

PROCESSO PENAL E DISCRIMINAÇÃO DA MULHER: AS RELAÇÕES ENTRE O DISCURSO JURÍDICO E O PROCESSO RÉGIO ENTRE OS SÉCULOS XVI E XVIII

*CRIMINAL PROCEDURE AND DISCRIMINATION AGAINST
WOMEN: THE RELATIONSHIP BETWEEN THE LEGAL
DISCOURSE AND THE ROYAL PROCESS BETWEEN THE 16TH
AND 18TH CENTURIES*

Ana Lucia Sabadell¹
UFRJ

Resumo

A investigação tem por objeto a realização de uma reflexão histórica sobre a discriminação da mulher na idade moderna. Para tanto a metodologia utilizada estruturou-se na coleta e análise de dados dos discursos penais da época, seguida de uma reflexão crítica.

Palavras-chave

Processo Penal. Discriminação. Mulher. Idade Moderna.

Abstract

The investigation aims to carry out a historical reflection on discrimination against women in modern age. For that, the methodology used was structured in the collection and analysis of data from the criminal discourses of the time, followed by a critical reflection.

¹ Professora titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Avaliadora das atividades científicas e dos programas de mestrado e doutorado do Instituto Max-Planck de Direito Penal estrangeiro e comparado (Freiburg-Alemanha) e membro da Sociedade Max-Planck para o desenvolvimento da Ciência (Berlim-Alemanha).

Keywords

Criminal proceedings. Discrimination. Woman. Modern age.

1. Introdução

No âmbito do *Ius Commune* desenvolve-se - a partir do século XIII-, a doutrina dos indícios por meio das obras de autores como Azo, Durante, Gandinus, Bartolus e Baldus. Já no século XVI identifica-se uma mudança no que tange à concepção sobre o papel dos indícios no sistema probatório.

Objetivo deste artigo é situar a concepção da mulher em uma das poucas obras produzidas na península ibérica sobre os indícios. Trata-se do texto elaborado pelo jurista Antonio de Quevedo y Hoyos², que foi escrito na primeira metade do século XVII, vinculando-se a segunda “etapa” dos estudos sobre a referida matéria.

Sabe-se que o tema da prova na idade média e moderna é pouco conhecido no Brasil. Por tal motivo, opta-se aqui por realizar uma breve apresentação do sistema de provas legais ou formal, onde se inseria os estudos sobre os indícios, de forma a

² O objetivo central desta obra era, sem dúvidas, estabelecer os casos em que se poderia admitir o emprego da tortura judicial no âmbito do processo. Porém, para alcançar tal objetivo, Quevedo y Hoyos desenvolve um estudo casuístico sobre os indícios, que ocupa a maior parte de sua obra. É justamente neste estudo que ele fará referências à mulher na estrutura do processo.

propiciar uma melhor compreensão do tema, objeto de nossa análise.

Da mesma forma, também será feita uma rápida referência à imagem feminina difundida pelo jusnaturalismo grego e medieval, para que se possa situar adequadamente o discurso do autor em seu período histórico, evitando assim juízos de valores.

Ainda deve ser feita uma observação de cunho metodológico: neste estudo são analisados textos – sobretudo discursos jurídicos- e, obviamente, não se pode considerar que estes expressem a realidade do sistema de justiça real do período no âmbito da península ibérica³.

2. Sistema probatório e referências à prova indiciária.

O sistema de provas legais ou formal foi desenvolvido a partir do século XII. Suas origens são os textos normativos de proveniência romano-canônica, mas aperfeiçoou-se com os doutrinadores do direito comum. Sua base é a classificação sistemática das provas em graus: provas plenas, semi-plenas, indícios e presunções⁴.

³ Desta forma, espera-se evitar o emprego de argumentações típicas do *Kontinuitätsdenken* e do evolucionismo. Sobre o tema, Cf. Hespanha, 1998, p.16-19 e 34-37; Jerouschek, 1997; Sabadell, 2003.

⁴ Para uma breve apresentação da matéria com indicação bibliográfica, Cfr. Sabadell, 2002, p.76 e ss.

Este sistema de provas legais baseava-se na obrigatoriedade de reunir certos meios de provas para poder proceder à imposição de uma pena ao crime praticado. Tratava-se de uma punição previamente fixada, que era aplicada em caso de condenação e denominava-se pena ordinária.

Neste sistema o grau de verdade das provas era configurado por um determinado valor previamente estabelecido. Ao atingir-se este valor, produzia-se automaticamente a condenação do réu, ou em caso contrário, a sua absolvição. A avaliação das provas obedecia, então, a critérios predeterminados que impediam sua livre apreciação⁵.

A princípio, só quando existisse uma prova plena (*plena probatio*) é que o juiz estava autorizado a proceder à condenação do acusado. As provas plenas consistiam na confissão em juízo do réu, no depoimento de duas testemunhas oculares, de moral ilibada (*omni exceptione maiores*), que fornecessem depoimentos concordantes, e, eventualmente no documento.

A prova semi-plena não possuía o mesmo valor probatório que a plena e não autorizava uma condenação, posto que era considerada uma prova incompleta. Trata-se de uma prova inferior à plena, mas superior aos indícios e presunções. Esta é concebida de duas formas: por um lado corresponde a toda prova que não possui a força da prova plena devido à sua natureza

⁵ Cfr., de modo geral, Lèvy- Bruhl, 1964.

ou vícios formais; por outro lado, é aquela que corresponde à metade aritmética da prova plena⁶.

No âmbito de um “direito” casuístico, indicavam-se as situações concretas que configurariam essa prova: a confissão extrajudicial e a existência de apenas uma testemunha ocular de moral ilibada⁷. Já os indícios e presunções eram considerados elementos probatórios incertos. Por tal motivo, apenas poderiam autorizar a investigação dos casos em concreto. E a doutrina indicava - sempre de modo casuístico -, diversas situações que poderiam caracterizar-se como indícios. Situações tais como a inimizade com a vítima, a confissão judicial que resultava contraditória, a existência de um único herdeiro em caso de morte da vítima, eram identificadas como indícios⁸.

Paulatinamente foram surgindo controvérsias doutrinárias que giravam em torno a duas questões centrais. Autores questionavam se a meia prova poderia ser somada a indícios e presunções para formar a prova plena e, assim, justificar a condenação do réu à pena ordinária. Outros consideravam que com base em tais elementos probatórios seria

⁶ Sobre essas interpretações, v. Lèvy, 1939, p. 106 e ss.; Rosoni, 1995, p. 79 e ss.

⁷ Porém, em sua forma inicial, a prova semi-plena poderia ser empregada - desde que satisfeitos ulteriores requisitos-, para autorizar o emprego da tortura judicial e por meio desta alcançar-se a prova plena. Cf. Sabadell, 2002, p. 82 e ss.

⁸ *Ibidem*.

possível condenar o acusado a uma pena inferior à ordinária, que foi denominada pela doutrina de pena extraordinária.

Em sua forma inicial o sistema de provas legais apresentava-se rigoroso, não permitindo a condenação com base em elementos incertos, complexos e tendencialmente contraditórios, tais como os referidos indícios e presunções. Esta concepção que era defendida pelos autores que escreveram sobre a matéria a partir do século XIII, foi posteriormente relativizada. No século XVI surgem estudos específicos e mais complexos sobre os indícios que lhe determinaram um papel de maior destaque dentro do sistema de provas legais.

Na medida em que o sistema probatório foi sendo desenvolvido, este mostrou-se particularmente flexível, podendo incorporar novas combinações de provas e justificando sua qualificação como “resistente ao envelhecimento” (*Alterungsresistent*)⁹.

Aqui se aplicam as críticas metodológicas feitas pelos críticos da história do direito: as definições “simples” e rígidas dadas ao sistema das provas legais não correspondem ao seu funcionamento, mas decorrem da imagem totalmente negativa, difundida pelos autores iluministas, que queriam demonstrar a sua inexequibilidade e/ou as suas contradições. É importante recordar que o Iluminismo jurídico objetivava uma reformulação

⁹ Schmoeckel, p. 590.

do sistema jurídico. Evidenciar as falhas do sistema de justiça baseado no *Ius Commune* e -ao menos no que tange à península ibérica- no *mos italicus*, constituía um meio para atingir esse fim.

2.1. A doutrina dos Indícios a partir do século XVI

A evolução da teoria dos indícios, após o século XVI, está relacionada com a crise do sistema de provas legais. Os tratados que discutem a matéria, especialmente a partir da segunda metade do século XVI (Menochius, Mantica, Mascardi), distanciam-se e diferenciam-se das análises elaboradas pelos autores dos séculos anteriores e, juntamente com a “jurisprudência”, levam à criação daquilo que foi denominado por Rosoni, de uma complexa economia dos indícios, integrada no denominado procedimento inquisitorial maduro¹⁰.

Esses tratados desenvolvem uma casuística da prova por indícios, que possui dimensões distintas para cada autor. O problema probatório atinge uma complexidade extraordinária, alterando completamente a lógica simples da prova plena. Em outras palavras, a nova doutrina de indícios é responsável pelo desenvolvimento de uma complexa casuística.

Assim sendo, não se requer mais do juiz uma “aplicação mecânica” dos elementos probatórios, como objetivava inicialmente a doutrina medieval. Teoria e

¹⁰ Rosoni, p.12.

jurisprudência passam a exigir do magistrado o desenvolvimento de um intrincado raciocínio, ampliando as possibilidades de emprego do livre arbítrio. Partindo de elementos probatórios insuficientes, este é obrigado a atingir um plano mais elevado de certeza. Isso ocorre porque no âmbito dessa nova concepção dos indícios - que pela sua própria condição de prova inferior apenas legitima a abertura de uma investigação-, passa-se a permitir que uma prova insuficiente mude de grau na hierarquia das provas, alcançando um nível superior de certeza.

O interesse é deslocado para os mecanismos lógicos da constatação de fatos sem, contudo, questionar radicalmente o sistema de provas legais e as opiniões da doutrina do período anterior. A nova doutrina de indícios é influenciada pelo desenvolvimento da matemática e de outras ciências naturais. Isso se evidencia no fato de que não se trata mais de somar indícios heterogêneos para formar uma prova, como sugeriam autores de períodos anteriores. Resumidamente, procura-se *dinamizar* os indícios existentes, ou seja, *aumentar* a sua força probatória, relacionando logicamente os vários indícios e adotando um pensamento indutivo para formar um todo que seja maior que a soma de seus elementos¹¹.

¹¹ Sobre o método algébrico e sobre a estrutura lógica do novo silogismo indiciário, cf. *Rosoni*, pp. 20 ss.

A dificuldade prática em obter uma prova plena e o recurso cada vez mais frequente à pena extraordinária, permite demonstrar a importância dos indícios¹². Contudo, era impossível construir um sistema que fosse capaz de descrever todos os possíveis indícios, assim como a sua força probatória, tal como era a ideia original do sistema de provas legais.

A doutrina dos indícios relacionava-se estreitamente com a casuística: a constatação da verdade é o produto de uma “arte” particularmente complicada, acessível somente aos especialistas¹³. O juiz experiente pode aproximar-se gradualmente da verdade, aplicando regras de cálculo de probabilidade. Por exemplo, o enriquecimento repentino de uma pessoa após o arrombamento da casa vizinha a faz suspeita da autoria desse crime; essa suspeita é fortalecida pela má fama (má reputação), boatos etc., de tal forma que o juiz adquire certeza por meio do acúmulo de probabilidades.

Obviamente se está diante de uma forma de refletir sobre a prova e sobre a culpa do réu que poderia ser interpretada, pelo jurista contemporâneo, como inversa aquela adotada em nosso atual sistema jurídico. Cada indício é, independentemente de sua classificação, um meio de prova que indica um “pouco” da “culpabilidade” do réu.

¹² *Alessi Palazzolo*, p.20, nota de rodapé 22.

¹³ Cf., *Foucault*, 1975, p. 39 ss.

Porém, esse modo de raciocínio probabilístico permite que o juiz seja capaz de encontrar uma resposta também em casos mais complicados. Dessa forma, estabelece-se no processo penal da Idade Moderna um equilíbrio estranho e pouco estável entre as rigorosas regras do sistema de provas legais e a busca casuística e flexível da verdade, no âmbito da doutrina dos indícios.

Inicialmente, o interesse pelos indícios leva à flexibilização do sistema de provas legais. Aumenta o arbítrio do juiz e a sua possibilidade de decidir em base as suas convicções morais. Concordando com Rosoni, estamos convictas que esse processo de mudança do sistema probatório facilitará, posteriormente, a transição para o sistema de livre apreciação das provas¹⁴, uma vez que a prova por indícios configura um “ponto de convergência” entre os princípios do sistema das provas legais e da livre apreciação das provas¹⁵.

Curiosamente, a mulher será objeto de análise dos autores que escrevem sobre a doutrina dos indícios com o objetivo de situa-la em sua condição de subordinação, pré-determinada pela ordem divina.

3. A figura feminina no discurso jusnaturalista: a construção de uma discriminação.

¹⁴ Cf., *Rosoni*, p. 11-46.

¹⁵ *Ibidem*, p. 97.

Em uma análise filosófica e de cunho histórico acerca da concepção naturalista do mundo e das coisas, Arendt destaca a existência de duas cosmologias, que serviram para explicar e justificar a ordem social em momentos distintos¹⁶: a cosmologia antiga e a cristã.

Na primeira concepção prevalece a ideia da existência de uma natureza ordenada, na qual o ser humano está integrado. Os homens são considerados mortais enquanto o mundo é considerado imortal. Esta forma de conceber o mundo corresponde à ideia do jusnaturalismo grego. É a natureza, com suas leis e seus limites, que se impõe a todos os seres humanos.

O discurso dos filósofos gregos se insere nesta cosmologia, por mais que se denotem diferenças entre as concepções defendidas pelos diversos autores. E este pensamento será, ao menos parcialmente, retomado, na idade medieval, agora com o objetivo de fundamentar outra concepção sobre a organização social, conforme se verá adiante.

Ainda no âmbito desta cosmologia antiga, recorda-se que o termo *cosmos* (universo) adquire o significado de “mundo com regras”. O direito natural, portanto, implica na constatação da integração do homem nesta natureza, a qual todos os seres animados ou inanimados estão submetidos.

¹⁶ Arendt, 1999, p. 28 e ss., 187, 400. Cfr. Também Altvater, 1994, p. 192.

A constatação pode ser entendida como o momento no qual se revela o poder dessa natureza regrada. Por tal motivo, pode-se dizer que, na concepção do jusnaturalismo grego, certos valores humanos são estáveis, permanentes e imutáveis justamente porque integram esse cosmos que possui seu próprio equilíbrio. O ser humano é apenas um elemento na composição deste *cosmos*.

Porém, Arendt nos fala de uma segunda cosmologia, que a autora denomina de *cristã*. Uma cosmologia que indica um caminho de continuidade e ao mesmo tempo de ruptura em relação à concepção grega sobre a natureza das coisas. A continuidade se identifica com a concepção naturalística das relações sociais, que diversamente da Grécia antiga, passa a ser fundamentada, sobretudo, em argumentos religiosos.

A descontinuidade se identifica no papel central que adquire o ser humano em tal discurso: no dia do juízo final os homens de boa alma serão enviados ao paraíso e, inversamente, os maus serão banidos, remetidos ao inferno¹⁷. Trata-se de um discurso que se fundamenta na infinitude da alma humana, na sua imortalidade.

Ora, essa condição de imortalidade coloca o homem em posição de superioridade diante dos demais seres. E nesta cosmologia cristã é o mundo que será considerado como matéria

¹⁷ Prodi, 2005, p.57-110.

perecível. Isto é devido à influência do pensamento de cunho religioso (judaico e cristão), que afirma que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, sendo que a sua alma permanecerá viva após a morte.

Neste contexto, podemos então indagar sobre o lugar que é asignado à mulher em ambas as cosmologias.

É sabido que na Grécia antiga a mulher, em cidades como Atenas, não era considerada cidadã. Comparada aos escravos, não podia participar ativamente da organização social da *polis*. Pode-se dizer que a mulher é vista como passiva e inferior ao homem.

Para usar uma expressão da nossa modernidade, a justificação da restrição de “direitos” com a consecutiva submissão ao controle masculino devia-se a essa à sua “natural” incapacidade feminina. Assim, as relações desiguais e o *status* social inferior da mulher justificavam-se por meio de um dado de ordem natural.

No âmbito da filosofia grega identificam-se autores que justificam a inferioridade feminina com argumentos de cunho naturalista. É o que acontece com Aristóteles, cujas ideias sobre a mulher (como, por exemplo, o argumento da supremacia do sémen masculino no âmbito da reprodução humana)¹⁸ serão

¹⁸ Cfr. Hespanha, 2003, p.5, com indicações de diversas passagens do *Tratado da geração dos animais* onde Aristóteles justifica a “natural” inferioridade feminina.

retomadas por juristas e teóricos da teologia cristã na idade média.

Porém, isso não significa que na Grécia antiga não existissem filósofos que discordassem de tal concepção. Platão rebelou-se, ainda que de forma que possa parecer contraditória¹⁹, contra essa concepção e, em sua obra *República* (livro V), descreve uma cidade onde as mulheres receberiam a mesma educação assignada aos homens. Entendia o autor que uma comunidade política que discrimina as mulheres estaria renunciando ao seu próprio desenvolvimento²⁰. Talvez seja seu inconformismo frente a um mundo onde prevaleciam valores exclusivamente masculinos que o leva a questionar a própria idéia de família, como um lugar de exercício de poder e de interesses privados que se opõe aos interesses públicos²¹.

Por outro lado, o jusnaturalismo teológico que se desenvolve na idade média reafirmou a “exclusão” da mulher,

Para uma crítica feminista ao pensamento aristotélico, Cfr., entre outras, Okin, 1992, p.75 e ss.

¹⁹ Quarta, 1985, p.272 e ss. Recorde-se que Platão entende que o sexo feminino foi criado a partir das almas de homens irracionais, fato que o recoloca no discurso de cunho naturalista sobre a inferioridade feminina. Para uma análise filosófica da problemática do gênero em Platão e Aristóteles, Cfr, também, Sissa, 2000, p. 58 e ss.

²⁰ Platão, 2007.

²¹ Okin, p. 15 e ss.

empregando argumentos de cunho religioso²². Existem duas referencias importantes sobre a criação do homem e da mulher na Bíblia (livro do Gênesis 1 e 2), que são objeto de análises feministas.

No Gênesis (1, 26-27) apresenta-se uma versão da criação do ser humano onde não se identifica uma relação de subordinação em relação à mulher. G.1,26: *Então Deus disse: "Façamos o homem à nossa imagem e semelhança (...) e no Gênesis 1,27: "Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher"*.

Ademais, no Gênesis (2,21-24) apresenta-se o relato da criação da mulher a partir da costela do homem. Gênesis 2, 22: *"E da costela que tinha tomado do Homem, o senhor Deus fez uma mulher, e levou-a para junto do homem"*. E na sequência afirma-se (G.2,23): *"Eis agora aqui, disse o homem, o osso de meus ossos e a carne de minha carne; ela se chamará mulher porque foi tomada do homem"*.

A crítica feminista afirma que os textos teológicos europeus da idade média se fundamentam no segundo relato (G.2,21-24), que expressa uma relação de desigualdade e subordinação natural da mulher em face ao homem e ignoram o

²² Para uma análise histórica do direito canônico, é de suma valia consultar os recentes artigos publicados pelo nosso homenageado. Cfr., Brandão, 2016 (pp.5-25); Brandão e Francisco da Silva, 2016 (pp. 43-54).

Gênesis 1,26-27²³. Apesar dessas afirmações, existem outros relatos do Gênesis (3, 6-24) onde se assigna à figura feminina a responsabilidade pelo pecado original e se afirma a dominação masculina: “(...) *teus desejos te impelirão para o teu marido e tu estarás sob o teu domínio*” (G.3, 16)²⁴.

O pensamento cristão ocidental que se desenvolve na idade média recorre a essas ideias, afirmando a inferioridade, fragilidade e, por conseguinte, periculosidade do gênero feminino. Como consequência, torna-se necessária subordinação das mulheres ao poder masculino. Ora, a construção do sujeito feminino e masculino, nessa sociedade católica e estamental, está integrada à ideia de ordem e hierarquia²⁵.

A importância da religião para a conformação do *Ius Commune* e o papel que esta desenvolve enquanto forma de controle social na idade média e moderna, foi discutida no âmbito das pesquisas jusshistoriográficas.²⁶ Sua presença também se revela também nos textos dos juristas da época.

Como recorda Hespanha, estes textos da filosofia grega são objeto de estudo de teólogos e de juristas - como no caso da *Summa Theologica* de Tomás de Aquino-, sendo utilizados

²³ Cfr., entre outras, Klapish-Zuber, 2002, p.137-138 e suas referências bibliográficas.

²⁴ Cfr. os comentários de Hespanha, 2003, p. 6 e ss.

²⁵ Klapisch-Zuber, 2002, p. 139.

²⁶ Cfr. as referências em Sabadell, 2002.

para fundamentar uma exclusão de “direitos femininos” na idade média e moderna ²⁷.

A grande “cilada” das referidas concepções naturalísticas do direito e das relações sociais como um todo - e não só obviamente no que tange às mulheres-, reside na apresentação da realidade como algo dado, imutável. É uma visão estática da realidade. Por isso é que se afirma que existem dois momentos distintos no direito natural: o momento da constatação e o da aplicação. A constatação na cosmologia cristã se realiza por meio de uma revelação divina, acessível nos textos sagrados da tradição judaica e cristã. Essa revelação condiciona e limita o direito medieval e cristão.

Mesmo correndo um grave risco de se fazer generalizações - e considerando estas duas matrizes do direito natural-, pode-se dizer que neste contexto o discurso acerca da existência de um direito natural é um discurso tipicamente patriarcal e, portanto, um discurso que produz ao mesmo tempo em que reproduz a discriminação da mulher.

²⁷ Hespanha, 2003, p. 6 e ss. De fato, ao consultar-se a *Summa Theologica*, encontramos referências ao livro de Aristóteles “Da geração dos animais”, tal como nos destaca Hespanha. Apenas a título ilustrativo, destacamos aqui uma passagem da referida obra (livro 2, Parte. I, Quaestio XCII, Artigo 1- p.611) onde Aquino afirma : “Diz o filósofo no livro da Geração dos animais: “*A mulher é um macho falho*”. Ora, na primeira instituição das coisas nada houve de falho e deficiente. Logo na primeira instituição das coisas a mulher não pode ter sido produzida.

Assim mesmo, uma última observação deve ser feita. Hespanha, dentre outros, recorda que na sociedade européia medieval e moderna coexistiam outras tradições jurídicas que designaram espaços de participação política às mulheres, como no caso das rainhas, daquelas que possuíam terras e exerciam funções de mando em seus feudos e também em monastérios²⁸. Essas situações, porém, não implicaram em uma ruptura com o discurso patriarcal.

O racionalismo ilustrado, fundamentado no uso da razão, também não consegue romper com a lógica patriarcal, movendo-se em uma ambiguidade fundamental. Não se trata obviamente de um discurso unitário. Sob a égide do movimento iluminista desenvolve-se uma polêmica sobre a questão feminina, identificando-se autores que reivindicam direitos para as mulheres, como Mary Wollstonecraft que, com sua pluma, questiona o discurso patriarcalista de Rousseau²⁹. Porém, a nova “cultura” patriarcal consegue impor-se por meio da defendida imagem da mulher-mãe rousseaunia. Surge um novo paradigma patriarcal, onde se assigna à mulher uma posição subalterna, recluindo-a ao espaço privado.³⁰

²⁸ Hespanha, 2003, p.9. Nesse mesmo sentido, Davis, 2002, p. 201e ss.

²⁹ Wollstonecraft, 2004 (a primeira edição da obra que aqui se cita datado ano de 1792). Para uma ulterior leitura do papel das mulheres no iluminismo, Cfr., também, Michelet, 1984.

³⁰ Sobre essa questão, Cfr., entre outras, Okin, 1992, p. 99 e ss; Puleo, 1993.

3.1. A mulher como elemento de desestabilidade na busca da verdade processual no discurso de Antonio de Quevedo y Hoyos.

Na idade moderna encontramos referências à mulher em textos jurídicos do *Ius Commune*. O papel da mulher na ordem social que imperava no *Ancien Régime* nos reinos católicos estava vinculado aos estritos valores propagados pela religião católica e os textos jurídicos, no âmbito da península ibérica, refletiam essa situação.

Por isso, temas relacionados com as condições relativas ao matrimônio e suas condições de nulidade, com o cuidado com a família, com a criação dos filhos, com a necessária virgindade das filhas até o momento da consumação do matrimônio legítimo³¹ e com as formas de transgressão de tais regras, tais como o rapto e o estupro, eram objeto de análise dos juristas e teólogos do período. Obviamente que os textos jurídicos e teológicos situam a mulher em uma posição “subalterna”, mas isso não nos permite concluir que existe uma continuidade com relação aos valores patriarcais propagados na sociedade atual.

Frente a esses dados, talvez um sociólogo pudesse se posicionar de forma diversa e sustentar que em toda sociedade patriarcal a ausência de virgindade da mulher que contraía

³¹ Sobre a problemática da família e o papel assignado à mulher, Cfr., entre outros, Hespanha, 1993, p.1 e ss; Hufton, 2000, p.15 e ss.

matrimônio, o rapto, o estupro foram ou ainda são condutas reprimidas porque lesam "os direitos de propriedade" do homem sobre a mulher. Sem entrar na discussão sobre a existência de um direito de propriedade numa sociedade não capitalista, para um historiador do direito tal explicação não é convincente.

Se compararmos nossa experiência jurídica com aquela do *ancien régime*, veremos que essa explicação não leva em consideração como são percebidos e tratados tais atos em sociedades e sistemas jurídicos fundamentalmente distintos e, por isto, não está em condições de compreender esta realidade, restringindo-se apenas a expressar um juízo de valor com relação à mesma. O que se persegue através da rejeição de certas condutas sexuais - como a prática do sexo (em sentido amplo) antes do matrimônio ou a prática de relações homossexuais-, no âmbito dos reinos católicos da Europa pré-iluminista, é a restauração de uma ordem superior à qual o homem tem acesso por meio de uma revelação.

No plano jurídico-medieval (doutrina e "legislação") o ilícito é associado em geral ao pecado, especialmente quando se refere ao que hoje se denomina de práticas delitivas. Porém, isso é indicativo de que prevalece uma indistinção "funcional" entre as duas ordens de transgressão (divina e terrena)³².

³² Clavero, 1990, p. 57 e ss.

A mulher que “engana” a família e seu marido, afirmando não ter experiência sexual antes da consumação do matrimônio, peca perante Deus, mas seu comportamento também será condenado pelas leis dos “homens”, castigando-a, ao menos, com a anulação do matrimônio.

A força da ordem procedia de uma combinação que era "produto de cultura"; tratava-se, portanto, de um processo de "revelação" de algo já existente, que não necessitava ser inventado. Este processo de revelação adquire força e reconhecimento porque se apoia num discurso sobre a ordem divina e natural do homem e das coisas. Neste sentido pode-se dizer que não se trata de uma invenção de política³³.

A vida física e seus atributos corporais são considerados menos importantes que a alma e os valores ligados à existência da mesma. Para tal sistema jurídico, o indivíduo não existe de "per se" e a proteção da sua vida não é uma preocupação preponderante. Nos seus estudos sobre o tema, Clavero afirma que nos índices de diversas obras escritas por juristas italianos e espanhóis do *ius commune* não se encontram referências aos "delitos contra a vida". A doutrina da época não se preocupa sequer em apresentar uma definição de homicídio: na voz

³³ Clavero 1990; Sabadell 1991, p. 2-4, 187 e ss.

"matar" encontram-se elencados somente inumeráveis casos nos quais o homicídio é permitido³⁴.

A finalidade central do sistema social e jurídico é a proteção e a salvação da alma. Somente por intermédio dela é que se tem acesso à pessoa. A alma é a verdadeira vida e o corpo mereceria atenção somente enquanto "objeto" do direito, por exemplo, como meio de purgação de culpas. Com esta perspectiva é possível também explicar porque um ato como a masturbação é considerado mais grave que o homicídio. É que a masturbação (e não o homicídio) constitui um ato "contra a natureza", que nos impõe a procriação. Crimes como o estupro e a sodomia representam uma quebra da ordem natural e divina e, portanto, devem ser perseguidos. Neste contexto, a virgindade deve ser garantida devido a sua associação com esses valores cristãos sobre o papel da mulher no âmbito familiar e, da mesma forma, o adultério deve ser reprimido³⁵.

A conexão exclusiva da sexualidade com a procriação, que deve exprimir-se somente no âmbito da família legítima é, de fato, percebida como parte integrante desta ordem. A “mentira” da inexperiência sexual no caso do matrimônio, o

³⁴ Clavero 1990a. Uma consulta ao repertório do jurista português Augustinus Barbosa, corrobora a ausência de um conceito de homicídio. Ressalta-se que a "ausência de uma conceptualização" não é uma característica específica do sistema jurídico casuístico: Cfr.: Barbosa 1713, Lit. H, verbo *Homicidium*, p. 107-108.

³⁵ Para entender a história da violência sexual na idade moderna, Cfr. Vigarello, 1998.

adultério, a bigamia, a sodomia, a prática do rapto ou do estupro significa uma ruptura com essa ordem. Por isso, a função principal da persecução dessas condutas (e da própria “pena”, em caso de delito) é a expiação de um pecado que lesa toda a sociedade e não certamente a proteção de um marido enganado pela falsa promessa de estar se casando com uma mulher virgem ou a proteção direta da vítima de um estupro ou de um outro interesse particular³⁶.

Assim sendo, encontramos dados muito curiosos, como, por exemplo, que o processo por crime de estupro em Portugal só começa a sofrer uma alteração significativa, aproximando-se da nossa cultura jurídica, a partir das reformas legislativas datadas da segunda metade do século XVIII, onde este passa a ser definido, para usar uma terminologia atual, como crime de ação privada³⁷. Por outro lado, se persegue muito mais a homossexualidade masculina que a feminina já que, numa

³⁶ Cf. Hull 1997, p. 223-228.

³⁷ Segundo Mendes de Almeida, a legislação das Ordenações em matéria de estupro já havia sido alterada através das leis de 19 de junho de 1775 e de 6 de outubro de 1784. O decreto de 31 de julho de 1787 estabeleceu que "a ação penal para o delito de estupro só seria admitida por requerimento das partes a quem isto competia, não devendo mais ser tirada ex-officio". Ver: Mendes de Almeida 1985, L.V, tít. XVIII, nota de rodapé núm.1, p.1168. As leis de 06.10.1784 e 19.06.1775 encontram-se transcritas nos aditamentos ao L. IV, respectivamente p. 1029-1031 e 1050-1051.

ordem divina e natural, a transgressão é mais grave se o esperma deixa de ser utilizado para a procriação.

Assim mesmo, dizer que na sociedade do *ancien régime* as relações sexuais transgressivas eram vistas como pecados e tratadas segundo normas muito diversas das nossas, não quer dizer que o patriarcado não estava presente nas relações de gênero. Indica somente que a estruturação e expressão institucional eram profundamente diferentes.

Obviamente com a mudança de um sistema jurídico a outro, iniciada com o iluminismo jurídico, não se dá uma ruptura completa: vários elementos do sistema anterior serão integrados ao processo de formulação de um "novo" sistema. Mais adiante se verá, por exemplo, que a *mala mulier*, -criticada por Antonio de Quevedo y Hoyos-, talvez mantenha alguma correspondência com o conceito moderno de *mulher desonesta*, que até hoje povoa o imaginário de certos juristas.

Porém, a descontinuidade se observa, sobretudo, na construção de um sistema de controle de condutas por meio de uma ordem jurídica *extensiva ou massiva*, que substituirá o sistema medieval que era *restritivo*, no sentido de ter uma aplicação limitada e que concorria com outros meios de coerção, jurídicos ou não.

Nesse contexto é que devemos situar o discurso de Antonio de Quevedo y Hoyos e sua visão sobre o papel da mulher no que tange a avaliação dos indícios.

Na península ibérica os autores faziam constantes referências aos tratados italianos sobre os indícios, porém, não se dedicaram à elaboração de obras específicas sobre o tema. Não encontramos tratados de indícios na península ibérica, tal como os elaborados pelos autores do *Ius Commune* no âmbito do *mos italicus*.

Antonio de Quevedo y Hoyos foi, nesse sentido, uma exceção. Sabe-se pouco sobre este autor e alguns dados foram obtidos por meio das informações constantes de seus próprios livros. Este nasceu ao final do século XVI, na “Villa de Reinos”, em “Castilla-Vieja”. Estudou direito, foi advogado -como ele mesmo menciona na obra consultada-, do Conselho Real e de Casa a Corte e tornou-se, posteriormente, um renomado juiz em Madrid, dedicando-se ao estudo da questão criminal.

Foi autor de tratados jurídicos e dentre estes se situa sua obra, publicada em 1632, denominada “*Livro de indícios y tormentos; que contiene toda la practica criminal, y modo de sustanciar el processo indicativamente, hasta descubrir el delito y el delincuente, y ponerle en estado de condenarle, ò absolverle*”. Este menciona em seu livro que constava com 27 anos de idade quando o escreveu³⁸. Identificam-se dois objetivos muito concretos em sua obra.

³⁸ Cf. Tomás y Valiente, 1994, p. 96. Estamos utilizando uma versão que se encontra na biblioteca Nacional de Madrid, datada do ano de 1632.

Inicialmente, apresentar uma análise sobre os indícios, indicando a classificação que lhe parece mais pertinente sobre a matéria e, para tanto, fará constantes referências aos autores do *ius commune*, como Baldus, mas, sobretudo, cita autores que se situam mais próximos de seu período histórico e que estão vinculados ao desenvolvimento da doutrina dos indícios a partir do século XVI, tais como Farinacio, Julius Clarus e Menochio. Ele apresenta os motivos que o levam a concordar ou a discordar da classificação dos indícios elaborada pelos autores italianos mencionados. Quevedo faz esse trabalho inicial objetivando esclarecer em que condições um indício pode ser considerado válido no âmbito de um processo criminal.

Seu livro está dividido em duas partes. A mais extensa é a primeira parte onde ele se dedica ao estudo dos indícios, apresentando a seguinte divisão:

“De los indicios en genero; del indicio del hecho; del indicio pleno; del indicio semipleno; del indicio remoto, del indicio propincuo, del indicio proximo; del indicio pleno” (“Índice de los capitulos”). Cada um destes tópicos, seguindo obviamente a lógica casuística, é subdividido em ulteriores pontos. De fato, Quevedo pretende exaurir a matéria, esclarecendo todos os possíveis casos.

Em diversas partes de sua análise Quevedo fará referência ao papel da religião no tratamento da matéria, porém,

sem dúvida, será na definição de indício que a indistinção entre religião e direito, se destaca:

“Y sepa que el indício se dize del verbo *Indicando*, ò del nombre, *Index*, que quiere dezir, *descubrir*, ò *señalar*, y por esso em las manos ai um dedo que llamamos *Index*, y a lo que es buscar llamamos *Indice*; y Job dezia à Dios: *indica mbí, cur ita iudices*. Descubreme, muestra, señalame, porque assi me juzgas; y assi *indicio* tanto quiere dezir como señal que contra alguno se há descubierto de delito, o maleficio que aya hecho, *Sylvester verbo indicium*”.³⁹

Essa análise inicial sobre os indícios serve para que o autor possa abordar o tema que considera central em seu livro, que se situa na segunda parte de sua obra: autorização do emprego da tortura judicial por meio da avaliação dos indícios.

A grande preocupação de nosso autor era fixar, de modo exaustivo, todos os indícios que poderiam ou não autorizar o uso da tortura judicial, de forma que se possa alcançar a verdade real. Ele considera que a matéria não recebeu o devido tratamento no “reino de España” e que os juízes e advogados necessitavam de uma adequada orientação, para evitar erros que poderiam comprometer a busca da verdade processual.

Será no âmbito da discussão sobre os indícios que Quevedo y Hoyos fará referência à mulher. Ele vincula a figura

³⁹ Quevedo y Hoyos, P. I, cap. III, núm.4 (p. 11 verso).

feminina à questão da virgindade no âmbito do matrimônio. Limitadamente, nos propomos aqui a indicar duas passagens que nos parecem muito interessantes e que nos permitem fazer uma aproximação com a questão do patriarcado em uma perspectiva histórica.

Ao discutir a problemática dos “indícios plenos” (Primeira Parte-capítulo VIII), Quevedo y Hoyos coloca o caso da mulher suspeita de não ser “*donzella*” no momento da consumação do matrimônio (“*Y de no ser donzella la que orina de golpe, y cerca*”⁴⁰).

Ressalte-se que o autor alerta que tal indício “*recibe algunas divisiones y grados*” e é suficiente para autorizar a condenação do acusado ou para autorizar a aplicação de uma tortura bem mais rigorosa⁴¹. Ou seja, trata-se de um indício que possui uma grande força probatória. Nas demais passagens de sua obra, este não se referirá mais à figura feminina dessa forma, que obviamente, pode parecer, aos olhos de hoje, muito “agressiva”.

Quevedo inicialmente apresenta o estado de discussão da matéria na doutrina. Temos um indício pleno e indubitável “*por naturales principios*” quando o homem que se casou com mulher que “*le dierõ por donzella*” recebe um aviso de terceiro

⁴⁰ Quevedos y Hoyos, P. I, cap. VIII, num. 17, p.35 (sumário).

⁴¹ Quevedo y Hoyos, P. I, cap. VIII, nums. 1 e 2, p.36.

que esta sendo enganado⁴². Neste caso, se o “marido enganado” fizer em juízo a prova da urina poderá comprovar a veracidade do suposto engano e o casamento é anulado.

Mas no que consiste a prova da urina? Segundo nosso autor ela é muito simples. Se a mulher urina de forma leve e sutil, trata-se de *donzela*. Agora, se esta urina de “*golpe y cerca*” (ou seja, de forma rápida e com fluxo forte) isto prova, de maneira indubitável, segundo a doutrina, que não se trata de mulher virgem.

Não serão tecidos detalhes sobre toda a complexa explicação relativa à fisiologia feminina apresentada pelo autor para sustentar sua tese e que se faz acompanhar da citação de outros autores. De modo sucinto, afirma-se que a mulher virgem tem uma conformação dos órgãos genitais que nunca lhe permitiria urinar de “*golpe*”.

Continuando a discutir a questão da virgindade, Quevedo sustenta que o mais usual é empregar-se a prova das matronas, sobretudo nos casos em que a mulher alega que o casamento não foi consumado. Estas senhoras examinam e tocam “(...) *y hallando que el vaso esta cerrado com cierta tela, ò que en él no cabe um dedo, dize, que la tal esta donzella y com esto pasan los juezes*⁴³”.

⁴² Ibidem.

⁴³ Quevedo y Hoyos, Parte I, cap. VIII, núm. 17, p. 39.

Ora, esse autor alega que nenhuma dessas provas é suficiente para comprovar a virgindade e passa a indicar outras medidas mencionadas por outros estudiosos da matéria:

“(...) Yo digo que esta no es suficiente, plena e indubitable prueba de virgindad porque las no donzellas suelen cerrarse para aparecer lo son con vegigas de pezes, o hielles de animales llenas de sangre, las cuales puestas en aquellas partes las arrugan, aprietan y encogen de manera que se puede vender por donzellas las que no lo son, segun Rainerio: y asi el Padre Tômas Sâches, despues de otros Doctores”⁴⁴.

Neste momento ele apresenta sua contribuição ao debate: *“(...) es de parecer , que de ultra de ver y tocar a la que dizen está donzella, y antes de tocarla, à lo menos de declarar, la hagan sentar em um baño de agua caliente, y lavarla en él, y hazerla que este tanto tiempo, que pueda el calor del agua ablandar y deshacer el englutinamiento que huvieren hecho en orden a cerrarse”⁴⁵.*

Quevedo nos conta que antes de atuar como juiz, trabalhou como advogado e certa vez defendeu um homem que era acusado de ser impotente pela esposa. Como o matrimônio objetiva dar continuidade a obra de Deus que ordenou ao homem “crescer e multiplicar” a ausência da consumação do matrimônio,

⁴⁴ Quevedo y Hoyos, Parte I, cap. VIII, núm. 17, p. 39v.

⁴⁵ Ibidem.

seguida as estritas regras (a espera de dois meses após o casamento) poderia ensejar uma anulação, que seria o objetivo dessa mulher.

Esta então se submeteu ao exame das matronas, as quais confirmaram sua virgindade. Porém, nosso atento advogado solicitou em juízo que fosse feito a prova da água quente e vapores pelas matronas, as quais “(...)antes de hazerla la tocaron, y hallaron cerrada, de manera que dixeron no le cabia um dedo, y hecha la experiencia, la cupieron quatro”⁴⁶.

As características que marcam a figura feminina descrita pelo autor são aquelas indicadas nas obras teológicas e de outros juristas da época: a mulher malvada, maliciosa que induz o homem (e a justiça) a erro. Como já foi dito anteriormente, a inferioridade feminina se identifica não só por meio de sua “fragilidade”, mas também pela deficiência de seu espírito, revelada na tendência ao uso da malícia. Os próprios textos da tradição católica e judaica indicam a periculosidade da mulher, que induziu Adão a comer do fruto proibido e, com isso, arrastou toda a humanidade para o pecado. É preciso controlá-la, detê-la. Obviamente, essa é uma forma de controle masculino que permite a subordinação da mulher. Mas uma forma muito diferenciada da nossa modernidade, posto que está vinculada a uma concepção divina da configuração do cosmos.

⁴⁶ Ibidem.

Dessa forma, o direito, seja ele o canônico ou o real, tem por obrigação atuar contra essa mulher, pois, afinal, se trata, nada mais nada menos, de que uma *mala mulier*.

Referências

- ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra evo medio e moderno*. Napoli: Jovene, 1979.
- ALTVATER, L. Die Ordnung rationaler Weltbeherrschung. Revista Prokla, núm. 95, 1994, p. 186-226.
- AQUINO, T. *Suma Teológica*, II, São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- ARENDT, H. *Vita activa oder Vom tätigen Leben*. München: Piper, 1999.
- BARBOSA E, A. *Repertorium iuris civilis et canonici, in quo alphabetico ordine principaliores, & practicae utriusque Juris Conclusiones collectae indicantur, & magnam Doctorum copia exornantur*. Lugduni: Sumptibus Anisson & Joannis Posuel, 1713.
- BRANDÃO, C. O Direito canônico na história do direito. Análise dos anos iniciais de sua formação. In: *Duc in Altum. Cadernos de Direito*, Recife, V.8, n.15, Maio-Agosto. 2016, p.5-25.

_____ ; FRANCISCO DA SILVA, A. O Direito canônico nascente na Igreja imperial e nos primeiros concílios ecumênicos do século IV. In: *Duc in Altum. Cadernos de Direito*, Recife, V.8, n.16, Setembro-Dezembro. 2016, p.43-54.

CLAVERO, B. 1990. "Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones", in: F. Tomas y Valiente e outros (org.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza, Madrid, p. 57-89.

CLAVERO, B. 1990a. "Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna", in: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, v. I, Milano: Giuffrè, p.153-171.

DAVIS, N. Z. Donne e politica. In: Georges Duby e Michelle Perrot (orgs.) *Storia delle donne. Dal Rinascimento all'età moderna*. (coordenação de Natalie Zemon Davis e Arlette Farge). Bari: Laterza, 2000, p.201-219.

FOUCAULT, M. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

GRIECO, S. F. M. Corpo, aspetto e sessualità. In: Georges Duby e Michelle Perrot (orgs.) *Storia delle donne. Dal Rinascimento all'età moderna*. (coordenação de Natalie Zemon Davis e Arlette Farge). Bari: Laterza, 2000, p. 53-99.

HESPANHA, A.M. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Europa América, 1998.

_____. *El estatuto Jurídico de la mujer em el derecho común clásico*.(2003) Disponível em:

<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>

_____. “*Carne de uma só carne*”. *Para uma compreensão dos fundamentos histórico antropológico da família na época moderna*. (1993) Disponível em:

<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>

HUFTON, O. Donne, lavoro e famiglia. In: Georges Duby e Michelle Perrot (orgs.) *Storia delle donne. Dal Rinascimento all'età moderna*. (coordenação de Natalie Zemon Davis e Arlette Farge). Bari: Laterza, 2000, p.15-52.

JEROUSCHEK, G. *Geburt und Wiedergeburt des peinlichen Strafrechts im Mittelalter*. In: Festschrift für Kroeschell, München: Beck, 1997.

KLAPISCH-ZUBER, C. *Masculino/Feminino*. In: Jacques Le Goff & Jean-Claude Schmitt (orgs.) *Dicionário Temático do ocidente medieval*. Vol. II. São Paulo: EDUSC, 2002, p.137-149.

LÈVY, J. Ph., *La Hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*. Paris: Sirey, 1939.

LÈVY-BRUHL, H. *La prevue Judiciaire. Étude de sociologie juridique*. Paris, 1964.

MICHELET, J. *Die Frauen der Revolution*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1984.

- OKIN, S.M. *Women in Western Political Thought*. Princeton: Princeton University Press, 7a.edição, 1992.
- PLATÃO. *A República de Platão*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- PULEO, A. H. (org.) *La ilustración olvidada: La polémica de los sexos en el siglo XVIII. Condorcet, De gouges, De Lambert y otros*. Madrid: Anthropos, 1993.
- PRODI, P. *Uma história da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- QUARTA, C. *L'utopia platónica*. Milano: Franco Angeli, 1985.
- QUEVEDO y HOYOS, A. *Livro de indícios y tormentos; que contiene toda la practica criminal, y modo de sustanciar el processo indicativamente, hasta descubrir el delito y el delincuente, y ponerle en estado de condenarle, ò absolverle*. Madrid: Imprenta de Francisco Martinez, 1632.
- ROSONI, I. *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova giudiziaria nell' Età Medievale e Moderna*. Milano: Giuffrè, 1995.
- SABADELL, A. L. *La tortura judicial en la España del Antiguo Régimen y en el Brasil colonial: referencias normativas y doctrinales*. Tese de master apresentada no Departamento de Ciência Política e Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Barcelona, Barcelona, 1991.
- _____. *Tormenta Iuris Permissio. Folter und strafverfahren auf der iberischen Halbinsel (16-18 Jahrhundert)*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

_____. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. In: *Cadernos de Direito*, vol.2, núm.4, 2003, p.25-39.

SISSA, G. Filosofie del genere: Platone, Aristotele e ladiferenza dei sessi. In: Georges Duby e Michelle Perrot (orgs.) *Storia delle donne in Occidente. L'Antichità* (coordenação de Pauline Schmitt Pantel). Bari: Laterza, 2000, p.58-100.

VIGARELLO, G. *Histoire du viol. XVI-XX siècle*. Paris: 1998.

WOLLSTONECRAFT, M. *A vindication of the rights of woman*. London: Penguin Books, 2004.