normas são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de comunicação. É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio, é ela que fundamenta a expectativas e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo, e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito. Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos – elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos: contrafaticamente.

Mas apesar desta estrita separação entre natureza e sentido, o plano do sentido não é tão independente do plano da natureza quanto se poderia à primeira vista imaginar. Por ex., se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio”. (GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In.: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 7, dez/2005. p. 217. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 20 jun 2016).

pessoa agir conforme o que se espera dela (o que se espera de seu papel social, por exemplo, como empresário, como pai, como professor etc.), a expectativa que a sociedade tem de seus atos continua sendo respeitada<sup>343</sup>.

Ocorre que quando há uma violação dessa expectativa de respeito às normas, aquele que a viola comunica à sociedade que despreza o valor dessa regra específica. Nessa hipótese, o Estado terá de agir – por meio de um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário – e impor-lhe uma pena que reafirme o valor da norma perante a sociedade. Trata-se, portanto, de uma espécie de prevenção geral positiva<sup>344</sup>.

Nas palavras de Jakobs:

[...] os delitos só acontecem em uma comunidade ordenada, no Estado, do mesmo modo que o negativo só se pode determinar ante a ocultação do positivo e vice-versa. E o delito não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável. Para esclarecer o que foi dito, pense no sobrinho que mata seu tio, com o objetivo de acelerar o recebimento da herança, a qual tem direito. Nenhum Estado sucumbe por um caso destas características. Ademais, o ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições. [...]

Por isso, o Estado moderno vê o autor de um fato [...] normal [...] não como um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma. Isto se revela com a pena, quer dizer, mediante a privação de meios de desenvolvimento do autor, mantendo-se a expectativa defraudada pelo autor, tratando esta, portanto, como válida, e a máxima da conduta do autor como máxima que não pode ser norma<sup>345</sup>.

A noção de que o direito penal deve agir somente quando há uma

<sup>343</sup> “Pessoa é o destino de expectativas normativas correspondentes a papéis, porque ser pessoa significa ter que representar um papel” (MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 136)

<sup>344</sup> BOTEGA, João Luiz de Carvalho. A garantia da ordem pública como expressão do direito penal do inimigo: uma abordagem realista-marginal. p. 150.

<sup>345</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. p. 32-33.

violação à expectativa normativa é aplicável, pois, quando o infrator se afasta episódica e momentaneamente de seu “rol de competências”.

No entanto, há situações em que “a expectativa normativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura”<sup>346</sup>, isto é, existem casos de múltipla e ininterrupta reincidência ou de crimes excepcionalmente graves (como nos crimes de “terrorismo”, por exemplo). Nessas circunstâncias, a expectativa social criada é a de que o sujeito se afaste cada vez mais da conduta fiel ao direito e, desse modo, deve receber tratamento diferente daquele que violou apenas de maneira excepcional a norma.

Gracia Martín assevera que para Jakobs, a categoria “pessoa” é diferente de “ser humano”, já que “este é o resultado de processos naturais, e aquela é um produto social definido como a unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e de uma consciência”<sup>347</sup>.

Como escreve Greco,

Pessoa, em *Jakobs*, é um termo técnico, que designa o portador de um papel, isto é, aquele em cujo comportamento conforme à norma se confia e se pode confiar. “Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bençãos do conceito de pessoa”. Inimigos são “a rigor não-pessoas”, lidar com eles não passa de “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem”<sup>348</sup>.

Logo, o direito penal do cidadão – mínimo, fragmentário e subsidiário – não poderá servir para restaurar a vigência da norma mediante uma pena (entendida como reafirmação do valor normativo do direito) se de antemão já se verifica que esse sujeito “defraudará de maneira duradoura” a expectativa normativa existente. Este sujeito infiel ao direito é, assim, o “inimigo” na teoria de Jakobs.

Zaffaroni sintetiza o pensamento de Jakobs da seguinte maneira:

Conforme este autor, o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os *cidadãos* e de outra para os

---

<sup>346</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. p. 34.

<sup>347</sup> MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 136.

<sup>348</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. p. 218.

*inimigos*, reservando seu caráter de *pessoa* para os primeiros e considerando *não-pessoas* os segundos [...].

Para Jakobs, a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, e essa função continuaria a ser cumprida no direito penal do *cidadão*, enquanto que no direito penal do *inimigo* deveria operar como um puro impedimento físico<sup>349</sup>

É com base nesse raciocínio que o penalista alemão buscará em Hobbes o fundamento para permitir que o Estado retire deste sujeito infiel sua condição de pessoa para passar a tratá-lo como inimigo, pois “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”<sup>350</sup>.

Assim, a finalidade do direito penal que trata do inimigo não é restaurar a confiança na vigência da norma violada, mas efetivamente anular a periculosidade dessa “não pessoa” antes que se confirme a expectativa por ela criada, qual seja, o cometimento de um novo crime. Conclui Jakobs que “O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos”<sup>351</sup>. Para o inimigo, portanto, não valerá a regra da prevenção geral, mas o critério de periculosidade<sup>352</sup>.

Para dar consequência ao tratamento diferenciado do inimigo, o direito penal para ele existente pode ter, segundo Jakobs, regras elásticas e flexíveis, já que se parte do pressuposto que o inimigo é um mal que deve ser combatido e contido. Este poderá, assim, ser interceptado em momento prévio à lesão ao bem jurídico e não terá direito a um processo judicial dotado de garantias mínimas<sup>353</sup>. Nas próprias palavras do professor alemão: “O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo:

<sup>349</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 156.

<sup>350</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. p. 36.

<sup>351</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. p. 30.

<sup>352</sup> BOTEGA, João Luiz de Carvalho. A garantia da ordem pública como expressão do direito penal do inimigo: uma abordagem realista-marginal. p. 152.

<sup>353</sup> BOTEGA, João Luiz de Carvalho. A garantia da ordem pública como expressão do direito penal do inimigo: uma abordagem realista-marginal. p. 153.

frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”<sup>354</sup>.

Conforme explica Luís Greco, dentre as características do direito penal do inimigo estão

uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.<sup>355</sup>

Luis Gracia Martín afirma que na teorização de Jakobs uma das mais significativas restrições de direitos ao inimigo ocorre no campo processual, pois há um sensível encolhimento de garantias como a da presunção de inocência, da proibição da utilização de provas ilícitas, da publicidade das investigações, do direito a não produzir provas contra si mesmo e da excepcionalidade e cautelaridade das prisões preventivas. Há, inclusive, quem sustente, no plano teórico, a legitimidade do uso, em circunstâncias específicas, da tortura.<sup>356</sup>

Apesar de tudo, é oportuno salientar que Jakobs propõe a teoria do direito penal do inimigo como estratégia para, na sua visão, conter a expansão ilimitada do direito penal. É que, segundo o penalista alemão, a introdução de uma noção de inimigo devidamente delimitado no ordenamento jurídico representaria uma tentativa de evitar um fenômeno recorrente na atualidade: a maximização e a inflação do direito penal em nome do “combate” ao crime. Assim, livra-se de qualquer contaminação o direito penal do cidadão (que permanecerá mínimo e residual) de medidas que deveriam atingir a um número restrito de seres humanos (os inimigos), mas que, na realidade, atingem a todos sem distinção<sup>357</sup>.

Ao fim, ainda que se discorde da proposta de Jakobs, é necessário

<sup>354</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. p. 30.

<sup>355</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. p. 218.

<sup>356</sup> MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 89-90.

<sup>357</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. p. 21.

reconhecer no discurso do professor alemão – para além dos preconceitos contra a tese – uma teoria “meticulosamente coerente” e de “grande potência teórica e política”, como escreveu Gracia Martín<sup>358</sup>. Sem embargo, também é válido recordar, como lucidamente ponderou Albin Eser, citado por Muñoz Conde, que “uma coisa é propor sistemas jurídicos, por muito coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles se possam derivar – e isto não é menos importante no marco da responsabilidade científica”<sup>359</sup>.

Logo, mesmo que se reconheça a capacidade teórica e até as boas intenções de Jakobs, não se pode jamais perder de vista que o sistema por ele proposto conduz à negação da dignidade humana para algumas pessoas, o que implode o modelo do Estado de Direito e, como consequência, resulta numa indesejada ampliação do poder punitivo.

## 2.5 AS CRÍTICAS EM RELAÇÃO À QUESTÃO CRIMINAL A PARTIR DO REALISMO MARGINAL DE ZAFFARONI

Os variados e sinuosos “caminhos” percorridos pelo saber penal durante todos os séculos de sua existência encontraram, quase sempre, em maior ou menor medida, alguns obstáculos que, se não impediram a sua trajetória, às vezes são capazes de corrigir alguns rumos.

Se o “Martelo das feiticeiras” é, como aqui se sustenta, o primeiro livro em que se apresenta um modelo integrado de “ciências criminais” – criminologia (etiológica), direito e processo penal –, a primeira obra que critica o discurso apresentado no *Malleus* é, segundo Zaffaroni, um texto escrito em 1631 pelo padre jesuíta Friedrich Spee von Langenfeld<sup>360</sup>.

O *Cautio criminalis*, ou “Prudência criminal”, assim como “Dos delitos e das penas” um século e meio depois, teve de ser publicado anonimamente em razão

<sup>358</sup> MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 142.

<sup>359</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/13310690-As-reformas-da-parte-especial-do-direito-penal-espanhol-em-2003-da-tolerancia-zero-ao-direito-penal-do-inimigo.html>>. Acesso em: 20 jun 2016.

<sup>360</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Orígen y evolución del discurso crítico en el derecho penal**. p. 29.

de seu caráter crítico ao sistema então vigente, e segue de forma ortodoxa a metodologia escolástica, apresentando, tal como o *Malleus*, capítulos que traduzem as questões que são discutidas no corpo do texto<sup>361</sup>.

Em *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal* Zaffaroni sustenta que Spee fez, em 1631, algo semelhante à criminologia da reação social no século passado: assim como essa nova “sociologia jurídico-penal”<sup>362</sup> deixou de se preocupar com a etiologia do delito para estudar o exercício concreto do poder punitivo, o *Cautio criminalis* mudou o eixo do discurso da existência das bruxas para a atuação dos inquisidores<sup>363</sup>. O professor argentino elenca, então, vinte e uma características estruturais do discurso crítico fundado por Spee, dentre os quais se destacam: a) a definição do delito como uma “construção processual”<sup>364</sup>; b) um apelo “materialista” ou “realista”<sup>365</sup>; c) a crítica à visão preconceituosa e deformada causada através da comunicação<sup>366</sup>; d) a perversão paradoxal dos repressores<sup>367</sup>; e) a seletividade penal<sup>368</sup>; f) o paradoxo emergencial, isto é, o discurso da emergência<sup>369</sup>; g) o “intuicionismo” policial<sup>370</sup>; h) o paralogismo judicial, ou seja, as contradições lógicas no raciocínio dos inquisidores<sup>371</sup>; e, por fim, i) a ressalva das exceções de boa-fé de alguns operadores<sup>372</sup>.

Este modelo de estrutura discursiva estará na base do que se convencionou chamar de direito penal liberal ou de garantias, que a partir do século XVIII ganhará corpo com o Iluminismo e desde então permeia, em maior ou menor intensidade, o discurso crítico da “questão criminal”. Como assinala Zaffaroni, a

<sup>361</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 30-31.

<sup>362</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. p. 23.

<sup>363</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 31.

<sup>364</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 33.

<sup>365</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 33-34.

<sup>366</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 35.

<sup>367</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 37.

<sup>368</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 37-38.

<sup>369</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 39.

<sup>370</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 41.

<sup>371</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 41-42.

<sup>372</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 40.

dialética entre o *Malleus* e o *Cautio*, inaugurada no século XVII, permanece viva até hoje, o primeiro representando o direito penal “autoritário” e o segundo o direito penal “garantista”<sup>373</sup>.

Quase quatrocentos anos se passaram desde a publicação da obra crítico-inaugural de Spee, de modo que não seria possível nem cabível fazer uma exposição histórica das muitas vertentes do pensamento crítico ao sistema penal. Pretende-se, aqui, apenas apresentar sucintamente um desses modelos de crítica, que também é o marco teórico referencial desta dissertação: o realismo marginal zaffaroniano.

Esse paradigma de discurso crítico representa nada mais do que o “realismo jurídico-penal desde a perspectiva de uma margem do poder planetário”<sup>374</sup>. Para Zaffaroni,

Ante a situação, que nos ocorre de extrema pobreza fundamentadora e a ante as críticas desencobridoras que desacreditam o saber jurídico em si, pretendemos sustentar a possibilidade de reconstruir a dogmática jurídico-penal conforme as linhas de um direito penal garantidor e ético, assumindo plenamente a realidade de poder do sistema penal e sua deslegitimação, admitindo basicamente que razão assiste ao abolicionismo (ou ao “minimalismo penal”, se se prefere chamar de “direito penal” ao restante). Adentrando nesta senda, propomos um modelo “integrado” de direito penal e criminologia de corte diferente, com uma ética básica da qual derivamos a tática doutrinária e judicial e com elementos para uma cuidadosa reconstrução das garantias, no que serviu como “guia” o direito humanitário.<sup>375</sup>

Trata-se, pois, de a partir do exercício concreto do poder punitivo na América Latina – estruturalmente seletivo, extraordinariamente violento e radicalmente vertical – desenvolver uma teoria não legitimadora do sistema penal com base na exposição das contradições internas – as vísceras do sistema – dessa

---

<sup>373</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. p. 44-45.

<sup>374</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 5.

<sup>375</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. p. 6.

realidade marginal. Embora não se assuma marxista<sup>376</sup>, não há dúvida de que o realismo marginal busca inspiração no materialismo-histórico de Marx, já que para além do idealismo dogmático europeu a deslegitimação do sistema penal na realidade latino-americana é fruto da evidência dos próprios fatos<sup>377</sup>.

O realismo marginal é uma tentativa, portanto, de manifestar uma dogmática penal politicamente orientada, ou seja, reinterpretar o direito penal a partir da criminologia (crítica)<sup>378</sup>, ensaiando-se um novo modelo integrado de direito penal e criminologia, mas sem dissolver o primeiro em pura sociologia.<sup>379</sup>

Zaffaroni demonstra a existência de uma tensão dialética entre o Estado de Direito real, concreto ou histórico e o Estado de polícia, de viés autoritário, para apresentar um modelo de orientação doutrinária da jurisprudência (treinamento dos juristas) na tarefa de conter e reduzir o poder punitivo, a fim de que se chegue cada vez mais próximo do Estado de Direito ideal. Segundo o professor argentino:

Os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto. [...] O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca. Quanto maior é a contenção do Estado de direito, mais próximo se estará do modelo ideal, e vice-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical – ou uma abolição – do próprio poder punitivo.  
380

O pensamento de Zaffaroni, que sofreu grande influência das teorias sociológicas do conflito<sup>381</sup>, explica a pena como mero exercício de poder, sem

<sup>376</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 95.

<sup>377</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. p. 105.

<sup>378</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. p. 5.

<sup>379</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Montevideu-Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2005, Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 18. p. 115.

<sup>380</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 169-170.

<sup>381</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. p. 655: “Daí, com perfeita legitimidade científica, optar-se nesse desenvolvimento pela perspectiva conflitivista da sociedade”.

justificativa jurídica (preventiva ou retributiva) alguma, o que é nomeado como teoria agnóstica ou negativa da pena<sup>382</sup>.

Lançam-se bases, então, para a relação “pena” e “guerra”<sup>383</sup>: o direito penal deve servir à pena como o direito humanitário serve à guerra – este, o direito, não detém poder para evitar ou impedir as batalhas e conflagrações armadas, mas pode limitar e conter parte de sua violência. É para isso que existe o direito humanitário e é a única coisa que dele se pode exigir que faça<sup>384</sup>.

Se a política é a guerra continuada por outros meios, como perspicazmente afirmou Foucault<sup>385</sup>, o direito penal deveria se comportar como direito humanitário em tempos de “paz” (ou de política)<sup>386</sup>.

É interessante observar que mais recentemente Zaffaroni acrescentou ao realismo marginal o que ele chamou de “criminologia cautelar”, uma criminologia alargada<sup>387</sup> que tem um elemento – a “morte” – como centro da formulação teórica, pois “para enfrentar a criminologia midiática e selecionar as palavras da academia que são úteis para construir uma criminologia cautelar, é necessário apegar-se a dados da realidade da violência criminal: é esta a questão das *palavras e os mortos*”<sup>388</sup>.

O Tânatô na criminologia cautelar incorpora a categoria de genocídio ao seu vocabulário e transforma a criminologia de uma teoria estática para uma teoria

---

<sup>382</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. p. 99-100: “Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e, por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante”. Encontra-se boa síntese em: CARVALHO, Salo. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo (org.). **Crítica a execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>383</sup> Essa ligação, como registra Zaffaroni, está já em Tobias Barreto, que a fez muito antes dele no século XIX (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. p. 109)

<sup>384</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. p. 109.

<sup>385</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>386</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 171.

<sup>387</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. p. 105.

<sup>388</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. p. 28.

política dinâmica, direcionada à prevenção de massacres. Segundo Zaffaroni,

Em síntese, são três as principais frentes que a criminologia cautelar deve operar: (i) a da exploração das condições sociais para criar midiaticamente um mundo paranoico; (ii) a da confrontação permanente com a realidade dos danos e riscos sociais e (iii) a da individualização dos meios adequados para neutralização destes últimos.

Mesmo em tempos de expansão do poder punitivo – período que não é de resignação, mas de prova para o direito penal<sup>389</sup> –, Zaffaroni retoma o conceito de “cautela” ou “prudência” do primeiro crítico do sistema penal, Spee, para afirmar que:

Creio ter demonstrado que mal introduzimos os massacres na criminologia nos demos conta da formidável periculosidade do material que manejamos. É extremamente violento, como se manipulássemos constantemente cartuchos de dinamite. Jamais devemos abandonar a *cautela* que, há quase quatrocentos anos o jesuíta e poeta alemão, o pobre Spee, nos recomendava<sup>390</sup>

Em resumo, o realismo-marginal é a busca de uma dogmática jurídico-penal realista, integrada com as ciências sociais, não legitimadora do poder punitivo e adaptada ao momento atual da região latino-americana<sup>391</sup>, orientada a salvar a vida humana e a prevenir massacres<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 176.

<sup>390</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 531.

<sup>391</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Ávila Editores, 1993. p. 9.

<sup>392</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 24.

## CAPÍTULO 3

### O QUE RESTA DO *MALLEUS MALEFICARUM*?

O que pode remanescer, hoje, de um livro escrito há mais de quinhentos anos? Para sobreviver tanto tempo, tantas circunstâncias históricas e tantos contextos político-sociais diferentes da civilização humana, se algo resistiu, há de ser alguma coisa realmente importante, indispensável para o funcionamento da “engrenagem” social. Por essa lógica, deve ser também algo de fácil constatação, visível a olho nu, de conhecimento geral. Ou, por outro lado, talvez seja algo tão introjetado no imaginário coletivo e nos costumes sociais que transita impune e completamente imperceptível, a não ser que se pare e se reflita sobre a questão.

É difícil, contudo, ter esse momento de reflexão quando boa parte das pessoas que, no passado ou no presente, estudou o tema, não deu maior destaque ou relevância científica a esse aspecto da história. Pior que tratar de um paradigma científico ultrapassado ou *démodé* é investigar uma temática que, culposa ou dolosamente, passou despercebida por muitos daqueles que a deveriam estudar.

A presente investigação científica, além de procurar realçar a importância de examinar criticamente o *Malleus maleficarum*, pretende também, como já assinalado no início, entender e realizar a “história do tempo presente”.

Fazer história do tempo presente é, primeiro, fugir do anacronismo; segundo, é identificar as “verdades” modernas e buscar a sua genealogia – rastrear as lutas de poder que as produziram; procurar naquilo que hoje é “consenso” os conflitos subjacentes a qualquer exercício do poder. Fazer história do tempo presente é, por isso, a partir da leitura do passado, desnaturalizar, desmistificar e reproblematicar o presente.

Mas essa tarefa só poderá ser realizada a contento se se olhar menos para a legislação, menos para as instituições jurídicas no campo normativo e menos ainda para as práticas policiais/judiciais no seu modelo ideal. Se um extraterrestre tiver o infortúnio de desembarcar no Brasil hoje e, por um mórbido desejo, alguém se arriscasse a explicar-lhe o sistema penal nestes trópicos apenas com base no plano normativo – mostrando-lhe a Constituição Federal, o Código Penal, as teorias da

conduta, as definições de dolo eventual, a excepcionalidade da prisão preventiva etc. – o alienígena sairia até bem entendido de palavras bonitas e de conceitos teóricos altamente refinados, porém nada saberia sobre o efetivo funcionamento daquilo que se lhe propôs explicar.

Por que, então, comete-se o mesmo erro quando se olha para o passado? A historiografia jurídica tradicional possui, como observa Nilo Batista, um certo “fetichismo” pelo texto legal e pelas abstrações intelectuais antigas para analisá-las sob o prisma de categorias da técnica jurídica contemporânea<sup>393</sup>. É necessário romper com esse modelo de fazer e pensar a história jurídica.

Nessa linha, a presente investigação não estará preocupada em encontrar pontos de encontro do *Malleus maleficarum* com as leis penais brasileiras ou com o dever-ser das práticas judiciárias locais, embora de ambos vá se ocupar eventualmente. Nilo Batista, logo na abertura de “Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro”, lembra o Michel Foucault de “Microfísica do poder”<sup>394</sup> que disse: “Faz-se a história do direito, da economia, mas a história da justiça, da prática judiciária, do que foi efetivamente um sistema penal, do que foram os sistemas de repressão, disso fala-se raramente”<sup>395</sup>. Essa também será a preocupação que, na medida do possível, norteará este último capítulo.

A “medida do possível” deve ser ressaltada e ressaltada porque a análise que segue foi elaborada não por um historiador ou por um criminólogo, com certo distanciamento de seu objeto de estudo, mas por alguém que faz parte desse mesmo sistema que agora pretende examinar, alguém que integra uma das agências do sistema penal. Esse corte e essa limitação certamente resultarão em deficiências na análise do tema, mas talvez seja também interessante ouvir o que alguém que está dentro dessas engrenagens pode falar.

Feitas essas advertências, antes de prosseguir, para que não se cometa o mesmo erro de Kramer e Sprenger e partir-se de pressupostos sem antes questioná-

---

<sup>393</sup> BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas dos sistema penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 16-17.

<sup>394</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

<sup>395</sup> BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas dos sistema penal brasileiro – I**. p. 15.

los, é necessário primeiro perquirir se há, de fato, algo que tenha sobrevivido até os dias atuais do *Malleus*, ou seja, se há realmente alguma relevância científica em estudá-lo na contemporaneidade.

### 3.1 É IMPORTANTE ESTUDAR O *MALLEUS MALEFICARUM* HOJE? DA “ABERRAÇÃO PARANÓICA” À “RACIONALIDADE JUSTIFICADA”

Uma leitura apressada ou descompromissada do *Malleus maleficarum* pode levar ao entendimento de que o mundo mágico descrito pelos inquisidores, em que bruxas voam em vassouras ou cadeiras e fazem desaparecer o órgão genital masculino, nada teria a dizer hoje, além da constatação de que seus autores sofriam de algum tipo de delírio alucinógeno ou possuíam algum tipo de perversão sexual.

No prefácio da edição brasileira do “Martelo das feiticeiras”, Carlos Amadeu Byington anota que a obra é “um compêndio que só pode ter sido produzido por mentes gravemente enfermas. Trata-se, porém, de uma patologia cultural que seria mutilante reduzir à problemática individual”<sup>396</sup>.

Zaffaroni caracteriza a leitura do *Malleus* como, de um lado, “às vezes tediosa por ser muito repetitiva, em algumas ocasiões causa indignação, em outras diverte e estimula a curiosidade”<sup>397</sup>, mas, ao mesmo tempo, indica que seu conteúdo é “impressionantemente rico”<sup>398</sup>. O professor argentino demonstrou seu desejo, ainda, de analisar a obra em uma investigação científica detalhada, porém vem adiando o projeto há anos por conta de outros compromissos<sup>399</sup>.

A aspiração de Zaffaroni não é gratuita: o *Malleus* representa a síntese tardia do saber criminológico medieval; os demonólogos, como assinala o professor argentino, são os primeiros criminólogos da etiologia<sup>400</sup>. Ora, não por acaso o “Martelo das feiticeiras” já foi objeto de estudo em diversos outros ramos do conhecimento humano, como a sociologia, a teologia, a história, a filosofia, além,

<sup>396</sup> BYINGTON, Carlos Amadeu B. Prefácio: O martelo das feiticeiras – *Malleus maleficarum* à luz de uma teoria simbólica da história. In. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 28.

<sup>397</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 49.

<sup>398</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 49.

<sup>399</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 49.

<sup>400</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 47.

claro, do movimento feminista, porém quase nunca foi estudado por juristas ou criminólogos. Não parece correto concluir que estariam todas as ciências humanas equivocadas, salvo o direito e a criminologia, em buscar compreender a obra.

Walter Benjamin escreveu, em sua sétima tese sobre o conceito de história, que não há nenhum documento da cultura que não seja, ao mesmo tempo, um documento da barbárie<sup>401</sup>. Michael Löwy, ao explicar referida tese, afirma que “em vez de opor a cultura (ou a civilização) e a barbárie como dois polos que se excluem mutuamente, ou como etapas diferentes da evolução história, [...] Benjamin os apresenta dialeticamente como uma unidade contraditória”<sup>402</sup>. O sociólogo brasileiro radicado na França aponta como exemplo de documentos da cultura que são, ao mesmo tempo e indissolúvelmente, documentos da barbárie – pois celebram a guerra e o massacre – os conhecidos Arcos do Triunfo<sup>403</sup>.

O *Malleus maleficarum* poderia ser lembrado como outro claríssimo exemplo de um documento cultural que é, simultaneamente, um documento de barbárie. Em virtude da visão quase sempre hostil que se tem da Idade Média e, em especial, da Inquisição, é possível que se acredite que o livro escrito por Kramer e Sprenger represente apenas a brutalidade e a ignorância humana, ou que ele seria fruto tão-somente de uma “aberração paranoica” de dois freis dominicanos reacionários. Mas a leitura atenta e cuidadosa do *Malleus* faz emergir da obra o seu caráter cultural, isto é, permite enxergar um discurso denso, rico e que desenvolve, com esmero, um pensamento extremamente metódico e refinado.

Há por detrás e em cada linha do “Martelo das feiticeiras”, para muito além de um delírio paranoide, uma racionalidade que justificou a sua elaboração e a sua utilização concreta na vida de pessoas reais. Pode-se supor, para aqueles que confiam numa história linear e evolutiva da civilização humana, que o *Malleus* esteja completamente superado; por outro lado, para quem lê a história de forma diversa, para quem não enxerga a história como um progresso sucessivo e inevitável da

---

<sup>401</sup> BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. p. 245.

<sup>402</sup> LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. posição 630, edição kindle.

<sup>403</sup> LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. posição 630, edição kindle.

humanidade, para quem pretende “escovar a história a contrapelo”, para esses Kramer e Sprenger definitivamente ainda vivem.

A visão de que o *Malleus* foi suplantado, no Iluminismo, por um modelo mais “racional” de aplicar penas<sup>404</sup>, fruto dessa concepção positivista da história, não permite compreender adequadamente a racionalidade do passado, pois, se algumas das teses expostas no livro podem parecer hoje aberrantes, talvez algumas das formas atuais do exercício do poder punitivo poderiam também parecer um tanto quanto absurdas ou irracionais para os inquisidores medievais – pense-se, por exemplo, na chamada “guerra às drogas”<sup>405</sup>.

Para pessoas que acreditavam piamente na existência de Deus e do diabo, no poder da igreja e de seus representantes, não pode ser considerada teratológica a tese de que as bruxas não só existiam, mas praticavam toda sorte de mal contra a humanidade e que, por isso, deveriam ser exterminadas. Seguindo essa lógica, assinala Carlos Amadeu Byington que “uma pessoa de conduta diferente, uma briga entre vizinhos, uma vaca que dá mais ou menos leite, uma criança que adocece, uma tempestade ou a diminuição da potência sexual, qualquer ocorrência pode ser atribuída à bruxaria”<sup>406</sup>. A estrutura discursiva subjacente ao *Malleus* e que deu ensejo à sua publicação estava, pois, presente no cotidiano da sociedade medieval, tal como o problema da criminalidade se põe nas sociedades contemporâneas.

Mas há ainda outra questão a se fazer: será que hoje, em pleno século XXI, está a humanidade livre de histerias coletivas e de práticas delirantes como as que possibilitaram as elucubrações de Kramer e Sprenger? Rose Marie Muraro

---

<sup>404</sup> É válido salientar, nesse aspecto, a advertência de Foucault, para quem as novas estratégias para o exercício do poder de punir levadas a efeito pelo Iluminismo, em contraposição ao modelo do Antigo Regime, longe de uma elevada pretensão de “humanizar” as penas do medievo, queria “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. p. 70).

<sup>405</sup> Em comparação semelhante, tratando das provas de ordália: SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissiones. Tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI – XVII)**. p. 25.

<sup>406</sup> BYINGTON, Carlos Amadeu B. Prefácio: O martelo das feitiçeras – *Malleus maleficarum* à luz de uma teoria simbólica da história. In. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçeras**. p. 20.

escreveu o prefácio da edição brasileira do *Malleus maleficarum* no final dos anos 1990, porém suas palavras ainda servem para o século XXI:

Neste final de século e milênio, o que se nos apresenta como avaliação da sociedade industrial? Dois terços da humanidade passam fome para o terço restante superalimentar-se; além disto há a possibilidade concreta da destruição instantânea do planeta pelo arsenal nuclear já colocado e, principalmente, a destruição lenta mas contínua do meio ambiente, já chegando ao ponto do não retorno. A aceleração tecnológica mostra-se, portanto, muito mais louca do que o mais louco dos inquisidores.<sup>407</sup>

O historiador Miguel Jiménez Monteserín, na introdução à tradução espanhola do “Martelo das feiticeiras”, observou com perspicácia que:

Cinco séculos nos separam daqueles homens, e este espaço supõe uma barreira que não é pequena. Por isso, o leitor deverá, antes de tudo, prevenir-se de uma atitude contemporizada e compreensiva. Muitos dos aspectos valorativos de determinadas circunstâncias vitais mudaram. E, sem embargo, para nossa desgraça, a dureza e a irreducibilidade continuam sendo fórmulas chave para eliminar discrepâncias irritantes, e os inquisidores modernos parecem haver aprendido bem a lição de ardoroso interesse que lhes transmitiram os antigos<sup>408</sup>.

Fazer a “história do tempo presente” a que se propôs no primeiro capítulo desta pesquisa, buscar as “proveniências” e as “origens” do saber penal contemporâneo não pode, portanto, se limitar à afirmação de que o “Martelo das feiticeiras” foi relevante à sua época. É necessário compreender que a criminologia, assim como qualquer outra ciência humana, não faz desaparecer por completo um paradigma científico ou teórico quando outro, mais “moderno”, se sobrepõe a ele e se torna hegemônico. Os discursos criminológicos do passado, dentro da inevitável

<sup>407</sup> MURARO, Rose Marie. Breve introdução histórica. In. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 17.

<sup>408</sup> “Cinco siglos nos separan de aquellos hombres, y este espacio supone una barrera no chica. Por ello, el lector deberá, ante todo, prevenirse de una actitud contemporizadora y comprensiva. Muchos de los aspectos valorativos de determinadas circunstancias vitales cambiaron. Y, sin embargo, para nuestra desgracia, la dureza y la irreducibilidad continúan siendo fórmulas clave para eliminar discrepancias molestas, y los inquisidores modernos parecen haber aprendido bien la lección de ardoroso interés que les transmitieron los antiguos”. (MONTESERÍN, Miguel Jiménez. Justificación. In.: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **El martillo de las brujas**. Tradução de Miguel Jiménez Monteserín. Valladolid: Editorial Maxtor, 2004. p. 10-11).

relação saber-poder, se adaptam à nova realidade na tentativa de se compatibilizar, conviver e sobreviver às novas estruturas de poder, estas que demandaram a criação de “saberes” que justifiquem o seu aparecimento e predominância<sup>409</sup>.

Na fantástica metáfora de Zaffaroni, “a criminologia não é um museu paleontológico, e sim um verdadeiro zoológico no qual todas as espécies se conservam vivas, e pelo qual circulam dinossauros e gliptodontes junto com macacos-aranha”<sup>410</sup>. No prólogo de “Histórias dos pensamentos criminológicos”, o professor argentino acrescenta que

Nada do que aqui se menciona desapareceu, tudo volta ou permanece, porque na criminologia nada morre e sim, simplesmente, transforma-se ou reaparece atuando de forma diferente. [...] Quando se trata de ideias criminológicas e especialmente de racionalizações justificadoras da repressão ilimitada e da morte, *Lucy* caminha entre nós.<sup>411</sup>

Assim, se a criminologia etiológica e racista de Lombroso ainda pode ser encontrada em ideias e teorias contemporâneas (e ainda mais no senso comum promovido pela criminologia midiática), como se afirmou *en passant* do segundo capítulo, também a criminologia sobrenatural e genocida de Kramer e Sprenger permanece viva no presente, porque, como considerou Zaffaroni, “nem sequer a Idade Média terminou na criminologia e sua estrutura continua vigente como nunca”<sup>412</sup>.

Na hipótese, pois, de serem verdadeiras as afirmações acima, o estudo crítico do *Malleus maleficarum* não é só importante como necessário para a correta compreensão do funcionamento do sistema penal contemporâneo. As estruturas do “Martelo das feiticeiras”, conclui o professor argentino em *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*, convivem com o ser humano até hoje, às vezes se apresentando com outras substâncias e conteúdos; porém, ao se olhar para a

<sup>409</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 71. Para uma análise semelhante na história do direito: HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa América, 1997.

<sup>410</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 61.

<sup>411</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Prólogo. In.: ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 11.

<sup>412</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 73.

sua morfologia, ao se olhar para a “embalagem”, essas estruturas parecem que são as mesmas desde 1486<sup>413</sup>.

Zaffaroni complementa em outro texto:

O que interessa em uma investigação dessas características é desnudar sua estrutura e, para isso, nada melhor do que buscar sua primeira e fundacional exposição, cujo alto grau de sofisticação consolidou a estrutura discursiva que se reiteraria ao largo dos séculos posteriores cada vez que se legitima o poder punitivo idólatra inquisitorial, preenchendo a estrutura com outros elementos culturais, não menos absurdos porém mais próximos de nós<sup>414</sup>

E nem se alegue que as teorizações de Kramer e Sprenger se restringiram às questões religiosas e não tiveram repercussão na justiça secular, pois, como já se teve a oportunidade de apontar, os fundamentos e a forma de atuação da Inquisição foram incorporados, na mesma época, às legislações reais dos Estados europeus, com a substituição da figura do inquisidor pela do representante estatal. Além disso, verificou-se que os tribunais eclesiásticos e civis trabalhavam de forma interdependente, em verdadeiro sistema de parceria e simbiose, de tal maneira que o “braço secular” do sistema de justiça medieval não só apoiou mas de fato encampou as estratégias e táticas dos inquisidores na sua prática cotidiana. É nesse contexto que Michel Foucault vai afirmar que, na Baixa Idade Média, “lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se unir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. Dessa conjunção ainda não estamos totalmente livres”<sup>415</sup>.

Em sua investigação sobre o tema, Nilo Batista registra que:

A fantástica influência do direito penal e penitencial canônico responde pelas matrizes do dogmatismo legal, da

<sup>413</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal**. p. 45.

<sup>414</sup> “Lo que interesa en una investigación de estas características es desnudar su estructura y, para ello, nada mejor que acudir a su primera y fundacional exposición, cuyo alto grado de sofisticación consolidó la estructura discursiva que se reiteraría a lo largo de los siglos posteriores cada vez que se legitima el poder punitivo idólatra inquisitorial, rellenando la estructura con otros elementos culturales, no menos absurdos pero más próximos a nosotros”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Notas sobre lo penal y lo religioso*. In.: KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo (org.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 36).

<sup>415</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 74.

inquisitorialidade, do reinado da confissão, do combate ao crime e do homomorfismo penal, além, é claro, da já referida intervenção moral. É, contudo, na construção de um novo sujeito culpável que reside uma das mais duradouras obras do sistema penal canônico.<sup>416</sup>

Para finalizar, na hipótese de alguém ainda duvidar da relevância e atualidade do *Malleus maleficarum*, cumpre transcrever o seguinte excerto do já citado prefácio à edição brasileira da obra, de Carlos Amadeu Byington:

Se muitos leitores concordarão que este livro e a Inquisição são uma aberração da mensagem cristã, é preciso saberem que nem todos pensam assim. O próprio tradutor do livro do latim para o inglês, o Reverendo Montague Sommers, assim se expressa sobre ele no final do prefácio que escreveu em 1946:

‘O certo é que o *Malleus Maleficarum* é o mais sólido e o mais importante trabalho em toda a vasta biblioteca escrita sobre bruxaria. Voltamos a ele sempre com edificação e interesse. Do ponto de vista da psicologia, da jurisprudência e da história, ele é supremo. Podemos mesmo dizer sem exagerar que os escritores que o sucederam, grandes como possam ser, fizeram pouco mais do que retirar destes poços de sabedoria, aparentemente inexauríveis, que os dois dominicanos Henrique Kramer e James Sprenger nos deram no *Malleus Maleficarum*’.

‘O que mais surpreende é modernidade do livro. Praticamente não existe um problema, um complexo, uma dificuldade que eles não previram, discutiram e resolveram’.

‘Aqui estão casos que ocorrem nas cortes de hoje, apresentados com a maior clareza, arguidos com lógica exemplar e julgados com imparcialidade inescrupulosa. O *Malleus Maleficarum* é um livro escrito sob a influência da eternidade’.<sup>417</sup>

Constatada, assim, a necessidade de examinar o Martelo das feiticeiras sob um viés criminológico no “tempo presente”, pode-se passar para uma segunda etapa: identificar quais são os pontos de encontro entre o discurso de Kramer e Sprenger e o saber-poder penal contemporâneo.

<sup>416</sup> BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas dos sistema penal brasileiro – I**. p. 26.

<sup>417</sup> BYINGTON, Carlos Amadeu B. Prefácio: O martelo das feiticeiras – *Malleus maleficarum* à luz de uma teoria simbólica da história. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 40-41.

Nessa linha, Zaffaroni vai apontar vinte e nove caracteres estruturais do *Malleus* e examiná-los muito rapidamente em “A palavra dos mortos”. Nem todos serão estudados nesta pesquisa e ainda se ousará aprofundar alguns e propor outros novos, mas, de qualquer forma, é importante mencioná-los aqui.

O professor argentino especifica como aspectos fundamentais da obra: 1) a maximização da ameaça criminal; 2) o armamentismo discursivo; 3) a altíssima frequência do delito que determina uma emergência; 4) o pior criminoso é quem duvida da emergência; 5) a neutralização de fontes de autoridade; 6) a inversão valorativa dos fatos; 7) as desculpas pelos próprios delitos; 8) a pureza de imagens dirigentes; 9) a etiologia biológica; 10) a transmissão dos caracteres adquiridos; 11) a misoginia criminológica; 12) a contradição discriminatória; 13) a seletividade vitimizadora; 14) a vulnerabilidade vitimológica; 15) o funcionalismo do crime; 16) o vício que gera vulnerabilidade; 17) a existência de danos colaterais; 18) o castigo é sempre justo; 19) o patriarcado explica o castigo dos inocentes; 20) a estigmatização da alegria popular; 21) a percepção privilegiada; 22) a infalibilidade dos inquisidores; 23) a degradação ética do inquisidor; 24) a imunidade dos inquisidores; 25) o prolongamento do mal; 26) os limites morais do mal; 27) a simbologia da serpente; 28) o reforço dos preconceitos sociais; e 29) a reprodução clientelar<sup>418</sup>.

A primeira dessas características do *Malleus* que se entende presente na realidade contemporânea é a que talvez seja a mais fácil de identificar: a lógica da inquisição que permanece viva no processo penal da atualidade.

### 3.2 A LÓGICA DA INQUISIÇÃO DO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

A investigação de Foucault em “A verdade e as formas jurídicas” acerca do surgimento da figura do inquérito na Idade Média fez emergir o conceito, na denominação de Zaffaroni, de “sequestro de Deus”<sup>419</sup>.

Na Alta Idade Média, a realização das provas de ordália implicava que o juiz era apenas responsável por “mediar” o conflito entre dois particulares, o qual

<sup>418</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 49-53.

<sup>419</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. p. 38.

seria decidido por aquele que Deus escolhesse. O juiz, ocupando essa posição de mero mediador e expectador da decisão divina, não tinha o poder de deliberar a respeito do “mérito” do litígio, pois do contrário estaria se imiscuindo no julgamento que pertencia somente ao divino. O magistrado era, como explica Zaffaroni, “uma espécie de árbitro que zelava pelo respeito às regras, para que não houvesse sofismas que desvirtuassem ou impedissem a expressão da vontade divina”<sup>420</sup>.

Essa particular condição do magistrado demandava, então, um natural distanciamento da causa, já que ele não possuía o poder de carregar e dizer a “verdade” – isto é, estabelecer quem daqueles litigantes teria razão – naquele conflito. Isso muda radicalmente com o (re)aparecimento da *inquisitio* no período medieval.

Nesse novo modelo de “fazer justiça”, o juiz abandona sua condição de árbitro observador para, a partir de sua atuação, descobrir por ele próprio a “verdade”. A ideia de inquérito demanda, pois, uma nova postura do juiz, que se desloca da inércia para ser um investigador ativo e que, portanto, passará a inquirir as partes acerca dos fatos em exame. Esse movimento altera também o local de Deus, que é “sequestrado” pelo magistrado-inquisidor e passa a ter um lado na causa: se Deus é a verdade e o juiz é quem decidirá, naquele caso, o que é verdadeiro, Deus só poderá estar sempre do lado da inquisição.

Soma-se a isso o surgimento, no mesmo contexto histórico, da noção de infração, que tornará não mais apenas a vítima como lesada pelo crime, mas também o soberano e, logo, o próprio Estado, representado pelo juiz inquisidor, o qual exigirá a reparação pelo malfeito praticado. A vítima é expropriada do conflito e tem sua palavra confiscada pelo representante estatal, que passará a falar por ela e poderá aplicar uma sanção ao infrator.

A combinação do inquérito, com o sequestro de Deus, e da infração, com a lesão ao soberano, resulta no aparecimento dessa figura extremamente poderosa, que monopoliza a verdade e se porta como o senhor da virtude.

---

<sup>420</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. p. 38.

Zaffaroni, sobre o tema, escreve que

Ademais, a *inquisitio* sequestra Deus. Deus, na ordália, na luta, na *disputatio*, baixava em pessoa e decidia quem era culpado e quem era inocente. Com a *inquisitio*, Deus não baixa em pessoa, senão que sempre está ao lado do que interroga, o inquisidor sequestrou Deus, e, portanto, pode forçar o interrogado, porque sempre o faz em razão do bem, nunca pode fazê-lo por mal, porque Deus está ao seu lado. O juiz e o investigador atuam sempre em conformidade a Deus, ou seja, para o bem. Não necessitam de controle nenhum, porque têm a máxima garantia, a mantém sequestrada.<sup>421</sup>

Desse modo, a *inquisitio* transforma o sujeito (acusado) em objeto de conhecimento, de onde se pode extrair, com maior fidelidade, a “verdade”. Essa mudança do método de aproximação ao objeto (a “verdade”), agregada às exigências probatórias do direito canônico<sup>422</sup>, redundaram na permissão de técnicas violentas de interrogatório, como a tortura, para a extração da “verdade”, sobretudo quando o acusado se recusava a “colaborar” com a investigação, provavelmente porque mancomunado com o diabo.

E como bem registra Zaffaroni,

Ao suprimir Deus, esta argumentação, posteriormente laicizada, deixou como bem supremo o próprio *saber*, de modo que, nos *saberes* (ciências), Satã foi substituído pela *ignorância*. A ignorância será o *mal* e o saber o *bem*; todo saber abrirá a consciência e libertará, toda ignorância será escravizante, o saber é sempre luminoso e progressista, a ignorância é obscura e atrasada. Portanto, nada pode deter a marcha do acesso à verdade, e, assim, o insaciável *apetite de verdade* – para não dizer *glotoneria e voracidade de poder* – do sujeito congnoscente seguirá em frente, sem deter-se diante da violência sobre o objeto de conhecimento. O sujeito

<sup>421</sup> “Además, la *inquisitio* secuestra a Dios. Dios, em la ordália, em la lucha, em la *disputatio*, bajaba em persona y decidía quién era culpable y quién inocente. Com la *inquisitio*, Dios no baja em persona, sino que siempre está del lado del que interroga, el inquisidor tiene secuestrado a Dios, y, por ende, puede forzar al interrogado, porque siempre lo hace em razón del bien, nunca puede hacerlo por mal, porque Dios está de su lado. El juez y el investigador actúan siempre conforme a Dios, o sea, para bien. No necesitan controles de nadie, porque tienen la máxima garantía, la mantienen secuestrada” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal em el tempo**. Buenos Aires: Hamurabi, 2007. p. 62-63).

<sup>422</sup> Exigia-se, como visto, a presença de duas testemunhas para condenar alguém por bruxaria, o que foi diretamente contestado por Kramer e Sprenger na Questão II da terceira parte do *Malleus* (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 400).

cognoscente, por essência, estará sempre num plano superior ao do objeto de conhecimento, pois assim o requer a própria estrutura desta forma de conhecimento<sup>423</sup>.

O *Malleus*, como síntese tardia do conhecimento criminológico de sua época, expressa anos – séculos – de tradição que culminaram, logicamente, com o aparecimento de racionalizações que justificavam, para serenar o espírito dos inquisidores, as práticas cruéis daquele período<sup>424</sup>.

A primeira dessas racionalizações é a infalibilidade: se os inquisidores estão do lado de Deus e Deus jamais permitiria que um inocente fosse punido injustamente, o método inquisitorial também não proporcionaria espaço para uma condenação injusta<sup>425</sup>. Trata-se evidentemente de um raciocínio circular<sup>426</sup>, mas que é consequência direta e natural do “sequestro de Deus” e que encontra respaldo intelectual e teórico no “Martelo das feitiçarias”.

Apenas para ilustrar, a ideia de infalibilidade do juiz-inquisidor, aquele que “descobre a verdade” por meio do processo, nutre e está na raiz, ainda hoje, de propostas como as que pretendem diminuir o número de recursos disponíveis aos acusados, restringir o uso do *habeas corpus* e permitir o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença. É sintomático observar que na argumentação desenvolvida para esse tipo de proposta sempre surge a alegação de que o número de recursos providos pelos tribunais é proporcionalmente pequeno aos que não são acolhidos, como se a confirmação de uma decisão por uma instância superior a tornasse sempre, necessariamente, correta.

A segunda racionalização é a imunidade dos inquisidores, bem sintetizada por Zaffaroni: “Os autores do *Malleus* colocam-se na posição privilegiada de ser os únicos que não podem ser vítimas dos enganos de Satã, ou seja, este carece de

<sup>423</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. p. 40.

<sup>424</sup> Nada muito diferente do que acontece hoje, pois toda forma de violência praticada por meio do sistema penal vem acompanhada de uma necessária justificação; pune-se para “proteger a sociedade”, “combater o crime”, “prevenir o delito”, “ressocializar o detento” etc.

<sup>425</sup> Vale aqui transcrever uma vez mais o seguinte trecho do Martelo das feitiçarias: “ora, estamos aqui a nos referir a fatos reais: não é de nosso conhecimento que alguma pessoa inocente já tenha sido punida por mera suspeita de bruxaria: Deus nunca há de permitir que isso aconteça” (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçarias**. p. 277).

<sup>426</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 53.

poder para induzi-los a erro. Com isso, garantiam sua exclusividade para decidir sobre a matéria<sup>427</sup>. O argumento de Kramer e Sprenger é bastante sensato: como são os inquisidores os responsáveis pelo expurgo do diabo através da punição das bruxas, por serem eles os representantes da verdade e da fé católica na Terra, naturalmente o demônio teria medo e receio de investir contra eles, pois seria severamente castigado por essa audácia<sup>428</sup>.

A noção de imunidade coloca não só o juiz, mas outros atores do sistema de justiça criminal, no papel de uma figura superior ao sujeito (transformado em objeto) investigado. A imunidade blinda o inquisidor e faz aumentar exponencialmente seu “apetite de verdade”, transformando o saber em um saber que busca sempre o poder, ou seja, um saber senhorial, dominante e, por isso, às vezes sádico<sup>429</sup>. E mais: se o inquisidor é imune ao erro, quem questiona a sua atuação – ainda que apenas pela forma e não pelo conteúdo – se coloca contra a sua verdade e, por isso, obstrui a realização do “bem” e da “justiça”.

Um indicativo de que o conceito de imunidade, no sentido de tornar os investigadores sujeitos superiores a outros, ainda sobrevive no tempo presente, está, apenas para ficar em um exemplo, no fundamento latente do Projeto de Lei n. 315/2014 do Senado Federal, que prevê o aumento de pena do crime de homicídio quando for praticado “contra juiz, membro do Ministério Público ou servidor do sistema de segurança pública, em razão da sua função”<sup>430</sup>. É curioso notar que nem advogados particulares ou defensores públicos foram contemplados por essa proposta.

A justificativa do projeto de lei apresentada pelo Senador Lobão Filho é uma pequena amostra do que se pretende evidenciar:

O crime organizado vem travando uma verdadeira guerra contra o Estado. A ousadia dos bandidos é tamanha que eles intimidam juízes, promotores e policiais, que se sentem

<sup>427</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 53.

<sup>428</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 198.

<sup>429</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. p. 40.

<sup>430</sup> A Lei n. 13.142/2015, fruto de outro projeto legislativo, transformou em homicídio qualificado a prática do delito contra autoridade ou agente de segurança pública, para queixa de muitos juízes e promotores que não foram contemplados com essa qualificadora.

acuados, sem a necessária garantia para o correto desempenho de suas funções.

Está no senso comum de cada pessoa que os crimes cometidos contra esses agentes públicos são de especial gravidade, afinal sociedade e Estado são também vitimados, o que justifica a aplicação de pena mais severa.<sup>431</sup>

Mas para além desses exemplos menores, a ideia de que os inquisidores são infalíveis e imunes a qualquer tipo de pecado faz emergir uma terceira e ainda mais perniciosa racionalização: a de que na busca da verdade o juiz poderá adotar qualquer método para alcançá-la. É o que Zaffaroni denomina de “degradação ética do inquisidor”<sup>432</sup>: quando o juiz define qual é a “verdade” do processo, qualquer meio para acessá-la torna-se justo e necessário.

O *Malleus maleficarum* é repleto de exemplos, na terceira parte da obra, da manipulação do procedimento em nome de um “bem maior”, seguidos, sempre, de sua justificativa teórica. Assim, o juiz poderá corretamente e livremente: orientar o denunciante para que não se envolva na acusação, facilitando os meios de dar início ao processo (Questão I); flexibilizar o número de testemunhas suficientes para a condenação (Questão II); permitir que pessoas próximas ao acusado deponham somente em favor da acusação (Questão IV); simplificar o procedimento impedindo manifestações da defesa (Questão VI); decretar e manter a prisão preventiva para forçar a confissão (Questão VII); indicar o advogado para a causa, que não poderá ser livremente escolhido pelo acusado (Questão X); ocultar os nomes das testemunhas à defesa (ainda Questão X); praticar o ardiloso método de levar o acusado aos locais de tortura porém não torturá-lo fisicamente (Questão XIV); prometer falsamente salvar a vida do investigado – promessa que só será cumprida se ele delatar outras pessoas (Questão XIV); formular a desumana falsa proposição de misericórdia para permitir a confissão (Questão XVI).

---

<sup>431</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 315/2014. Insere parágrafo no art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para agravar a pena do homicídio, quando for praticado contra agente do sistema de segurança pública, em razão de sua função. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118814>. Acesso em 24 jun 2016. Aliás, é interessante observar como as penas são aumentadas no Brasil com base em justificativas meramente retóricas e sem qualquer pesquisa a respeito de seu impacto no sistema prisional.

<sup>432</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 53.

E a explicação para todos esses tipos de artifícios processuais é sempre a mesma: “não obstante tais meios possam guardar certo ressaibo de artimanha ou mesmo de malícia, o Juiz pode empregá-los para o bem da fé e do Estado, pois inclusive S. Paulo diz: ‘Mas sendo ardiloso, eu vos apanhei pela malícia’”<sup>433</sup>

No tempo presente, mudam-se os conteúdos porém a “embalagem” continua a mesma: não é incomum observar-se, pelos fóruns e tribunais do país, a decretação e manutenção de prisões preventivas com o dissimulado propósito de forçar a delação premiada<sup>434</sup>; autorização indiscriminada de escutas telefônicas por longos períodos; divulgação para setores da mídia de trechos ainda sigilosos de investigações em curso, com o artificial objetivo de dar “publicidade” aos atos; inversão do ônus da prova nos crimes patrimoniais; manutenção desnecessária do sigilo processual; deixar de declarar nulidade processual em razão de um indemonstrável prejuízo; ignorar e legitimar a produção de provas ilícitas; decidir com base exclusivamente em provas do inquérito policial; supervalorizar a palavra de policiais; autorizar o depoimento de testemunhas sigilosas sem a demonstração da extrema necessidade da medida, entre outros. Tudo isso é feito, em nome do Estado, sempre com o nobre propósito de “combater a impunidade”, “assegurar a credibilidade das instituições”; “dar uma resposta à sociedade”; “garantir a segurança ou a ordem pública” etc.

O *Malleus* estimula, ainda, uma prática que está muito ajustada a essa “lógica inquisitiva”: a de transformar o processo em mera formalidade burocrática, uma vez que desde o seu nascedouro o juiz já conhece a “verdade”; o processo, nessas circunstâncias, transforma-se apenas em uma busca da justificativa para a condenação do acusado. Geraldo Prado, tratando do processo penal

---

<sup>433</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 425.

<sup>434</sup> Ganhou destaque na mídia, em caso de repercussão nacional, o parecer de um Procurador da República que recebeu a seguinte ementa: “Além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos”. BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer no Habeas Corpus n. 5029050-46.2014.404.0000. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>. Acesso em 24 jun 2016. O parecer, que foi recebido com certo espanto por alguns juristas, faz jus às teorizações de Kramer e Sprenger e, na verdade, apenas retira o véu daquilo que se achava encoberto em outros discursos.

contemporâneo, alerta que “o juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal [...], na prática torna dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes”<sup>435</sup>. Essa prática, vale o registro, é bastante comum na atualidade quando o juiz se engaja na investigação pré-processual, autorizando indiscriminadamente medidas cautelares que contaminam o desejável distanciamento mínimo da causa.

Há na obra de Kramer e Sprenger, também, um nítido propósito de fomentar o denunciismo, sobretudo o anônimo. Nos dias atuais, é bastante comum – e inclusive conta com respaldo doutrinário e jurisprudencial – verificar-se a efetivação de prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas – mas somente da juventude em geral negra e pobre – com base em “denúncias anônimas” ou em “informações da comunidade” de que ocorre a comercialização de entorpecentes em determinado local. Em 1486 o *Malleus* já previa que o método mais comum, por ser mais fácil, de se iniciar um processo é “quando há um relatório geral de bruxaria em alguma cidade ou Paróquia”, ocasião em que o juiz poderá “proceder sem a citação ou o aviso geral”<sup>436</sup> a investigação.

É bastante interessante e não se trata de mera coincidência o fato de Kramer e Sprenger queixarem-se longamente acerca do rigorismo de algumas formalidades do processo inquisitorial, postulando sempre pela flexibilidade do procedimento e indicando, como não poderia ser diferente dentro dessa lógica, que as decisões deveriam ser sempre deixadas ao arbítrio do juiz. Exemplo disso são o número de testemunhas exigidas para a condenação (deve ser “submetida ao arbítrio do Juiz”)<sup>437</sup> e se a bruxa deve permanecer presa quando acusada da prática de heresia (“não se pode estabelecer nenhuma regra rígida, e sim se já de deixar o Juiz que haja de acordo com a gravidade da matéria”)<sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> PRADO, Geraldo Prado. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109. O professor carioca complementa no mesmo local e obra citada: “Ocorre que o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de causas se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses – de acusação e de resistência – puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz (Otto Kirchheimer)”.

<sup>436</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 399.

<sup>437</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 402.

<sup>438</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 414.

Algo muito semelhante, em sua forma, acontece com o processo penal contemporâneo brasileiro quando se verifica que a Suprema Corte do país já estabeleceu que

O processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal<sup>439</sup>

Ainda para o Supremo Tribunal Federal, “a fixação do regime prisional coloca-se sob o prudente arbítrio do magistrado sentenciante”<sup>440</sup>; e, nessa mesma linha, “O deferimento de provas submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão há de levar em conta o conjunto probatório já existente”<sup>441</sup>.

Essa alegada “inflexibilidade” das formalidades processuais, como se vê, longe de ser um “problema” meramente atual, deita raízes desde o nascimento do método inquisitivo; por outro lado, a racionalização que busca transpor os rigores procedimentais, seja no medievo, seja no tempo presente, é fruto de uma mesma visão: a de que o juiz pode, por meio do processo, buscar e dizer a “verdade”.

É nesse contexto que as garantias processuais, na contemporaneidade, vão ser entendidas muito mais como um inoportuno obstáculo ao atingimento da “verdade” – o *Malleus* expressamente recomenda que o juiz deve desautorizar “quaisquer contenções impertinentes de defensores ou advogados”<sup>442</sup> – do que efetivamente como uma barreira de contenção civilizatória ao poder de punir do

<sup>439</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* n. 110429, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6-3-2012, publicado no DJe-058 em 20-3-2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000185603&base=baseAcordaos>. Acesso em 24 jun 2016.

<sup>440</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 107654, Relator: Ministro Ricardo Lewndowski, Segunda Turma, julgado em 11-10-2011, publicado no DJe-206 em 25-10-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000181294&base=baseAcordaos>. Acesso em 24 jun 2016.

<sup>441</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 104473, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 5-10-2010, publicado no DJe-207 em 27-10-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164769&base=baseAcordaos>. Acesso em 24 jun 2016.

<sup>442</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 406.

Estado.

Seria possível mencionar, ainda, uma série de outras providências adotadas no processo penal contemporâneo que encontram proveniência e respaldo teórico no “Martelo das feiticeiras” – desde a atividade probatória do juiz e a utilização hodierna do conceito de “verdade real” até a decretação de medidas cautelares de ofício –, mas acredita-se que o ponto que ensejou a abertura deste subcapítulo já está satisfatoriamente demonstrado.

Segundo a melhor teoria processual penal brasileira, como em Geraldo Prado e em Aury Lopes Junior, um sistema acusatório funda-se primordialmente na clara divisão das tarefas de acusar, defender e julgar<sup>443</sup>. Ocorre que, por si só, essa separação na esfera do dever-ser entre o juiz e a atividade de investigação e de acusação, sem dúvida uma conquista do civilizatória, não resolve o problema por completo.

Na verdade, o conhecido debate entre sistema inquisitório e acusatório jamais será encerrado porque a lógica da inquisição, proveniente do modelo descrito e incentivado pelo *Malleus*, ainda está na raiz do processo penal moderno: o juiz continua acreditando que pode extrair, do processo, e dizer, na sentença, a “verdade”.

Zaffaroni conclui com absoluta precisão que

Esta foi, sem dúvida, a maior revolução protagonizada pela *Inquisição* mediante a substituição da *disputatio* (estabelecimento da verdade por luta) pela *inquisitio* (estabelecimento da verdade por interrogação). Dessa perspectiva, pode-se afirmar que *a Idade Média não terminou e está longe de terminar*. Dependerá da capacidade humana de transformação do conhecimento a substituição da *inquisitio*, algum dia pelo *dialogus*, em que o saber não seja mais do *dominus* e sim do *frater*. Porém, a mera perspectiva desta possível mudança civilizatória mostra a formidável medida em que o problema *transcende o campo do penal para converter-se em uma questão central da cultura universal*. Pretender

<sup>443</sup> PRADO, Geraldo Prado. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. p. 242; LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 58.

ignorar esta dimensão e resolver a questão como um simples problema de política criminal, passível de ser liquidado em poucas páginas, é uma ingenuidade insustentável, ou melhor, uma limitação de conhecimento inadmissível por seu altíssimo nível de isolamento com relação aos outros saberes.<sup>444</sup>

Para concluir, embora, como observou o professor argentino, a mudança do paradigma inquisitorial dependa de uma revolução cultural muito mais ampla, isso não significa que se possa tolerar, na atualidade, práticas como as incensadas por Kramer e Sprenger acima citadas. Há, ainda, caminhos sendo propostos para que se afaste, mesmo que por apenas um passo, desse passado medieval do processo penal contemporâneo, como a instituição de um juiz de garantias ou, também, a aproximação do processo penal à teoria dos jogos, na alegoria de Alexandre Morais da Rosa<sup>445</sup>.

### 3.3 A CRÍTICA COMO HERESIA

Os reflexos intraprocessuais contemporâneos do *Malleus maleficarum*, apesar de importantes, talvez sejam os de menor relevância para a história dos saberes criminais do tempo presente. Há outras “verdades” modernas cujas origens e cuja justificação teórica, afastando-se o véu do “consenso”, podem ser rastreadas no período medieval e no “Martelo das feiticeiras”.

A história do poder punitivo e a história da ideologia do direito penal são coisas distintas, como lembra Zaffaroni. Isso pode ser comprovado pelo fato de que, frente a certo exercício do poder punitivo, às vezes o direito penal o legitimou e, porém, em outras foi crítico a ele<sup>446</sup>.

O *Malleus* é um livro, sem dúvida, legitimador do exercício do poder punitivo de sua época – e vale recordar que a obra se tornou um verdadeiro *best seller* durante vários séculos, o que demonstra sua importância para a construção das “verdades” daquele tempo. A contribuição de Kramer e Sprenger para a edificação de uma ideologia legitimadora da atuação dos inquisidores é, portanto,

<sup>444</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. p. 42.

<sup>445</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>446</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo**. p. 29.

incontestável.

O exercício de qualquer tipo de poder demanda a criação ou a adaptação de algum tipo de saber que lhe dê suporte e justificativa. O sistema penal, essa enorme estrutura criada para o exercício do poder punitivo, somente poderá cumprir adequadamente seu papel se, cada vez que um representante estatal atuar, ele estiver legitimado por uma ideologia que lhe dê sustentáculo. Daí se vê, portanto, a imensa importância da elaboração de um discurso coerente que alicerce a prática da violência institucionalizada por meio do sistema penal – seja ele atual, seja aquele da Idade Média.

Seguindo essa lógica, quem questiona a correção desse discurso e coloca em suspeita a ideologia legitimadora passa a ser considerado um transtorno ao saber-poder dominante. Se essa hipótese for verdadeira, os pensadores da ordem, ou seja, aqueles que (re)produzem o discurso que dá base ao exercício do poder devem impedir, de toda forma, o afloramento de críticas a esse mesmo discurso. Pior: quando essas questões que emergem deixam de interrogar pontos circundantes e passam a contestar, por ceticismo, o próprio alicerce do saber-poder, aqueles que formulam essas críticas deixam de ser pequenos incômodos à ordem dominante e passam a ser combatidos com vistas à sua eliminação.

O *Malleus maleficarum* confirma essa tese. Não é casual que a primeira questão apresentada no livro é justamente saber “se crer em bruxas é tão essencial à fé católica”<sup>447</sup> que sustentar o contrário deve ser considerado heresia. A abertura da obra, então, é dedicada à discussão e posterior conclusão de que a bruxaria de fato existe e quem nela não crê deve ser reputado herege. É sintomático que Kramer e Sprenger se preocupem, logo de início, a afirmar e reafirmar os fundamentos da ideologia dominante, que legitima o exercício do poder punitivo da época.

A apresentação inicial e a importância dada a esse discurso possui dois sentidos. O primeiro é mais nítido, que é de efetivamente perseguir e punir aqueles que questionam a ordem. O segundo é menos visível, porém não menos importante: dissuadir qualquer pessoa que venha por acaso imaginar que a ideologia dominante

---

<sup>447</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 406.

não corresponda à “verdade”. Com efeito, o objetivo, no segundo caso, é justamente o de impedir antes do nascimento a emergência de discursos críticos ao saber legitimador do poder.

O “Martelo das feiticeiras”, como síntese tardia do saber criminológico do seu tempo, necessitava ratificar com veemência o discurso da ordem e, por consequência, tratou de considerar a descrença na existência das bruxas como a mais grave das heresias, tão grave quanto exercer a bruxaria em si. Kramer e Sprenger afirmam com todas as letras, logo na Questão I, que “quem quer que pense de outra forma a respeito de assuntos pertinentes à fé que não do modo defendido pela Santa Igreja Romana é herege”.<sup>448</sup>

É curioso observar a obstinação dos autores em legitimar a inquisição sob a justificativa dos enormes malefícios causados pela bruxaria e, ao mesmo tempo, condenar aqueles que, sensatamente, pediam apenas cautela aos inquisidores e atribuíam a causas naturais os danos apontados como efeitos da bruxaria. Na Questão VIII da primeira parte Kramer e Sprenger retornam ao tema para dizer que:

O primeiro quero que condenam é o dos que afirmam não existir bruxaria no mundo, salvo na imaginação dos homens, os quais, pela sua ignorância das causas ocultas que ainda ninguém compreende, atribuem certos efeitos naturais à bruxaria. No entanto, tais efeitos foram, por certo, não efetuados por causas ocultas, mas pode demônios operando por conta própria ou com o auxílio das bruxas. E não obstante todos os Doutores condenem esse erro como pura falsidade, S. Tomás impugna-o mais vigorosamente e o estigmatiza como verdadeira heresia, ao afirmar que tal erro procede da raiz da infidelidade.<sup>449</sup>

Mais adiante os autores dão outra amostra de que se preocupavam muito mais com a manutenção da ideologia do que efetivamente com os “danos” que alguma infração poderia causar. Na terceira parte do livro, na explicação do conceito de heresia, Kramer e Sprenger afirmam que se alguém praticar o crime de adultério, desobedecendo a um dos mandamentos divinos, não poderá ser considerado

<sup>448</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 53.

<sup>449</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 139.

herege “salvo se sustentar a opinião de que é lícito cometer adultério”<sup>450</sup>. É nítida, portanto, a aproximação da noção de heresia à necessidade de conservação da forma de pensar dominante.

Segundo Anitua, esse método é uma “ferramenta útil para impedir qualquer deslegitimação e crítica a métodos e finalidades do projeto de poder que, assim, pode eliminar a dissidência”<sup>451</sup>

E essa estrutura discursiva não terminou com o fim da Idade Média, como adverte Zaffaroni ao comentar sobre o *Malleus*:

A obra tem uma primeira parte dedicada às causas do mal. A primeira questão que se coloca é: qual é a maior das heresias? A maior das heresias, segundo os autores do *Martelo*, era duvidar da existência das bruxas. Isso é uma constante que vemos em todo o discurso legitimador do sistema penal até hoje. Se duvido da existência das bruxas estou duvidando da autoridade dos autores do livro e estou duvidando da legitimidade do tribunal de inquisidores. O mesmo se passará com todas as emergências posteriores: quem dizer que não são tão graves, que não justificam semelhante repressão, é o pior e o mais perigoso dos criminosos. Diga hoje alguém que o terrorismo não justifica arrasar com todas as garantias e será considerado o pior dos terroristas, ou ontem o mesmo a respeito das drogas e teria sido considerado um cúmplice do tráfico etc.<sup>452</sup>

A prova de que essa relação entre crítica e heresia ficou introjetada no inconsciente dos ideólogos do sistema reside no fato de Beccaria, séculos depois, ter sido acusado, coincidentemente por um frei dominicano, de heresia em razão da publicação de “Dos delitos e das penas”<sup>453</sup>.

Zaffaroni enumera, ainda, uma série de outros pensadores que eram críticos ao sistema penal e sofreram consequências pessoais por isso:

Não esqueçamos que nossos próceres não tiveram vidas tranquilas e, justamente por isso, Spee correu o risco de acabar na fogueira, Beccaria publicou seu livro anônimo, Pagano foi

<sup>450</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 384.

<sup>451</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 59.

<sup>452</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tempo**. p. 64.

<sup>453</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 122.

fuzilado, Marat morreu apunhalado na banheira, Rossi esfaqueado, circulou a lenda de que Feuerbach foi morto por envenenamento (o que não parece ser verdade), Romagnosi foi processado, Carmignani condenado ao desterro, Mello Freire denunciado à Inquisição, Lardizabal defenestrado e ignorado. Nada disso foi gratuito, mas deveu-se ao fato de que nenhum deles se curvou ao *Zeitgeist*. A academia glorifica hoje a memória de muitos deles, embora esqueça injustamente outros, mas, por outro lado, não conhecemos nenhuma universidade, departamento ou instituto que leve o nome de Torquemada.<sup>454</sup>

A forma de legitimação do discurso apresentada no *Malleus* permanece viva até hoje, embora não se acuse mais os críticos do sistema penal de heresia, já que a expressão está um pouco fora de moda. Aqui novamente alteraram-se as palavras mas a estrutura mantém-se intacta.

Não por outro motivo é que aqueles que questionam a necessidade e utilidade de penas severas, a flexibilização das garantias processuais, a guerra às drogas, as políticas criminais “repressivistas”, a maximização do direito penal, as prisões preventivas em massa, enfim, quem elabora qualquer crítica aos fundamentos da existência do poder punitivo contemporâneo é logo tachado de condescendente com o crime, protetor dos criminosos, conivente com o sofrimento de eventuais vítimas, quando não cúmplice dos delitos.

É nesse quadro de demonização da crítica que não acreditar que o direito penal resolva qualquer conflito se transformou em blasfêmia, que duvidar da função da pena é quase um insulto, que o termo “garantismo” virou pejorativo.

E tudo isso se complica ainda mais quando conjugado com o autoritarismo *cool* do tempo presente, como explica Zaffaroni

Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o velho ou o de entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o

<sup>454</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 176-177.

superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é *cool*. É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.<sup>455</sup>

O aviltamento do pensamento crítico em tempos de autoritarismo *cool* provoca a interdição do debate na academia, pois transforma a universidade em um espaço acrítico e de mera repetição de formalismos sacralizados<sup>456</sup>. O resultado dessa perversa equação é a degradação do padrão teórico da doutrina penalista, em que doutrinadores são reduzidos à condição de meros glosadores do texto legal, exatamente como acontecia no medievo, na linha do que descreve Anitua:

Os técnicos do direito, chamados de glosadores, assumiriam como tecnocratas um saber ou conhecimento baseado na dedução dos textos sagrados ou mitificados. O nome advém de sua atividade, a “glosa”, pois, segundo se dizia, eles limitavam a glosar ou a comentar esses textos jurídicos romanos e teológicos cristãos, de tal forma que nunca cometeriam a heresia de distanciarem-se do “Corpus” original revelado por Deus ou da autoridade.<sup>457</sup>

A interdição do debate acadêmico implica, além disso, o autismo do estudo da dogmática penal, que se estrutura, assim como o *Malleus*, na mais completa fuga da realidade, na busca de argumentos meramente retóricos e de autoridade, sem qualquer base empírica que o sustente.

Se essa conjuntura se apresenta perniciosa na academia e também na advocacia – basta lembrar a comum confusão entre defesa judicial e cumplicidade delituosa<sup>458</sup> – a situação é ainda mais dramática para aqueles que transitam no interior do sistema penal. Não é por acaso, portanto, que se verifica na prática cotidiana agentes desse sistema (juízes, promotores, delegados etc.) que trabalham sob um viés crítico sendo demandados pelos órgãos de controle interno pelo simples

<sup>455</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 69.

<sup>456</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 61.

<sup>457</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 47.

<sup>458</sup> Kramer e Sprenger, há mais de quinhentos anos, recomendavam que o juiz deveria ter “grande cautela” ao indicar um advogado à pessoa acusada de bruxaria, pois ele não poderia ser um “homem litigioso ou malévolos” e nem “facilmente subornado (como muitos o são), mas homem honrado que não se vincule a qualquer tipo de suspeita” (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 419).

fato de, nas palavras de Zaffaroni, não se curvarem ao *Zeitgeist*.

Não há, enfim, solução fácil para esse dilema, porém uma das saídas talvez seja retomar a etimologia da palavra heresia, lembrando que ela significava, em sua raiz, “escolha”, “opção”, uma mera alternativa, sem qualquer carga semântica negativa, a fim de permitir o afloramento de novos discursos e práticas críticas e não legitimadoras do poder punitivo.

### **3.4 O NASCIMENTO DO MANIQUEÍSMO CRIMINAL: A “GUERRA” DO BEM CONTRA O MAL**

O “sequestro de Deus” promovido pelo surgimento da *inquisitio* na Baixa Idade Média, para além de estabelecer um novo modelo de dizer a “verdade”, trouxe consigo uma dicotomia que até então não existia e que permanece viva no tempo presente: o maniqueísmo criminal.

A conclusão é bastante lógica: se a Inquisição representa Deus e se Deus é o bem e a virtude, quem está do lado d’Ele também pratica o bem e a virtude; por outro lado, quem se opõe ao divino não só comete um simples erro como também representa o mal. Nas palavras de Zaffaroni, “a virtude estava sempre sequestrada pelo poder, e por conseguinte, Deus também permanecia prisioneiro dele. O poder que surgiu dessa transformação é o poder do senhor, do *dominus*, que monopolizava o bem, e quem se lhe opunha era sempre o mal”.<sup>459</sup>

Uma questão bastante importante para o *Malleus* – porque perpassa toda a obra – e que Kramer e Sprenger tiveram de enfrentar é o paradoxo da afirmação de que Deus é onipotente e onisciente e, ao mesmo tempo, permite a prática de atos tão hediondos como aqueles perpetrados pelas bruxas. Se Deus é o bem e a verdade, ele jamais poderia permitir que crianças fossem mortas de maneiras repugnantes e nem que pessoas abençoadas fossem acometidas das mais atrozes doenças. Mas admitir que isso seria obra apenas do diabo significaria contrariar o dogma de que Deus é todo-poderoso, já que os demônios poderiam agir sem ou contra a aprovação divina – o que também seria uma heresia.

---

<sup>459</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 39.

Como os autores do *Malleus maleficarum* explicam essa contradição? Não a resolvem: para não serem acusados de heresia, afirmam que Deus, de fato, permite a prática de bruxaria, apelando num primeiro momento para o argumento de que os desígnios de Deus são inescrutáveis<sup>460</sup>. Depois, contudo, embrenham-se no impenetrável para revelar o projeto divino: Deus é sempre capaz de “dos males particulares extrair um grande bem; pois que através da perseguição dos tiranos surgiu a paciência dos mártires, e através das obras das bruxas surgem a purgação e a provação da fé dos justos”<sup>461</sup>.

A explicação é, como observa Zaffaroni, ao melhor estilo do funcionalismo durkhemiano: “porque sem o mal não se notaria o bem nem o mérito do ser humano. Nenhum funcionalista nem nenhum sistêmico contemporâneo poderia explicá-lo melhor”<sup>462</sup>.

Essa visão de que se luta ao lado do bem e de que se está em combate permanente contra o mal, ainda que não se consiga encontrar uma justificativa convincente para tal abstração (como até hoje não se tem uma justificativa convincente e definitiva para a função da pena), quando levada ao paroxismo faz aflorar a ideia de que se vive em uma verdadeira “guerra” do bem contra o mal, em que o fim – a vitória no combate com o extermínio do inimigo – justificaria quaisquer meios porventura adotados.

Como escreve Zaffaroni:

A bruxa não era mais do que um sinal do avanço do mal que ameaçava a destruição da humanidade. Não tinha importância o feito individual, senão como evidência do avanço do mal que havia de ser contido para salvar a humanidade toda. O fato individual de bruxaria não era mais que um sintoma, um sintoma desse avanço do mal, mas o importante era descobrir o mal e combater o mal. O que importava era destruir as bruxas para reduzir o mal, havia que queimar as bruxas porque era uma forma de combater o mal, não pela bruxa em si mesma, senão pelo mal que encarnavam as bruxas. Sendo isso assim,

<sup>460</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 156.

<sup>461</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 161.

<sup>462</sup> “porque sin el mal no se notaría el bien ni el mérito del ser humano. Ningún funcionalista ni ningún sistêmico contemporáneo podría explicarlo mejor” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tempo**. p. 67).

o feito de bruxaria não necessitava uma tipicidade; pelo contrário, era necessário investigá-lo livremente, porque se estava frente a uma formidável potência maligna que tinha capacidade para enganar a todo o mundo, inclusive para disfarçar-se de santa, também para disfarçar os atos de bruxaria em milagre etc.<sup>463</sup>

Essa lógica maniqueísta vai alimentar, assim, um armamentismo discursivo, ou seja, propõe-se “abertamente uma *guerra* e a linguagem torna-se totalmente bélica”<sup>464</sup>.

Pode-se dizer, então, que a estrutura discursiva do *Malleus* não só persiste no tempo presente como vai condicionar as subjetividades contemporâneas: não é por acaso que se trava uma “guerra” às drogas; que o crime deve ser sempre “combatido”; que as favelas devem ser “ocupadas” e depois “pacificadas” (mas somente com o uso da força policial). Não é à toa, ademais, que setores da sociedade, inclusive com o respaldo de alguns juristas, vão incentivar a militarização da segurança pública e a utilização do Exército contra parcelas da população.

Isso implica, também, a construção daquilo que Zaffaroni denomina de “desculpas para os próprios delitos”<sup>465</sup>: se as agências do sistema penal atuam em favor do bem, eventuais crimes praticados no exercício da função não só são desculpados como legitimados por conta de um “objetivo maior”. Resultado disso é o que Nilo Batista vai chamar de “política criminal com derramamento de sangue”<sup>466</sup> – o exercício concreto do poder punitivo em um país cujas forças policiais, dentre as mais violentas do mundo, matam e morrem em índices inconcebíveis para uma

---

<sup>463</sup> “La bruxa no era más que un signo del avance del mal que amenazaba a destrucción de a humanidad. No tenía importância e hecho individual, sino como evidencia del avance del mal que había que contener para salvar a la humanidad toda. El hecho individual de brujería no era más que um síntoma, um síntoma de ese avance del mal, pero lo importante era descubrir el mal y combatir el mal. Lo que importaba era destruir a las brujas porque era una forma de combatir el mal, no por la bruja en sí misma, sino por el mal que encarnaban las brujas. Siendo esto así, el hecho de brujería no necesitaba una tipicidade, mas bién se necesitaba investigarlo libremente, porque se estaba frente a una formidable potencia maligna que tenía capacidad para enganar a todo el mundo, incluso para disfrazarse de santa, también para disfrazar los actos de brujeria em milagro, etcétera” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tempo**. p. 68).

<sup>464</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 49.

<sup>465</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 50.

<sup>466</sup> BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: **Revista Discursos Sediciosos**: Crime, Direito e Sociedade. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

democracia<sup>467</sup>.

A lógica belicista, que perpassa todo o *Malleus* – os inquisidores estão em uma constante e quase apocalíptica batalha contra o diabo e suas bruxas –, vai se alimentar do maniqueísmo criminal e estará na base do “neopunitivismo” norteamericano que se espraia, só que com muito mais violência, por toda a América Latina.

Mas para que essas políticas autoritárias e “repressivistas” ganhem relevância prática é necessário trazer a questão criminal para o centro do debate na sociedade, e isso só é possível na medida em que se consolida no imaginário social que de fato se vive em uma “guerra civil” que pode vitimar qualquer um a qualquer momento. Isso está na raiz das políticas criminais e criminologias de corte autoritário como a “lei e ordem”, a “tolerância zero” e a teoria das “janelas quebradas”.

Sem embargo, a construção de uma ideologia maniqueísta e belicista só é prolífica porque esse discurso é incensado cotidianamente por aquilo que Zaffaroni chama de “criminologia midiática”, algo que não era muito diferente no tempo de Kramer e Sprenger. O professor argentino registra, por exemplo, que Spee, o primeiro crítico do sistema penal, “atribuía a manutenção da caça às bruxas à *ignorância* do povo, ou seja, à desinformação da criminologia midiática do seu tempo, cujo meio de comunicação era o púlpito e a praça, enquanto a criminologia acadêmica, os teóricos da Inquisição, faziam o mesmo”.<sup>468</sup>

A criminologia midiática, que existe em paralelo à da academia, “atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma

---

<sup>467</sup> Segundo o último Anuário Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2014 morreram no Brasil 398 policiais em serviço (ou seja, mais de um por dia) e foram mortas pela polícia no mesmo período mais de 3.000 pessoas (isto é, um cidadão morto a cada três horas). (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf). Acesso em 27 jun 2016).

<sup>468</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 304.

etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica”.<sup>469</sup>

Na Idade Média, a Inquisição e a demonologia funcionavam num processo de retroalimentação, que culminava com a ampliação da atividade repressora do sistema; na contemporaneidade, o sistema penal máximo e a criminologia midiática atuam de maneira bastante semelhante, por esse mesmo método de retroalimentação.

O maniqueísmo criminal, forjado no raciocínio da “guerra” do bem contra o mal, facilita a manipulação do medo pela criminologia midiática. O medo é um sentimento natural e positivo, que serve à sobrevivência humana, pois afasta o homem de riscos temíveis e reais que se apresentam no curso da vida. Ocorre que quando esse medo deixa de refletir riscos reais ou quando se supervalorizam alguns riscos em detrimento de outros da mesma ou de maior magnitude, este sentimento perde a sua característica positiva e seu sentido de existir, pois se quebra a necessária e vital proporcionalidade entre medo e risco.

O medo que não corresponde à temeridade do objeto é um sentimento patológico e, além disso, possui uma eficácia invertida: ao mesmo tempo que faz o homem temer algo que não se afigura um risco efetivo, o faz também ignorar outros riscos que deveriam ser temíveis.

A criminologia midiática, com seu noticiário sanguinolento<sup>470</sup> que amplifica a ameaça criminal e cria suas respectivas cruzadas morais, não faz nada além de manipular o medo para transformá-lo em um sentimento inútil para o fim a que se destina, pois “impede que cuide dos riscos vitais ocultados e o pânico moral se torna um convite à temeridade, posto que, quando não dou importância aos outros riscos,

---

<sup>469</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. p. 303.

<sup>470</sup> A crueza da mídia seguramente se intensificou nestes tempos de autoritarismo *cool*, mas não é, por certo, um fenômeno recente no Brasil. Já na década de 50, o sambista Roberto Silva gravou a música “Jornal de Morte”, censurada pela ditadura militar e posteriormente regravada pela Nação Zumbi e pelo grupo Casuarina, que cantava: “Vejam só esse jornal, é o maior hospital / porta-voz do bang-bang, e da polícia central / Tresloucada, seminua, jogou-se do oitavo andar / porque o noivo não comprava maconha pra ela fumar. / Um escândalo amoroso com as fotos do casal / um bicheiro assassinado em decúbito dorsal. / Cada página é um tiro, um homem caiu no mangue / só falta alguém espremer o jornal – pra sair / sangue, sangue, sangue”.

me comporto temerariamente frente a eles”.<sup>471</sup>

No entanto, para que essa manipulação do medo, operada pela criminologia midiática que serve às políticas “repressivistas”, possa cristalizar-se no imaginário coletivo, é necessário que ela se empenhe na construção de estereótipos sociais que permitam ao exercício do poder punitivo recair majoritariamente sob certos setores da sociedade.

Na já mencionada reflexão de Anitua, a manipulação do medo é o que dá suporte às políticas de “lei e ordem”, que legitima o controle do outro e a eliminação do outro<sup>472</sup>.

Essa tática, por certo, não é nova na história da humanidade: o *Malleus* é um claro protótipo da criação de medos irrealis (a bruxaria) para fins políticos e de controle social (a Inquisição e a manutenção do poder da Igreja), com a idealização de um nítido estereótipo criminal: as mulheres. É importante ressaltar, todavia, que, embora o “Martelo das feiticeiras” seja um livro definitivamente misógino e que difamava todo o gênero feminino, ele buscava construir um estereótipo específico de mulher que seria mais suscetível à bruxaria. Não se tratava de qualquer mulher, mas de alguns tipos específicos de mulheres: idosas (geralmente as que praticavam algum tipo de curandeirismo), jovens que não contraíam matrimônio, portadoras de transtorno mental e sobretudo as mulheres pobres<sup>473</sup>. É nesse sentido que Kramer e Sprenger orientarão que o juiz trate com maior rigor as acusadas que não são ricas ou de berço nobre, pois essas bruxas seriam as mais perigosas.<sup>474</sup>

Na contemporaneidade, a sintonia entre a criminologia midiática e a atuação das agências do sistema penal manipula o medo da sociedade para a criação de um estereótipo criminal: a juventude negra e pobre, presumidamente envolvida com drogas ou com crimes patrimoniais. Uma pesquisa realizada pelo DataSenado ilustra bem essa realidade: ao mesmo tempo que, segundo dados do Ministério da Saúde, 78% dos jovens que foram vítimas de homicídio em 2013 no

---

<sup>471</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 319.

<sup>472</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 787.

<sup>473</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 209.

<sup>474</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 417.

Brasil eram negros, 77% dos entrevistados pela consultoria do Legislativo acreditam que a cor da pele não faz diferença em relação às mortes de jovens. A construção desse estereótipo fica evidente também quando 57% dos entrevistados atribuem a violência contra a juventude pobre e negra ao envolvimento com as drogas (29%) e à impunidade (28%), ao tempo em que apenas 24% mencionam a (falta de) educação escolar (de qualidade) como uma das causas da violência. Há mais: 52% dos entrevistados afirmaram que a principal causa de morte entre os jovens é o uso de drogas (claramente uma resposta falsa), ao passo que o assassinato foi apontado apenas por 30% das pessoas que responderam a pesquisa<sup>475</sup>.

O “Mapa da Violência” elaborado pelo Governo Federal apresenta quadro tragicamente semelhante: em 2012 morreram por arma de fogo, proporcionalmente, duas vezes e meia mais negros do que brancos; há Estados, como Alagoas e Paraíba, em que a diferença entre os níveis de vitimização racial por arma de fogo supera a casa dos 1.000%, ou seja, para cada branco vítima de arma de fogo nessas unidades da federação, morrem proporcionalmente dez negros vítimas de homicídio doloso. E o mais assustador – e que comprova que a criminologia midiática continua funcionando a todo vapor – é o dado que informa que as taxas de homicídios envolvendo pessoas de cor branca felizmente caíram 18,7% entre 2003 e 2012, mas, no mesmo período, as taxas de assassinatos de negros aumentaram 14,1%. Assim, a diferença entre a vitimização branca e negra no Brasil, que em 2003 era de 72,5%, vai duplicar em menos de uma década: em 2012 era de 142%<sup>476</sup>.

Na conclusão de Salo de Carvalho:

A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis autônomas. No entanto, no Brasil, a população jovem negra, notadamente aquela que vive na periferia dos grandes centros urbanos, tem sido a vítima

<sup>475</sup> SENADO FEDERAL. Serviço de pesquisa DataSenado. **Violência contra a juventude negra**. Novembro de 2015. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/RelatorioViolenciacontraajuventudenegra\\_versofinal2.pdf](https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/RelatorioViolenciacontraajuventudenegra_versofinal2.pdf). Acesso em 28 jun 2016.

<sup>476</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: mortes matadas por arma de fogo. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional da Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2015. p. 80, 81 e 82. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>. Acesso em 28 jun 2016.

preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo.<sup>477</sup>

A tarefa da criminologia midiática contemporânea, quando completada, tem como resultado o maniqueísmo criminal, aquele mesmo já previsto no *Malleus* da “guerra” do bem contra o mal, porém elevado à última potência: nas palavras de Zaffaroni, cria-se a “realidade de um mundo de *pessoas decentes* frente a uma massa de *criminosos*, identificada através de estereótipos que configuram um *eles* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de *diferentes e maus*”.<sup>478</sup>

E complementa o professor argentino mais adiante que:

Essa crença se constrói sobre bases bem simplistas, mas profundamente internalizadas, à força de reiteração e bombardeio de mensagens emocionais através da imprensa: indignação frente a alguns fatos aberrantes, mas não a todos, apenas os dos estereotipados; impulso vingativo por identificação com a vítima desses fatos, mas não com todas as vítimas, apenas com as dos estereotipados e, se possível, que não pertençam elas próprias a esse grupo, pois nesse caso, considera-se uma violação intragrupal própria de sua condição inferior; medo da própria vitimização e reivindicação de maior repressão com base em uma causalidade mágica, segundo a qual maiores penas e maior arbítrio policial produzem maior prevenção dos delitos.<sup>479</sup>

O discurso da criminologia midiática, fundado na causalidade mágica, funciona como sistema autopoietico, ou seja, trata-se de uma ideologia fechada que se produz, reproduz e conserva a si própria. Quanto mais se maximiza a ameaça criminal por meio do noticiário sanguinolento mais repressão se postula, que por sua vez, diante da eficácia instrumental invertida do sistema penal<sup>480</sup>, irá produzir mais

<sup>477</sup> CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 649. Disponível em: [https://www.academia.edu/26548697/O\\_Encarceramento\\_Seletivo\\_da\\_Juventude\\_Negra\\_Brasileira\\_a\\_a\\_decisiva\\_contribuicao\\_do\\_Poder\\_Judiciario](https://www.academia.edu/26548697/O_Encarceramento_Seletivo_da_Juventude_Negra_Brasileira_a_a_decisiva_contribuicao_do_Poder_Judiciario). Acesso em 29 jun 2016.

<sup>478</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 307.

<sup>479</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 308.

<sup>480</sup> Na definição de Vera Regina Pereira de Andrade, “A eficácia invertida significa, então, que a

violência e mais cobertura midiática, numa espiral infinita. A “guerra” do bem contra o mal, levada ao extremo, constrói uma realidade em que o “nós” deve ser salvo e o “eles” destruído.

Na atuação concreta dos funcionários das agências criminais essa lógica maniqueísta também divide a forma de atuação da burocracia estatal. Por um lado, a criminologia midiática, quando agregada a uma formação acadêmica acrítica, pode induzir ao caminho fácil da subserviência e lealdade ao discurso majoritário e, como consequência, nas palavras de Anitua, leva “os funcionários das diferentes agências, mas sobretudo as judiciais, a serem os mais comprometidos com os grandes genocídios da história, apesar de verem-se a si mesmos como homens importantes, cultos e civilizados”<sup>481</sup>.

De outra parte, aqueles que atuam na contramão do discurso da criminologia midiática são vistos, como escreve Zaffaroni, como “o obstáculo para uma luta eficaz contra *e/les*; as garantias penais e processuais penais são para *nós*, mas não para *e/les*, pois *e/les* não respeitam os direitos de ninguém”<sup>482</sup>.

Para além desses fatores, o discurso da criminologia midiática necessita, para cumprir seus objetivos, criar um efeito positivo à criminalização, bem sintetizada no já clássico texto de Nilo Batista:

Bem próximo ao dogma da pena encontramos o dogma da criminalização provedora. Agora, na forma de uma deusa alada onipresente, vemos uma criminalização que resolve problemas, que influencia a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenham de outras – e sempre com o devido cuidado –, que supera crises cambiais, insucessos esportivos e é mesmo capaz de semear lavouras, não nos desminta as penitenciárias agrícolas [...]

Também aqui pouco importa que a criminalização provedora

---

função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça)” (ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. p. 135)

<sup>481</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 62.

<sup>482</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. p. 315.

seja uma falácia, uma inócua resposta simbólica, com efeitos reais, atirada a um problema real, com efeitos simbólicos: acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal, como os inquisidores Kraemer e Sprenger sabiam muito bem.<sup>483</sup>

Mas ao mesmo tempo em que a criminologia midiática deve atribuir consequências favoráveis para a criminalização – a falácia de que punir resolve todos os conflitos –, não pode abandonar a construção da figura do mal no imaginário coletivo. Esse mal, todavia, não pode ser resultado de um determinismo biológico ou natural, isto é, os sujeitos que integram o “eles” não podem nascer biologicamente predestinados ao crime, porque dessa maneira não se poderia responsabilizar a ninguém, salvo a própria genética.

O *Malleus* enfrentou questão semelhante – e não é por acaso que ele é a primeira síntese do pensamento da criminologia etiológica. Os inquisidores não poderiam admitir que o diabo, enquanto encarnação do mal, fosse o único responsável pelos malefícios cometidos pelas bruxas. Da mesma forma que ocorre atualmente com os estereotipados da criminologia midiática, essa admissão significaria isentar as bruxas de qualquer castigo.

Kramer e Sprenger, então, recorrem ao mesmo argumento que vai ser resgatado por Lombroso séculos depois: apesar dos fatores “externos” (cósmicos para os inquisidores; biopsicológicos e sociais para o criminólogo positivista), as pessoas mantêm seu “livre-arbítrio”, de modo que, mesmo as que nasceram em condições propícias à prática delitiva, não se tornarão inevitável e inexoravelmente criminosas. Aqui a demonologia medieval e a criminologia lombrosiana (que, repaginada, está na base das teorias “neopunitivistas” do tempo presente) se encontram: mesmo crianças que tenham sido oferecidas ao diabo ao nascer não estão condenadas à prática da bruxaria, mas apenas “predispostas” à perpetração de tais atos.

Segundo Zaffaroni,

---

<sup>483</sup> BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. p. 4-5. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.html>>. Acesso em: 28 jun 2016.

Quem conhece algo da literatura da criminologia positivista dos fins do século XIX e começos do século passado, não tardará em se dar conta de que os autores do *Malleus* sustentam a tese da predisposição biológica, que é o mesmo que a criminologia tradicional afirmou ao falar da tríplice ordem de *fatores*, não de *determinação*, ou seja, que a criminologia que inauguram é plurifatorial.<sup>484</sup>

Esse argumento elaborado por Kramer e Sprenger e depois revisitado por Lombroso e outros criminólogos etiológicos fecha um ciclo discursivo que permitirá ao sistema penal atuar na contemporaneidade, adulado pela lógica belicista do maniqueísmo criminal, como um verdadeiro moinho de gastar gente<sup>485</sup>, desperdiçando sobretudo a vida da gente negra e pobre das periferias do país. Enfim, nessa permanente “guerra” do bem contra o mal é de se perguntar, na companhia de Agostinho Ramalho Marques Neto<sup>486</sup>, quem nos salvaria da bondade dos bons.

### 3.5 DO DIREITO PENAL DA EMERGÊNCIA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A estruturação de um discurso belicista e maniqueísta a partir da criminologia midiática não é um fenômeno isolado na contemporaneidade: o reaparecimento dessa forma de pensar está, sem dúvida, imbricado em um contexto político-econômico muito mais amplo, que passa por aquilo que Wacquant vai caracterizar como desmonte do Estado de Bem-Estar Social para a edificação de um Estado Penitência<sup>487</sup>. Desde Rusche e Kirchheimer sabe-se que “o sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus

<sup>484</sup> “*Quien conozca algo de la literatura de la criminología positivista de fines del siglo XIX y comienzos del pasado, no tardará en darse cuenta de que los autores del Malleus sostienen la tesis de la predisposición biológica, que es la que sostuvo la criminología etiológica tradicional al hablar del triple orden de factores, no de determinación, o sea que la criminología que inauguran es plurifactorial*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tempo**. p. 67).

<sup>485</sup> RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

<sup>486</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

<sup>487</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. p. 39. Nesse mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. p. 331.

defeitos”.<sup>488</sup>

O moderno “Estado-centauro” – cabeça liberal sobre um corpo autoritário<sup>489</sup> –, embora esteja hoje espalhado por praticamente todo o mundo, é mais facilmente reconhecível em locais em que o projeto do *welfare state* jamais foi implantado ou o foi de maneira bastante deficiente, como na América Latina.

No Brasil, pode-se dizer que o marco simbólico do ingresso do país na era do encarceramento massivo é a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, no ano de 1990<sup>490</sup>. Desde lá, a população carcerária, que era de noventa mil pessoas, passou para mais de seiscentas mil, em dados de 2014. Desse total, 41%, ou seja, mais de duzentas e cinquenta mil pessoas estão presas sem condenação definitiva; há Estados em que o número de presos provisórios supera ou se aproxima da casa dos 70% de todo o contingente de detentos.

Do total de pessoas encarceradas, pelo menos 40% estão presas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, como o tráfico de drogas (27%), o furto (11%) e a receptação (3%). O comércio de entorpecentes leva mais pessoas à prisão do que o roubo (21%), o homicídio (14%), o latrocínio (3%) e todos os outros tipos penais somados (11%). É claro que crimes do colarinho branco, como a corrupção, a sonegação fiscal ou a lavagem de dinheiro, que ocorrem talvez com a mesma ou com maior frequência dos delitos acima elencados, nem sequer aparecem nas estatísticas oficiais.

O déficit de vagas no sistema prisional, em 2014, era de mais de duzentas e trinta mil vagas, e dois em cada três presídios estão com sua capacidade acima da permitida. Em todos os Estados da Federação a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais é superior a 100% (a média nacional é de 161%); em aproximadamente um quarto das penitenciárias há mais de dois presos para cada vaga; existem, ainda, pelo menos 63 estabelecimentos em que há incríveis quatro ou mais detentos por vaga.

---

<sup>488</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 282.

<sup>489</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. p. 55.

<sup>490</sup> CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. p. 631.

Segundo o Infopen de 2014, de onde foram colhidos todos esses alarmantes dados, o encarceramento no Brasil teve nos últimos vinte e cinco anos um aumento de 575%; desde 2000, a população prisional tem aumentado cerca de dez vezes mais que o crescimento da população brasileira<sup>491</sup>.

Não obstante essas estatísticas, não há notícias de que os índices de criminalidade tenham sido de qualquer maneira afetados negativamente – sem, contudo, desconhecer a advertência de Salo de Carvalho, o qual, inspirado em Howard Becker, vai afirmar que as estatísticas criminais provavelmente digam mais sobre o trabalho da polícia e menos sobre a criminalidade efetiva<sup>492</sup>.

Como, então, se mantém um sistema real e estatisticamente falido? Como se continua a sustentar, um quarto de século depois do início do projeto do grande encarceramento, um discurso de mais repressão, punição e disciplina?

As bases dessa ideologia, não há dúvida, são muitas e muito variadas: passam por aspectos morais, políticos, econômicos, sociais, midiáticos, afetivos, entre outros. Mas há um elemento na construção dessa forma de pensar que, na esfera do direito penal, foi inaugurado por Kramer e Sprenger no *Malleus maleficarum*: o discurso da emergência punitiva.

Esse discurso consiste, basicamente, na criação de uma falsa urgência para, em causalidade mágica, atribuí-la a um conjunto específico de pessoas, o qual servirá como bode expiatório e, assim, reforçará o exercício vertical do poder punitivo.

O discurso da emergência punitiva permeia todo o *Malleus*, mas ainda assim é possível identificar pelo menos duas passagens em que essa fala se destaca claramente. Na Questão V da primeira parte da obra, Kramer e Sprenger indagam qual é a causa do crescimento dos atos de bruxaria e por que havia

---

<sup>491</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen junho de 2014**. p. 15 e 20. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 29 de jun 2016.

<sup>492</sup> CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. p. 636.

aumentado tanto essa prática naquele período<sup>493</sup>; querem saber, literalmente, “a origem das bruxas e de que modo nos últimos anos seus atos começaram a se multiplicar entre nós”<sup>494</sup>.

A questão, todavia, é formulada de uma maneira que esconde subrepticamente seu real propósito, que é o de criar o discurso da emergência punitiva. Isso porque, primeiro, ela parte do pressuposto que os atos de bruxaria de fato existem; segundo, pressupõe, sem qualquer base empírica, que a prática desses atos tem efetivamente aumentado nos últimos tempos, o que justificaria uma exasperação proporcional da repressão inquisitorial.

Mas não basta ao discurso da emergência dizer que os atos objetos de perseguição têm aumentado quantitativamente: é preciso afirmar também que as ações praticadas naquele momento são mais graves que as anteriores; que os feitos das bruxas são cada vez mais hediondos e colocam em perigo toda a humanidade.

É nesse sentido que Kramer e Sprenger formularão a Questão XIV da primeira parte, a qual, como visto, tem o título de “A Monstruosidade dos Crimes de Bruxaria, onde se mostra a Necessidade de trazer a lume a Verdade sobre Toda a Matéria”<sup>495</sup>. Nesse item, os autores queriam demonstrar que: a) “os males perpetrados pelas bruxas modernas excedem todos os pecados já permitidos por Deus”<sup>496</sup>, ultrapassando a todos eles em hediondez porque negam o Cristo crucificado; e b) “de todos os criminosos do mundo são as bruxas que merecem a mais severa punição”<sup>497</sup>, dizendo que não importa o quanto sejam as bruxas penitentes ou arrependidas, “não se lhes pode punir como aos outros Hereges com a prisão perpétua: é preciso que sofram a penalidade extrema”<sup>498</sup>.

É possível afirmar, assim, que o discurso da emergência punitiva, na forma estruturada pelo *Malleus*, possui dois elementos que, somados, darão ensejo a dois resultados diversos. A equação seria, dessa forma, representada pela soma

<sup>493</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 95.

<sup>494</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 77.

<sup>495</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 168.

<sup>496</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 169.

<sup>497</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 174.

<sup>498</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 174-175.

da construção da falsa urgência com a maximização da ameaça criminal, e o resultado dessa adição é, de um lado, o aumento progressivo da punição até o extermínio do grupo de pessoas visado e, de outro, o reforço do exercício do poder punitivo para o disciplinamento da sociedade.

Segundo Anitua, a Inquisição foi a primeira agência burocratizada dominante que se destinou à aplicação de penas e à definição de verdades, e os discursos construídos para sua legitimação estavam fundamentados “em uma suposta ‘emergência’ que afetaria a sobrevivência da humanidade<sup>499</sup>. Para o mesmo autor, o *Malleus* formulou

Uma análise meticulosa para demonstrar que o ‘crime’ de bruxaria existe e, ao mesmo tempo, demonstra que esse ‘crime’ é gravíssimo, o que justifica o empenho denodado para combatê-lo, visto que se isso não fosse feito a humanidade correria risco de desaparecimento. Este mal que justifica a ‘emergência’ punitiva é perigoso porque muito contagioso e imitável, caso não fosse detido rapidamente, que é o que a Inquisição pode fazer.<sup>500</sup>

Uma das hipóteses lançadas nesta investigação científica é a de que os discursos presentes no *Malleus maleficarum* ultrapassaram o período medieval e influenciaram o pensamento criminológico e a prática judiciária criminal da atualidade, o que permite identificar pontos de encontro com o saber-poder penal contemporâneo.

Se essa hipótese for verdadeira, o discurso da emergência punitiva, na forma que foi estruturada pela primeira vez por Kramer e Sprenger, deve estar vivo e presente na contemporaneidade, isto é, a invocação da emergência contra um mal que assolaria a humanidade (ou ao menos parte dela – um país, uma região, uma comunidade específica etc.) deve ter transposto o contexto histórico-político da Inquisição e chegado até os dias atuais.

Nesse sentido, Zaffaroni observa que o poder punitivo sempre utilizou pretextos em forma de emergência para disciplinar verticalmente as sociedades no

---

<sup>499</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 54.

<sup>500</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 58.

curso da história. E complementa que:

Os pretextos vão mudando com o passar dos anos (droga, bruxaria, heresia, alcoolismo, meio ambiente, comunismo internacional, terrorismo e outras coisas mais). Os pretextos são problemas reais, por certo; até as bruxas eram problemas reais, todos temiam as bruxas, isso era um fato real.

Pois bem, nunca nenhum desses problemas se resolveu através do exercício do poder punitivo, mas todos eles foram invocados como emergências criadoras de situações de necessidade, foram os distintos pretextos para disciplinar, que cumprem uma dupla função: por um lado, o poder se livra do problema real e encontra um bode expiatório; por outro, usa o pretexto do bode expiatório para disciplinar a sociedade.<sup>501</sup>

É importante perceber que o poder punitivo não se acanha em, paradoxalmente, falar em nome do bem e da justiça para praticar violência maior do que aquela que diz combater. A permissão social para a prática da violência institucional, todavia, só é conquistada por meio da invocação de uma emergência punitiva, como bem anota Zaffaroni ao afirmar que

A Inquisição queimou a um enorme número de mulheres pobres em toda a Europa. Como se explica que em nome de Cristo tenha se cometido semelhante genocídio? Cristo não é um Deus guerreiro, mas sim aparece sacrificado em um instrumento do poder punitivo, que era a cruz. Como se pode usá-lo para legitimar um exercício tão aberrante e arbitrário do poder punitivo, se ele foi uma vítima desse poder? É nisso que se vê a perversão que há em toda a invocação de emergência – desde a inquisição até o presente – para em nome do mais doce e pacífico, amoroso e manso, desatar o pior dos genocídios.<sup>502</sup>

---

<sup>501</sup> “Los pretextos van cambiando a lo largo de los años (droga, brujería, herejía, alcoholismo, medio ambiente, comunismo internacional, terrorismo y otras cosas más). Los pretextos son problemas reales, es cierto; hasta las brujas eran problemas reales, todos temían a las brujas, es era un hecho real.

Pues bien, nunca ninguno de estos problemas se resolvió a través del ejercicio del poder punitivo, pero todos ellos fueron invocados como emergências creadoras de situaciones de necesidad, fueron los distintos pretextos para disciplinar, que cumplen una doble función: por um lado, el poder se saca de encima el problema real y encuentra um chivo expiatório; por outro, usa el pretexto del chivo para disciplinar a la sociedad”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tempo**. p. 49-50).

<sup>502</sup> “La inquisición quemó a um enorme número de mujeres pobres em toda Europa. ¿Cómo se explica que em nombre de Cristo de haya cometido semejante genocidio? Cristo no es um Dios guerrero, sino que aparece sacrificado em um instrumento del poder punitivo, que era la cruz ¿Cómo se lo

O discurso da emergência, em qualquer período histórico, se sustenta a partir da causalidade mágica. Na Idade Média, além de atribuir todos os males do mundo (tempestades, doenças, mortes etc.) à existência das bruxas, os autores do *Malleus* afirmavam que somente se a Inquisição agisse com o rigor necessário a bruxaria poderia ser eliminada da face da Terra. Diziam eles que “não há remédio contra tais práticas, a menos que os juízes erradiquem todas as bruxas ou, pelo menos, as castiguem como exemplo para todas as outras que, porventura, desejem imitá-las”<sup>503</sup>. Nada muito diferente do que sustentam, hoje, os criminólogos das “janelas quebradas”: a partir de uma causalidade mágica, afirmam que quanto mais pena menos crime, que quando se pune uma pequena infração se previne um grande delito, que penas altas produzem intimidação.

Esse é um sistema que se retroalimenta, pois a construção da causalidade mágica depende, sempre, de uma “urgência de resposta”<sup>504</sup>: quando a solução para qualquer problema precisa ser apresentada emergencialmente, de forma imediata após um fato, é mais fácil construir uma relação de causalidade fictícia, sem qualquer base empírica.

O discurso da emergência punitiva é, portanto, edificado através da causalidade mágica, que faz irromper, no plano normativo, aquilo que se poderia chamar de “direito (e processo) penal da emergência”<sup>505</sup>. Essa é uma receita que permanece imutável, no campo das ciências criminais, pelo menos desde o *Malleus* até a contemporaneidade.

É preocupante notar que a lógica do direito penal da emergência, que pressiona a atuação concreta dos funcionários da “linha de frente” das agências do sistema penal (sobretudo os policiais, mas também agentes penitenciários, delegados de polícia, promotores de justiça, juízes de primeiro grau), começa a se

---

*puede usar par legitimar um ejercicio tan aberrante y arbitrário del poder punitivo, si fue una víctima de esse poder? Em esto se v ela perversión que hai em toda invocación de emergencia – desde la inquisición hasta el presente – para em nombre de lo más dulce e pacífico, amoroso y manso, desatar el peor de los genocidios”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tempo**. p. 62).*

<sup>503</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. p. 322.

<sup>504</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 312.

<sup>505</sup> Sobre o tema na óptica do processo penal: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal da emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

introduzir paulatina porém abertamente no discurso dos tribunais superiores, os quais, ao menos em tese, estariam mais distantes dos fatos e seriam menos suscetíveis a esse tipo de pressão. Apenas para ilustrar, o Superior Tribunal de Justiça decidiu há não muito tempo manter a prisão preventiva de um acusado porque, além de outros motivos, o crime teria sido “cometido em uma sociedade que se encontra em pânico, com o crescente nível de criminalidade”<sup>506</sup>.

Além disso, o discurso da emergência punitiva, aliado a outros elementos, faz com que instrumentos legais que deveriam servir à redução do poder de punir operem também em eficácia invertida: leis que surgem como alternativas ou como substitutivos da prisão ou do processo criminal acabam se tornando mecanismos provocam o aumento do controle penal. É o que aconteceu, por exemplo, com a Lei n. 9.099/1995, que instituiu os juizados especiais criminais e as figuras da transação penal e da suspensão condicional do processo, com a Lei n. 9.714/1998, que ampliou a aplicação de penas alternativas no direito penal brasileiro e, mais recentemente, com a Lei n. 12.403/2011, que incluiu as medidas cautelares diversas da prisão provisória.

No diagnóstico de Salo de Carvalho:

Ocorre que nos primeiros anos de aplicação dos novos estatutos a expectativa viu-se absolutamente frustrada, pois o número de processos e de penas de prisão não apenas não diminuiu como aumentou. Os dados do DEPEN são reveladores, embora muito defasados: (a) 1995: 149.000 penas de prisão e 80.400 penas e medidas alternativas; (b) 2002: 239.000 penas de prisão e 102.400 penas e medidas alternativas; (c) 2006: 401.000 penas de prisão e 301.400 penas e medidas alternativas; (d) 2007: 420.000 penas de prisão e 422.500 penas e medidas alternativas (equiparação); (e) 2008: 440.000 penas de prisão e 498.700 penas e medidas alternativas (momento da inversão, com o aumento das penas e medidas alternativas em relação às penas de prisão); (f) 2009: 474.000 penas de prisão e 671.000 penas e medidas alternativas.

---

<sup>506</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 96.126/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008, publicado em 28-4-2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702902884&dt\\_publicacao=28/04/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702902884&dt_publicacao=28/04/2008). Acesso em 30 jun 2016.

Fenômeno idêntico (e que valida a tese) ocorreu recentemente, com a edição da Lei 12.403/11, que ampliou as hipóteses de medidas alternativas à prisão preventiva. Apesar das campanhas de pânico moral dos meios de comunicação, que afirmavam que a nova lei colocaria em liberdade milhares de criminosos, os dados demonstram que no primeiro ano de vigência do estatuto o número de cautelares aumentou 6,3%.<sup>507</sup>

Conclui-se desses dados, então, que os alarmantes índices de encarceramento no Brasil não se resumem a uma eventual severidade das leis ou amplitude das penas, mas sim à existência de metarregras<sup>508</sup> – dentre elas o discurso da emergência – que condicionam as subjetividades dos atores jurídico-penais. As alterações legislativas em questão, apesar de seus objetivos declarados, implicaram na verdade o aumento do número de pessoas submetidas ao controle do sistema penal, e não o contrário.

Quando, contudo, esse modelo de direito penal é levado ao fogo da criminologia midiática e do senso comum, surge como seu subproduto o pânico moral e, em casos mais patológicos, a histeria coletiva. Constrói-se, assim, uma realidade caótica, na qual impera a desordem, a impunidade e a anarquia; como registra Zaffaroni, “o *pânico* é semeado perante o *caos generalizado*”. E o único remédio para esse problema é a atuação cada vez mais vertical e militarizada das agências do sistema penal, gerando mais encarceramento e mais mortes, aproximando-se perigosamente do genocídio.

O pânico moral, quando compartilhado por parte de uma comunidade, transforma-se em pânico social, o qual, por sua vez, desaguará na criação de bodes expiatórios e, também, na construção de um novo discurso para legitimar a perseguição destes: eis a gênese do direito penal do inimigo.

Chega-se, assim, à tese central desta pesquisa: a estrutura discursiva forjada no *Malleus maleficarum*, embora se apresente com conteúdos diferentes de acordo com as necessidades políticas de cada época, permanece viva até hoje e

---

<sup>507</sup> CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. p. 644.

<sup>508</sup> CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. p. 629.

leva inexorável e necessariamente ao direito penal do inimigo, o que pode ser comprovado quando se olha para toda a história do poder punitivo<sup>509</sup>.

Segundo Zaffaroni,

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.<sup>510</sup>

Desse modo, a conclusão que se obtém é a seguinte: se se pretende romper com o pensamento ortodoxo das ciências criminais (criminologia positivista, direito penal dogmático e política criminal defensivista)<sup>511</sup>; se se projeta interromper a inflação punitiva (minimalismo) ou abolir as penas (abolicionismo); se se tenciona de qualquer maneira conter ou reduzir o poder punitivo, é necessário romper também com a estrutura discursiva cunhada no *Malleus maleficarum*.

E para isso é necessário estudá-lo cada vez mais, compreendê-lo ainda mais profundamente e sempre revisitá-lo antes de propor qualquer medida que envolva a questão criminal. Quem sabe assim se poderá caminhar em direção a um método de estabelecimento de “verdades” baseado mais no *dialogus* e menos na *inquisitio*, a um saber que seja menos *dominus* e mais *frater* e a um poder que seja menos vertical e mais horizontal.

---

<sup>509</sup> Essa também é a conclusão de Zaffaroni, para quem: “Apesar de o poder punitivo descontrolado sempre renovar a mesma estrutura discursiva, que é originária do *Malleus maleficarum*, seu conteúdo varia integralmente, de acordo com o inimigo eleito” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. p. 408-409).

<sup>510</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** p. 11.

<sup>511</sup> CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. p. 624.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há quem diga, não sem uma boa dose de razão, que mais difícil que começar a escrever um trabalho científico é conseguir terminá-lo.

A proposta desta investigação era, basicamente, verificar se os discursos condensados no *Malleus maleficarum*, uma obra escrita por dois freis dominicanos há mais de quinhentos anos, encontrariam ainda algum tipo de ressonância no saber-poder penal contemporâneo. Mais sinteticamente, o problema da pesquisa era descobrir se ainda resta na atualidade alguma coisa do “Martelo das feiticeiras” e, se a resposta for positiva, identificar o que sobrevive desse livro no tempo presente.

As hipóteses levantadas durante o trabalho foram, ao que parece, confirmadas: primeiro, há de fato uma lacuna na historiografia dos pensamentos criminológicos contemporâneos, já que não se estuda adequadamente os períodos anteriores ao Iluminismo.

Segundo, a criminologia, o direito e o processo penal, como integrantes de um único modelo integrado de ciências criminais, efetivamente surgem muito antes de Beccaria e Lombroso; aparecem de forma concomitante com a expropriação da função jurisdicional por parte do soberano, que passa a ser parte lesada pela prática de um delito (infração) e a descobrir e dizer a “verdade” por um método específico (inquérito), nos séculos XII e XIII.

Terceiro, os discursos presentes no *Malleus maleficarum* ultrapassaram o período medieval e influenciam, ainda hoje, os pensamentos criminológicos e a prática judiciária criminal, podendo-se identificar pontos de encontro com o saber-poder penal contemporâneo – daí a vital importância de estudá-lo na atualidade.

Assim, foram elencados alguns elementos, em rol meramente exemplificativo, os quais se entende presentes na contemporaneidade: a lógica da inquisição que persiste no processo penal atual; a visão de que a crítica ao sistema penal seria uma espécie de heresia moderna; o nascimento do que se chamou de “maniqueísmo criminal”, ou seja, de que as agências que integram o poder punitivo atuam na lógica de uma “guerra” do bem contra o mal; e, por fim, o continuísmo da

estrutura discursiva do direito penal da emergência que acaba se transformando em direito penal do inimigo.

Com toda a certeza essa relação não esgota, nem de perto, o potencial teórico do “Martelo das feiticeiras”. Por isso é que, para muito além desses elementos, o que se ambiciona com esta dissertação é fomentar o estudo e desencadear o debate não só do *Malleus maleficarum*, mas de todas as manifestações do poder punitivo anteriores ao Iluminismo. Há muitas linhas de pesquisa a trilhar, bem como farta bibliografia a pesquisar, as quais por falta de tempo e de espaço não foi possível abordar na presente pesquisa.

Zaffaroni tem destacado a necessidade urgente da investigação genealógica das “verdades” do tempo presente, pois não será possível compreender o que se sucede no atual momento de ampliação do poder punitivo sem que se aprofunde a análise estrutural do discurso da Inquisição medieval, isto é, o exame crítico do *Malleus maleficarum* e de outras obras e práticas. Não se trata, como se tentou demonstrar, de mera curiosidade histórica: as estruturas discursivas edificadas pela primeira vez por Kramer e Sprenger são condicionantes das subjetividades contemporâneas e renascem a cada vez que alguém elabora um discurso legitimador do sistema penal.<sup>512</sup>

É necessário, no entanto, antes de encerrar, fazer uma advertência: seria um equívoco e uma ingenuidade asseverar que todos os discursos contemporâneos são filhos diretos do *Malleus maleficarum*, ou que o sistema penal atual é fruto exclusivamente do modelo elaborado por Kramer e Sprenger. Para além disso, jamais se pretendeu afirmar que quem sinceramente acredita na “capacidade provedora” da criminalização, ou ainda aqueles que tiveram suas manifestações ou pensamentos citados nessa pesquisa o fazem por maleficência ou porque se associaram ao obscurantismo medieval.

As pessoas que creem e confiam na resposta punitiva, na inflação das penas e na restrição das garantias de certos criminosos o fazem porque enfrentam problemas reais e honestamente acreditam que o sistema penal pode resolver

---

<sup>512</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Notas sobre lo penal y lo religioso*. p. 35

aqueles conflitos que lhe são confiados. Demonizar o discurso legitimador do poder punitivo somente impede e compromete o diálogo, tão necessário para a construção de um novo tipo de saber-poder.

Dito isso, a presente dissertação foi escrita sob o impacto do recente plebiscito que apartou a Grã-Bretanha da União Europeia e fez ressurgir com grande força ideologias nacionalistas e xenófobas. Se as políticas criminais “repressivistas” e autoritárias hoje aplicadas sobre a população local já são causa de preocupação, caso venham a ser executadas em detrimento de “estranhos”, ou seja, de imigrantes ilegais e refugiados, amplia-se enormemente a possibilidade de se caminhar para um novo genocídio de proporções mundiais. A história, como se viu, está aberta à ação concreta de pessoas concretas, que podem muito bem alterar o seu rumo para frente ou para trás.

No campo do direito penal, o que se pode fazer é (r)estabelecer uma dogmática politicamente orientada à prevenção dos massacres e uma criminologia cautelar, como pretende Zaffaroni<sup>513</sup>. A jornalista e escritora Eliane Brum afirmou recentemente que “genocídio” é uma palavra que, no Brasil, já não diz: é como uma carta enviada que não chega ao seu destino, é uma palavra que não move nem comove – afinal, se não há escuta, não há dizer<sup>514</sup>.

Pessoas matam e morrem, diariamente, em nome e por causa do sistema penal, uma estrutura que não existe naturalmente, mas que foi criada e construída pelo homem e para o homem. A tarefa do jurista que conhece o passado de suas “verdades” parece, portanto, ser a de fazer com que as palavras “digam” novamente: fazer com que a barbárie, se não puder ser evitada, que ao menos seja contida; fazer, enfim, com que ao menos a realidade seja menos cruel do que Kramer e Sprenger desejavam. E, para isso, cautela e prudência no exercício do poder de punir, como desejava Spee há cinco séculos, nunca será demais.

---

<sup>513</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. p. 38.

<sup>514</sup> BRUM, Eliane. **O golpe e os golpeados**: a barbárie de um país em que as palavras já não dizem. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/20/opinion/1466431465\\_758346.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/20/opinion/1466431465_758346.html). Acesso em: 30 jun 2016.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro, 2002.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas dos sistema penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.html>>.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: **Revista Discursos Sediciosos**: Crime, Direito e Sociedade. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Consultoria da edição brasileira de Daniel Marcondes. Tradução de Desidério Murcho Et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOTEGA, João Luiz de Carvalho. A garantia da ordem pública como expressão do direito penal do inimigo: uma abordagem realista-marginal. In.: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Plachá; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Perspectivas das ciências criminais**: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. p. 143-170.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen junho de 2014**. p. 15 e 20. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer no *Habeas Corpus* n. 5029050-46.2014.404.0000. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 315/2014. Insere parágrafo no art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para agravar a pena do homicídio, quando for praticado contra agente do sistema de segurança pública, em razão de sua função. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118814>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 96.126/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008, publicado em 28-4-2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702902884&dt\\_publicacao=28/04/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702902884&dt_publicacao=28/04/2008).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 104473, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 5-10-2010, publicado no DJe-207 em 27-10-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164769&base=baseAcordaos>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 107654, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11-10-2011, publicado no DJe-206 em 25-10-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000181294&base=baseAcordaos>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* n. 110429, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6-3-2012, publicado no DJe-058 em 20-3-2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000185603&base=baseAcordaos>.

BRUM, Eliane. **O golpe e os golpeados**: a barbárie de um país em que as palavras já não dizem. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/20/opinion/1466431465\\_758346.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/20/opinion/1466431465_758346.html).

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 649. Disponível em: [https://www.academia.edu/26548697/O\\_Encarceramento\\_Seletivo\\_da\\_Juventude\\_Negra\\_Brasileira\\_a\\_decisiva\\_contribuicao\\_do\\_Poder\\_Judiciario](https://www.academia.edu/26548697/O_Encarceramento_Seletivo_da_Juventude_Negra_Brasileira_a_decisiva_contribuicao_do_Poder_Judiciario).

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica a execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal da emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003**: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/13310690-As-reformas-da-parte-especial-do-direito-penal-espanhol-em-2003-da-tolerancia-zero-ao-direito-penal-do-inimigo.html>>.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora: 1997.

DREXLER, Jorge. **Bailar en la cueva**. Warner Music, 2014.

EAGLETON, Terry. **Marx estava certo**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: BestBolso, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública** 2015. Ano 9. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado .pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado.pdf).

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabal de Melo Machado e Eduardo Jardim, Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 200-.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND, David. O que significa escrever uma “história do presente”? A abordagem genealógica de Foucault explicada. Tradução de Leandro Ayres França. In.: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6., n. 10, jan/jun 2014.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. In.: **Revista**

**Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 8, n. 32, out/dez. 2000.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In.: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 7, dez/2005. p. 217. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>.

HAAG, Ernest van den. ***Punishing criminals: concerning a very old and painful question***. Maryland: University Press of America, 1991.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa América, 1997.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Tradução de Paulo Fróes. 20. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2009.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 116.

MACKAY, Christopher S. **The hammer of witches**: a complete translation of the *Malleus Maleficarum*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. Tradução: Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução Luís Claudio de Castro e Costa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MONTANARI, Massimo. **Storia medievale**. Bari: Editori Laterza, 2002.

MONTESERÍN, Miguel Jiménes. Justificación. In.: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. ***El martillo de las brujas***. Tradução de Miguel Jiménez Monteserín. Valladolid: Editorial Maxtor, 2004.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

PAULO NETTO, José. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PRADO, Geraldo Prado. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissiones. Tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI – XVII)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SCHECARIA, Sérgio Salomão, **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SENADO FEDERAL. Serviço de pesquisa DataSenado. **Violência contra a juventude negra**. Novembro de 2015. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/RelatrioViolenciacontraajuentudenegra\\_versofinal2.pdf](https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/RelatrioViolenciacontraajuentudenegra_versofinal2.pdf).

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: mortes matadas por arma de fogo. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional da Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2015. p. 80, 81 e 82. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>.

WILSON, James Q. **Thinking about crime**. Nova York: Basic Books, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. Tradução de Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Apuntes sobre el pensamiento penal em el tempo**.

Buenos Aires: Hamurabi, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**, Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2005, Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 18.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ***Hacia un realismo jurídico penal marginal***. Caracas: Monte Ávila Editores, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Notas sobre lo penal y lo religioso*. In.: KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo (org.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004.