

INFIRMITAS SEXUS, ANIMI LEVITAS: A PUNIÇÃO DAS MULHERES NA VIGÊNCIA DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS¹

INFIRMITAS SEXUS, ANIMI LEVITAS: PUNISHMENT OF WOMEN UNDER THE ORDENAÇÕES FILIPINAS

*Sílvia Alves*²

Universidade de Lisboa

Resumo

Este artigo descreve as especificidades da punição das mulheres durante a vigência das Ordenações Filipinas. O direito penal do *ancien régime*, através da lei e da doutrina, consagrou, de forma ampla, o princípio do *favor sexus*. O fundamento deste aparente tratamento privilegiado (*fragilitas, infirmitas*) e as concretas soluções de um direito exclusivamente masculino permitem uma reflexão sobre a forma como a natureza constituiu o *alibi* de um estatuto jurídico diferenciado e sobre a complexidade e as profundas contradições da imagem e do tratamento das mulheres criminosas, então como hoje.

Palavras-chave

Punição e gênero. *Favor sexus*. Leniência. Ordenações Filipinas. História do direito penal.

Abstract

This article describes the specifics of the punishment of women under the Ordenações Filipinas. The criminal law of the ancien régime, through law and doctrine, has broadly enshrined the principle of favor sexus. The foundation of this

¹ O texto que agora se publica é uma versão revista e aditada do artigo publicado nos *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches* (Volume I, Coimbra, 2011, pp.1119-1162) e na revista *Revista Duc In Altum* (Vol. 4, N. 6, 2012, pp.9-62).

² Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

apparent privileged treatment (fragilitas, infirmitas) and the concrete solutions of an exclusively masculine law enable a reflection on how nature was the alibi for a differentiated legal status and on the complexity and profound contradictions of the image and the treatment of criminal women, then as today.

Keywords

Punishment and gender. Favor sexus. Leniency. Ordenações Filipinas. History of criminal law.

I. O PRINCÍPIO DA ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL

a. O sexo ou, mais exatamente, a fragilidade das mulheres, constituía no direito penal do *ancien régime* uma causa de atenuação da responsabilidade penal³.

Em 1557, o lente da Universidade de Coimbra Rui Gonçalves apresenta uma lista de casos em que o género feminino é

³ Guido Rossi, “Statut juridique de la femme dans l’histoire du droit italien (époques médiévale et moderne)” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, pp.128 e 129; André Laingui, *La responsabilité pénale dans l’Ancien Droit...*, p.251: «La fragilité des femmes leur était une excuse: propter sexum mitius agendum est in poenis cum mulieribus.»; André Laingui e Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Volume I, p.91; Jean-Marie Carbasse, *Histoire du Droit Pénal...*, p.228: «Autre cause d’atténuation de la responsabilité (...): le sexe féminin.»; e António Manuel Hespanha, *O estatuto jurídico da mulher na época da expansão*, p.11. Pedro Ortego Gil, no seu “Fragiles y sagazes...”, descreve um quadro em que a mitigação das punições é modulada pela «sagacidade» de algumas mulheres, pelo crime em causa (crimes proibidos pelo direito divino e pelo direito natural ou crimes atrozíssimos) ou pela prova do dolo (v.g. pp.193-217).

punido *mais branda e piedosamente* e com *menor pena que os homens*⁴. A sua obra sobre os *privilégios e prerrogativas do género feminino*, dedicada à rainha D. Catarina, mulher de D. João III, conheceu uma segunda edição em 1785, ano em que o capelão de D. Maria I se *lembrou* consagra-la à sua soberana (*Dedicatória*).

Tiraquellus, no primeiro grande tratado sobre responsabilidade penal (1559), apoiado na história antiga e no próprio direito romano, inclui o sexo – a par da idade – entre as causas de atenuação das penas. No seu entendimento, as mulheres devem ser menos gravemente castigadas em caso de infração⁵.

Pascoal de Mello Freire reconhece no sexo uma causa de atenuação das penas⁶ - *nos delitos*, as mulheres *devem ser um pouco mais*

⁴ *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa* 88, *Poena minor*, pp.95-97. Esta obra, construída na perspectiva (masculina) das *vantagens* atribuídas ao *género* feminino constitui um marco histórico incontornável para a reconstrução do estatuto jurídico das mulheres e mesmo para uma teoria do direito que tome o sexo como tema de reflexão e não prescindia dos ricos materiais providenciados pela história jurídica.

⁵ *De Poenis Temperandis*, Causa 9, 5 (p.78). Tiraqueau alude ainda à escusa resultante do sexo e da rusticidade, na Causa 11, 11, para a afastar, quando o agente, embora cometendo «uma infração por ignorância», o faz «em segredo». Apesar de a «ignorância de direito» atuar normalmente como escusa, existe nestes casos uma «presunção de dolo» (*idem*, p.87).

⁶ Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português”, Título I (*Dos delitos, delinquentes, e penas em geral*), §XXIV (*Pena sem delito*), p.75: «Atenua-se a pena olhando à idade, sexo, dignidade, e sobretudo ao grau do dolo ou culpa, e a outras circunstâncias que parecem diminuir a atrocidade do delito e devem ser previamente consideradas.».

*brandamente castigadas*⁷. Também para Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, atendendo à sua *delicadeza e sensibilidade*, não devem ser *tão severamente punidas*⁸.

Pastoret, que autonomiza um pequeno capítulo sobre as relações entre a pena e o sexo do acusado, identifica aqui um critério reconhecido por *muitos povos*⁹. No século em que o humanitarismo luta pela reforma do direito penal, afirma que a humanidade ter-se-ia feito ouvir pelo menos quanto ao sexo que entende ser depositário dos benefícios da natureza¹⁰.

⁷ “Instituições de Direito Civil Português”, Livro II (Do Direito das Pessoas), §XIII, p.145.

⁸ *Classes dos Crimes...*, Secção I, Capítulo I (*Dos Crimes em geral*), nota 21 ao §17, p.14: «As mulheres, que são mais delicadas, e sensíveis, que os homens, não devem ser tão severamente punidas.». Segundo Pereira e Sousa, os crimes, públicos e privados, estavam sujeitos a «modificações gerais» (forma de governo; clima; costumes; opinião pública; carácter nacional) e «particulares». Estas incluíam as circunstâncias relativas à pessoa do agressor; à pessoa do ofendido; o tempo; o lugar; o modo; a qualidade; a quantidade; e o evento. Ora, no que toca à «organização» da pessoa do agente, eram ponderados: o sexo, a idade, a educação e a vida privada. *Vd. Classes dos Crimes...*, Secção I, Capítulo I, §§15-17, pp.10-17, *maxime* nota 21 ao §17, p.14. Quando se refere às circunstâncias relativas à pessoa do ofendido, formula o princípio segundo o qual a medida da gravidade dos delitos se encontra mais na malícia do agressor do que na injúria do ofendido e não menciona as mulheres (nota 22 ao §17, pp.15 e 16). No Índice Alfabético, não se encontra qualquer remissão para a palavra «mulher».

⁹ Pastoret, *Des loix pénales*, Tomo II, Terceira Parte, Capítulo VII (*Rapports physiques*), Artigo I (*Rapports de la peine avec le sexe de l'accusée*), pp.143 e 144. O Autor mantém-se também fiel à aproximação do sexo em relação à idade (Artigo II, pp.145-149) e à situação física do acusado (Artigo III, pp.149-153).

¹⁰ *Idem*, p.144.

b. A *benignidade* na determinação das penas - mesmo na determinação legal - cessava perante os *crimes atrozes*¹¹, categoria legal e doutrinária que atua historicamente como verdadeiro antecedente do *direito penal do inimigo*. A extrema gravidade destes crimes – paradigmaticamente a delinquência política – determinava, sob os pontos de vista substantivo e adjetivo, um regime excepcional, em que o poder deixa de tratar o delinquente como *súbdito*. Na terminologia contratualista do século XVIII, implicam um retorno ao estado de natureza e de guerra. Na explicação de Lardizabal y Uribe, tais crimes revelavam por natureza uma malícia incompatível com a presunção de maior debilidade¹².

c. O princípio da atenuação da responsabilidade penal das mulheres não é mais do que uma das manifestações da *parcialidade da lei penal*¹³ ou da *famosa e escandalosa diferença*¹⁴. Assim como o princípio da

¹¹ Arlette Lebigre, “Imbecillitas sexus”, p.38.

¹² *Discurso sobre las penas...*, Capítulo IV, § II, 18, p.118: «(...) las leyes deben mirar con más benignidad en el establecimiento de las penas a las mujeres que a los hombres. Pero esto no se debe entender cuando la malicia de la mujer es tanta, como suele suceder algunas veces, que la haga cometer delitos tan atroces, que excedan la debilidad de su sexo, en cuyo caso deben ser tratadas del mismo modo que los hombres.».

¹³ A expressão é de Pastoret. *Vd. Des Loix Pénales*, Tomo II, Quarta Parte, Capítulo XIII (*De la partialité des loix pénales, ou de leur respect pour la grandeur et la richesse*), pp.78-86.

¹⁴ Nesta expressão que, entre nós, se tornou representativa da variação das punições com a condição social, Mello Freire refere-se ao tratamento do cônjuge da mulher adúltera consoante fosse ou não fidalgo. *Código Criminal intentado...*, Introdução, §VI, p.XX: «(...) se consente não só que o marido possa matar a mulher e ao adúltero,

desigualdade pessoal face à lei penal¹⁵ não é mais do que uma específica manifestação da sociedade estamental no direito vigente.

De facto, na sociedade do *ancien régime*, a condição social - resultante de uma conjugação de fatores como o grupo social de origem e de pertença, o credo, o sexo, a atividade profissional e a conduta individual - define um estatuto pessoal e este implica um tratamento penal específico.

No *Diccionario Juridico* de Pereira e Sousa¹⁶, a palavra *homem* não é definida a partir de uma ideia de unidade ou de igualdade, mas de divisão ou diferença: os homens *dividem-se* em livres e escravos; e em nobres e plebeus. A *igualdade absoluta* limita-se ao estado natural - que o advogado na Casa da Suplicação entende jusnaturalístico - e *é inteiramente incompatível com as precisões dos homens*. Numa ação

achando-os em flagrante, mas fora da ocasião e a todo o tempo, e que para isso possa convocar os amigos e parentes: e aí se faz a famosa e escandalosa diferença entre o fidalgo, desembargador, e os outros homens, como se todos não tivessem o mesmo e igual direito à sua honra.» *Vd. O.F. L.V, T.38.*

¹⁵ *Vd. Tomás y Valiente, El Derecho penal de la Monarquia Absoluta...*, pp.317-330.

¹⁶ *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo II, vozes *homem* e *igualdade*: «Os homens são iguais entre si pois a natureza humana é a mesma em todos. Têm eles todos a mesma razão, as mesmas faculdades, um só, e único fim. (...) Esta igualdade consiste somente no direito que todos os homens têm igualmente à sociedade, e à felicidade, de sorte, que todo o homem tem direito a que os mais o tratem como homem, que se lhe não quebrante a seu respeito a Lei natural. Toda a outra sorte de igualdade é impossível, e repugnante à Ordem natural, e aos Institutos civis. O estado de solidão, de independência, e de igualdade absoluta é inteiramente incompatível com as precisões dos homens.»

possível, o termo *estado*¹⁷ identifica-se com a condição de uma pessoa, pela qual goza de diferentes direitos e deveres. A própria natureza determina um estatuto jurídico (ou estado) diferenciado: *pelo estado natural, os homens ou são nascidos, ou por nascer, os nascidos são varões, ou fêmeas, infantes, ou maiores. E sobretudo: estas qualidades, ou condições, lhes dão também direitos diferentes.* A história documenta, portanto, a também já famosa *naturalização* da diferença.

Em suma, o ordenamento jurídico não faz mais do que refletir a forma de ser da sociedade. Pode mesmo proteger a estrutura estamental, ao desenhar delitos em que o agente não reconhece a pertença de certas pessoas a determinados grupos¹⁸. Observado com as lentes e os valores do presente, os sinais podem mesmo configurar-se como contraditórios. O Alvará de 4 de abril de 1755 proibiu dar-se o nome de *cabouculo* - termo depreciativo ou *nome de desprezo* que designava os mestiços - aos portugueses do Reino da América que casavam com índias¹⁹.

¹⁷ *Idem*, Tomo I, voz *estado*: «Estado no sentido do Foro, significa a condição de uma pessoa, a qualidade em virtude da qual ela goza de diferentes direitos, e prerrogativas. O estado nesta significação, nos provém, ou da Natureza, ou da instituição dos homens, e por isso se distingue em Natural, e Civil.».

¹⁸ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta...*, p.47: «Ser descendiente de cristianos, ser ‘cristiano viejo’, era una importante garantía de ortodoxia. Por el contrario llamar públicamente a alguien ‘moro’, o ‘perro judío’, o ‘converso’, o ‘tornadizo’, o ‘marrano’, significava una injuria de tal transcendencia, que el ofendido se sentía impelido a lavarla de inmediato para no quedar malfadado.».

¹⁹ *Vd. Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte II. Da Legislação Moderna, Tom. III de LL., Alvv., etc. (Que comprehende o Reinado do Senhor D. José I. até o*

Verdadeiramente não se trata sequer de um princípio que afronte a monarquia absoluta²⁰ e, quando esse perigo existe ou se adivinha, a legislação régia afasta preventivamente o tratamento diferenciado. Assim sucede com os crimes políticos. Ou quando a Coroa está particularmente empenhada na prossecução de determinado objetivo.

A condição social implica particularidades no tratamento processual e no tratamento penal do indivíduo. Influencia o seu estatuto jurídico-penal enquanto delinquente e enquanto vítima. Reflete-se na incriminação e muito especialmente na punição. Este é aliás o seu campo privilegiado de observação.

d. A aceitação da parcialidade da lei não pode, contudo, obnubilar o facto de esta conviver com a apologia da *boa igualdade da justiça*. Longe de se configurar como sistema, o ordenamento jurídico do *ancien régime* produz frequentemente declarações contrárias, sendo por vezes difícil articular a sua convivência, enquanto regra ou exceção.

A legislação de setecentos não é, assim, alheia à ideia de igualdade. A Carta de Lei de 25 de maio de 1773 proscreeve *a sediciosa e*

anno de 1756 inclusivamente); e Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo I.

²⁰ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquia Absoluta...*, pp.318 e 325: «Se dieron sin embargo excepciones a este principio. La monarquía absoluta utilizó como arma de política penal la supresión de toda garantía general o privilegio particular en aquellos delitos que por su gravedad o por frecuencia quería combatir a todo trance. Era un modo de hacer más severa la ley penal en estos casos.».

ímpia distinção entre *cristãos novos e cristãos velhos*²¹. De forma idêntica, encontramos proclamações gerais que coabitam com a *escandalosa diferença* ou as *distinções odiosas*: a justiça deve distribuir-se com igualdade entre os vassallos²². Ou as graças e os benefícios com que o soberano promove a felicidade geral devem *descer do trono* com igualdade²³.

Mello Freire, através do seu *Código Criminal*, pretende erradicar a *distinção das penas pela distinção das pessoas*²⁴. Lembrando Brissot de Warville e Beccaria, e apesar de contemplar a hipótese de derrogação legal, consagra o princípio da igualdade da punição, no que toca às penas corporais e infamantes: *os juízes farão dar os mesmos castigos e penas corporais e infamantes a todos os criminosos, sem distinção de pessoa*.

Nas *Classes dos Crimes*, Pereira e Sousa reconhece a imparcialidade das punições²⁵. E, segundo o mesmo *Diccionario*, as penas

²¹ *Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1763 a 1774*, pp.672-678.

²² Decreto de 15 de setembro de 1778. *Vd. Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1775 a 1790*, pp.182 e 183.

²³ Lei de 4 de fevereiro de 1773. *Vd. Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1763 a 1774*, pp.645-648; e Manuel Fernandes Thomaz, *Repertório Geral, ou Indice Alfabético...*, Tomo I, 71, p.484.

²⁴ Mello Freire, *Código Criminal intentado...*, Título IV (*Das Penas*), §13, p.8; e *Provas...*, *Ao Título IV*, p.11: «No §.13. se proíbe a distinção das penas pela distinção das pessoas (...) todo o criminoso deixa de ser bom cidadão, e (...) não tem mais direito aos privilégios da sua ordem (...)».

²⁵ Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Classes dos Crimes...*, Secção I, Capítulo II (*Das penas em geral*), §28, p.30. E, na nota 45 ao §28, p.30: «Como o crime envilece a

devem executar-se com igualdade nos grandes e nos pequenos, nos poderosos e nos humildes, porque com a *excepção de pessoas* ofende-se a Deus e escandalizam-se os homens²⁶.

O humanitarismo critica, de facto, a predileção penal. Mas também este movimento não o faz uniforme e coerentemente²⁷. Define como principal alvo da sua crítica a diferença entre nobres e plebeus. Assim se deve compreender a afirmação de Beccaria: as penas *devem ser as mesmas para o primeiro e para o último dos cidadãos*²⁸. Contudo, este discurso não tem como endereço as mulheres. O reformismo pretende

todos os homens igualmente, deve infligir-se igual pena a todos eles sem distinções odiosas.».

²⁶ *Vd.* a voz *pena* in *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo II, onde se referencia o Regimento de 5 de setembro de 1671, § 22. A «accepção» é definida como «predileção» ou «parcialidade». Neste sentido, diz que se deve julgar «sem accepção de pessoas» (*idem*, Tomo I). A «aversão» é considerada «mais odiosa num Magistrado. Todo o Juiz que nas Sentenças, ou Despachos que profere mostra aversão a alguma das Partes pode ser declarado de suspeito.» (*ibidem*).

²⁷ Tanto nos deparamos com Autores que condenam a diferença sócio-penal como com Autores que a toleram. A própria legislação reflete essa confluência de correntes contrárias. Tomás y Valiente menciona uma lei do final do século XVIII em que o monarca justifica o tratamento penal diferenciado com um esforço de equilíbrio muito revelador dessa turbulência de ideias: «(...) a medio camino entre la visión estamental de la sociedad, aún dominante, y el igualitarismo liberal, ya incipiente.» (*El Derecho penal de la Monarquía Absoluta...*, p.324). Se, por um lado, admite esse tratamento como consequência da «qualidade» social, por outro, ocupa-se em justificá-lo, não o dando já por pressuposto.

²⁸ Beccaria, *Dos delitos e das penas...*, §XXI (*Penas dos nobres*), p.106: «Cada diferença, quer nas honras, quer nas riquezas, para que seja legítima, supõe uma anterior igualdade baseada nas leis, que consideram todos os súbditos igualmente dependentes delas.».

sobretudo erigir a lei como o instrumento (político) da igualdade. Dissolvendo estamentos e privilégios, limitando o costume e todo o direito local; alicerçando, por fim, o monopólio de um direito geral (legal), aplicável a todo o território. Os cidadãos são iguais através da lei. Por isso, nas palavras obedientes das *Instruções* russas, a igualdade entre os cidadãos traduz-se no facto de todos estarem obrigados à observância das mesmas leis²⁹.

e. O exato âmbito de atuação do princípio da atenuação da responsabilidade penal não deixa ainda hoje de providenciar algumas dúvidas.

Segundo André Laingui e Arlette Lebigre, o juiz devia apreciar com maior benignidade a culpabilidade das mulheres, sobretudo quando o delito era *escusado* pelo direito romano ou quando não havia violação do direito divino, do direito natural ou do direito das gentes³⁰.

Já Jean-Marie Carbasse afirma que a jurisprudência nunca admitiu a favor das mulheres um princípio geral de atenuação da responsabilidade³¹. Mais: em certos crimes, chegavam a ser mais severamente punidas. De facto, assim sucede no crime de adultério,

²⁹ *Instructions adressées par Sa Majesté L'Impératrice de toutes les Russies...*, Article V (*De l'état des Habitants en general*), 29, p.16.

³⁰ *Histoire du droit pénal*, Volume I, p.92. Esta distinção foi criticada por Farinacius, uma vez que a ausência de discernimento inerente ao sexo como fundamento da mitigação da responsabilidade faria também sentido nos crimes graves.

³¹ *Histoire du Droit Pénal...*, p.228.

como constata Pastoret³². Apenas quanto à escolha das penas, em razão da decência ou respeito devido ao sexo (*propter reverentiam sexus*) se reservava às mulheres um tratamento específico³³. Tais especificidades verificar-se-iam, portanto, somente quanto às punições aplicáveis e à respetiva execução.

II. O FUNDAMENTO DO *FAVOR SEXUS*

a. A identificação do fundamento do *favor sexus* que, pelo menos na aparência, consubstancia uma vantagem, resulta menos óbvia do que se poderia esperar. Por duas razões. Em primeiro lugar, não existiria grande preocupação em justificar a *diferença* ou a própria inferioridade da mulher. São aspetos que apenas afloram nos textos

³² Pastoret apresenta o adultério como exemplo de crime em que apenas a mulher é punida, fazendo aliás notar o absurdo de vários aspetos da diferença penal neste domínio. *Vd. Des Loix Pénales*, Tomo II, Terceira Parte, Capítulo VII, Artigo I, p.144.

³³ Jean-Marie Carbasse, *Histoire du Droit Pénal...*, p.229. Pronunciaram-se no mesmo sentido Pierre Petot e André Vandebossche, “Le statut de la femme dans les pays coutumiers français du XII^e au XVII^e siècle” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, p.252 : «Les dispositions relatives au droit criminel s’appliquent de la même manière à la femme et à l’homme. En particulier, la femme est passible de la peine capitale, mais, dans diverses circonstances, elle bénéficie d’une certaine clémence. Pourtant, en cas d’adultère, la femme est punie plus sévèrement que l’homme(...)». Adotando idêntica perspectiva na análise do direito húngaro, Charles D’Eszlary, “Le statut de la femme dans le droit hongrois” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, p.441: «A part les quelques délits dont nous venons de parler, le droit hongrois ne faisait aucune différence entre l’homme et la femme. Cependant on infligeait généralement aux femmes un châtement moins sévère qu’aux hommes».

porque eram pacificamente aceites. Em segundo lugar, os textos doutrinários e legais constituem depósitos de argumentos frequentemente contraditórios ou, pelo menos, dificilmente conciliáveis. A imagem da mulher é plúrima, paradoxal e antitética: ela é honesta³⁴ e dissoluta; submissa e desregrada; seduzida e sedutora; cândida e pérfida; fidalga e de pouca sorte³⁵...

b. A matriz de todas as contradições e de todas as ambivalências bem poderá radicar no pensamento de S. Paulo. Por um lado, na Carta aos Gálatas, proclama a igualdade: *não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus*³⁶. E a 1^a Carta aos Coríntios não deixa de assinalar a complementaridade entre homem e mulher: *nem a mulher se compreende sem o homem, nem o homem sem a mulher, aos olhos do Senhor. Pois assim como a mulher foi tirada do homem, assim também o homem existe por meio da*

³⁴ A expressão *mulher honesta* teve – e continua a ter – uma longa e funesta carreira na história do direito, que certamente permitirá ainda escrever muitas páginas em domínios tão diferentes como o direito penal ou o direito da família. *Vd.*, quanto ao crime de estupro, Lourdes Soria Sesé, *La honestidad congénita de la mujer, historia de una ficción jurídica*: «(...) un sistema, el de ‘dotar o casarse’, que ahora se califica como un incentivo para la deshonestidad femenina libremente elegida. La antigua uniformidad de la sanción tenderá a ser sustituida por la valoración de la particularidad de cada caso a través de un arbitrio judicial cuyo objetivo será la búsqueda de la gran falacia: la verdadera honestidad femenina» (p.173).

³⁵ Tem razão Pedro Ortego Gil quando afirma que, mais do que falar em *mulher*, é preferível falar de *mulheres* (“Fragiles y sagazes...”, p.261). Por maioria de razão, o *ancien régime* desconhece a mulher como categoria una.

³⁶ Gal. 3, 28.

*mulher, e ambos vêm de Deus*³⁷. Por outro lado, vários são os textos que defendem a superioridade masculina e a submissão da mulher. A 1ª Carta aos Coríntios: *a cabeça de todo o homem é Cristo, a cabeça da mulher é o homem*³⁸. *A mulher é glória do homem. O homem não foi tirado da mulher, mas a mulher do homem; nem o homem foi criado para a mulher, mas a mulher para o homem*³⁹. A Carta aos Efésios: *as mulheres sejam submissas a seus maridos, como ao Senhor, pois o marido é cabeça da mulher, como Cristo é Cabeça da Igreja, Seu Corpo, do qual Ele é o Salvador. E, como a Igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres se devem submeter em tudo aos seus maridos*⁴⁰. Finalmente, a Carta aos Colossenses: *mulheres, sede submissas aos vossos maridos, como convém ao Senhor*⁴¹.

³⁷ 1 Cor. 11, 11-12.

³⁸ 1 Cor. 11, 3.

³⁹ 1 Cor. 11, 7-8.

⁴⁰ Ef. 6, 22-24.

⁴¹ Col. 3, 18.

Esta ambiguidade terá um enorme impacto na evolução do pensamento cristão⁴² e não abandonará os próprios textos jurídicos, que perpetuarão discursos ambivalentes ou mesmo contraditórios⁴³.

c. Se a ambivalência dos textos de S. Paulo permite explicar o discurso antitético que tão frequentemente surge a propósito das

⁴² Percorrendo o pensamento de S. Paulo, Tertuliano, Santo Agostinho, Graciano e São Tomás, René Metz, “Le statut de la femme en droit canonique medieval” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, pp.65-80. E, aludindo às tendências contrárias que, também no seio do pensamento cristão, reconhecem a igualdade moral e espiritual, mas que, no plano prático, sustentam a submissão e um estatuto jurídico diferenciado, Guido Rossi, “Statut juridique de la femme dans l’histoire du droit italien (époques médiévale et moderne)” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, p.116.

⁴³ Em relação ao estatuto jurídico da mulher no direito canónico medieval, René Metz constata um discurso ambivalente ou uma «dupla atitude» que persiste numa «perpétua contradição»: «Tantôt le droit canonique prône la parfaite égalité des sexes, tantôt il dénonce leur inégalité, plaçant la femme dans un état d’infériorité étonnant. Des raisons majeures militent en faveur de l’égalité de la femme et de l’homme, des raisons secondaires en faveur de leur inégalité. L’égalité a des fondements solides, l’inégalité repose sur les bases fragiles.» (“Le statut de la femme en droit canonique medieval” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, p.59). Assinalando também as ambiguidades das soluções encontradas, Arlette Lebigre, “Imbecillitas sexus”, p.38: «(...) les hommes auxquels il appartient de rendre la justice s’en tirent comme ils peuvent, par des solutions contradictoires, voire paradoxales, aussi ambiguës que l’image qu’ils se font de la femme.».

mulheres não é, contudo, a igualdade nem a complementaridade que emergem nos textos jurídicos, mas antes a inferioridade e a submissão.

O direito vigente reflete sobretudo a influência de S. Tomás e, através do Anjo das Escolas, a marca indelével de Aristóteles que, no *Tratado da Geração dos Animais*, vê na mulher um varão frustrado. A mulher corresponde a algo de imperfeito e ocasional e é, por natureza, inferior ao homem em dignidade e poder. Rigorosamente, é o entendimento segundo o qual a natureza deu ao homem mais discernimento que justifica as incapacidades jurídicas da mulher⁴⁴.

d. Em síntese, quatro razões fundadas na natureza podem ser apresentadas para sustentar a atenuação da responsabilidade penal das mulheres ou os *benefícios do género feminino*⁴⁵: a debilidade física e intelectual; a função doméstica e familiar; o pudor; e a menor propensão para o crime.

Nem todas têm o mesmo peso. O papel social que primordialmente é atribuído à mulher no seio da família configura-se como uma explicação menos frequente e secundária⁴⁶.

⁴⁴ *Summa Theologiae*, P.1, Q.92, A.1.

⁴⁵ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa 22, Carcerari*, p.52.

⁴⁶ Jean Portemer encontra duas explicações para a corrente «rigorista»: a fraqueza física e psicológica e a função doméstica da mulher. *Vd.* “Le statut de la femme en France” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, pp.449 e 450. O Autor identifica três correntes quanto à situação da mulher: «autoritária» ou «rigorista», «racionalista» (também tradicional, favorável e apoiada num pensamento sistemático) e «social» (decorrente das próprias necessidades e transformações da vida social,

A mitigação das penas era sobretudo fundada - duplamente fundada - na fragilidade natural da sua razão e da sua vontade - a célebre *imbecillitas sexus*⁴⁷ - e na natural incapacidade de suportar o rigor de certas penas⁴⁸. O *belo sexo*⁴⁹ é também, na terminologia que filósofos,

conferindo à mulher um papel «infinitamente» mais amplo do que fariam supor as normas jurídicas). *Vd.* “La femme dans la législation royale...”, pp.442 e 443. Em relação ao estatuto jurídico-penal, explica: «C’est surtout le droit pénal qui paraît avoir témoigné d’égards particuliers pour la femme. Non certes qu’il ait fait preuve à son égard de sensibilité excessive; non aussi qu’il n’ait jamais pris en considération sa qualité de mère; mais il a par de nombreuses textes adouci les peines applicables aux femmes (...)».

⁴⁷ A expressão «propter sexus inbecillitatem» é utilizada por Ulpiano (D.16,1,2,2). *Vd.* ainda v.g. C.9.8.5.3 («pro infirmitate sexus»); D.22,6,9 («propter sexus infirmitatem»); D.1,5,9, onde se reconhece ser a condição das fêmeas pior do que a dos varões; D.48,13,7 (6), mencionando o sexo como critério de determinação da pena, mais severa ou mais benigna; D.48,5,39(38),7, no mesmo sentido; e D.48,5,39 (38),2, distinguindo os delitos previstos no direito das gentes e no «nosso direito», casos em que atuava a escusa do sexo. *Vd.* Arlette Lebigre, “Imbecillitas sexus”, pp.35-51.

⁴⁸ André Laingui, *La responsabilité pénale dans l’Ancien Droit...*, p.251; André Laingui e Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Volume I, p.91; e Jean-Marie Carbasse, *Histoire du Droit Pénal...*, p.228.

⁴⁹ A propósito do lenocínio, Pereira e Sousa, *Classes dos Crimes...*, Secção II, Género I, Classe III, Espécie VIII, §3, p.227.

juristas e a própria lei reconhecem, o *sexo frági*⁵⁰. E o físico governa a moral⁵¹...

Em causa está a *leveza* ou a leviandade de ânimo (*levitas animus*) atribuída às mulheres pelos romanos. Segundo Gaio, os antigos entendiam que, mesmo sendo maiores de idade, deviam estar sob tutela devido à sua *instabilidade mental* ou *inconstância de espírito* (*propter animi levitatem*⁵²). Não obstante, não deixa de considerar que esta razão,

⁵⁰ Voltaire, *Oeuvres Complètes de Voltaire*, Tomo XXVI, *Commentaire sur le livre des délits et des peines par un Avocat de Province*, I. *Occasion de ce commentaire*, p.282 («sexe faible»); Mello Freire, *Código Criminal intentado... Provas, Ao Título XXXI*, p.104; Carta de Lei de 19 de junho de 1775: «(...) havendo chegado a tal excesso de escândalo a liberdade de alguns indivíduos, que abandonados a uma vida licenciosa, e destituídos das qualidades, que podiam habilitá-los para casamentos nobres, e opulentos, se valiam de quantos reprovados modos inventara a malícia, e a libertinagem, para corromperem o espírito das Filhas famílias, imediatas sucessoras, ou bem dotadas; já abusando aleivosamente da amizade, ou do parentesco; já comprando a infame indústria das pessoas, que vivem da torpeza, e corrupção, que solicitam; e já fazendo, ou extorquindo promessas de casamentos; armas as mais fortes para vencerem um *sexo frágil* (...)» (*Collecção da Legislação Portuguesa desde a Última Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1775 a 1790*, pp.45-47).

⁵¹ Voltaire, *Oeuvres Complètes de Voltaire*, Tomo XVIII, *Dictionnaire Philosophique*, voz *femme*, pp.41 e 42: «Il n'est pas étonnant qu'en tout pays l'homme se soit rendu maître de la femme, tout étant fondé sur la force. Il a d'ordinaire beaucoup de supériorité par celle du corps et même de l'esprit.»

⁵² *Instituições*, 1, 144 (p.117).

alegada *correntemente* - que faz com elas sejam frequentemente enganadas - parece ser uma razão mais especiosa do que verdadeira⁵³.

Em conclusão, era o âmago da responsabilidade penal – a liberdade – que sofria erosão nos crimes praticados por mulheres. A mesma debilidade (*imbecillitas, infirmitas, fragilitas*) que no direito privado fundamentava incapacidades jurídicas gerava no direito penal o princípio do *favor sexus*⁵⁴. Deste modo, ensina Mello Freire, as mulheres, *por causa da timidez e fragilidade do sexo, são de melhor condição que os varões*⁵⁵.

e. Segundo Tiraquellus, as mulheres deviam ser tratadas com mais doçura, atendendo à fraqueza do seu sexo⁵⁶. Castigá-las podia ser pouco honroso ou mesmo vergonhoso. Não havia qualquer glória em matar uma mulher. A própria natureza parecia impor essa clemência quando se observava que os leões em fúria rugiam com mais ferocidade contra os homens⁵⁷... Estes eram, ao invés, mais severamente punidos

⁵³ *Instituições*, 1, 190 (p.127). *Vd.* A. Santos Justo, *Breviário de Direito Romano Privado Romano*, pp.62 e 63. A situação de inferioridade, a que a mulher estava sujeita no direito romano e que o Autor decanta em particular na esfera do direito privado, é por vezes fundada no pudor, na pudicícia e na leviandade. Cita a Lei das XII Tábuas (V, 7,1) e Gaio, para quem a razão «parece mais aparente do que verdadeira» (1, 190).

⁵⁴ Guido Rossi, “Statut juridique de la femme dans l’histoire du droit italien (époques médiévale et moderne)” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, p.128.

⁵⁵ “Instituições de Direito Civil Português”, Livro II (*Do Direito das Pessoas*), §XIII, p.145.

⁵⁶ Tiraqueau, *De Poenis Temperandis*, Causa 9, 1 (p.77).

⁵⁷ *Idem*, Causa 9, 2 (p.77).

porque deviam ultrapassar as mulheres em virtude e porque lhes incumbia governá-las pelo exemplo⁵⁸. Na perspectiva dos teólogos, eles pecavam mais gravemente. Mesmo que o pecado fosse menor. A causa estava na condição dos pecadores. Os homens são mais perfeitos do que as mulheres⁵⁹. Têm mais razão⁶⁰.

Também para Tiraquellus as mulheres seriam dotadas de menos razão do que os homens. Os termos da comparação que estabelece não deixam dúvidas. Aí se encontra a verdadeira explicação da diferença quanto ao género. Se um homem, atacado por outro, riposta com *excesso*, deve ser castigado, ainda que de forma atenuada. Mas se uma *besta bruta, inteiramente desprovida de razão*, mata outra que a provocou o *senhor* desta não dispõe de qualquer ação⁶¹.

A razão permite aos homens vencer as suas paixões e as suas emoções. Nos animais, não existe razão que possa conter a cólera dentro dos limites de uma resposta razoável. As suas ações não lhes são *imputáveis*⁶².

Declarando regressar ao assunto, define a fórmula da punição segundo o sexo: na medida em que os homens são dotados de mais razão que as mulheres, podendo *virilmente resistir* às incitações dos vícios ou, como dizem os teólogos, podendo resistir às tentações, é *equitativo* punir as mulheres com *mais clemência*⁶³.

⁵⁸ *Idem*, Causa 9, 1 (p.77).

⁵⁹ *Idem*, Causa 9, 3 (pp.77 e 78).

⁶⁰ *Idem*, Causa 9, 4 (p.78).

⁶¹ *Idem*, Causa 9, 5 (p.78). *Vd.* D.9,1,1,11.

⁶² *Idem*, Causa 9, 5 (p.78).

⁶³ *Idem*, Causa 9, 6 (p.78).

Finalmente, impõe um esclarecimento: o sexo pode constituir uma causa de atenuação das penas, mas nunca uma causa de afastamento da responsabilidade penal. O motivo reservará a Tiraquellus um lugar especial entre aqueles que estudam o estatuto jurídico-penal das mulheres. Os animais podem ser desprovidos de razão, mas as mulheres têm *alguma*⁶⁴... Enfim, muito distantes dos homens e demasiado perto dos animais.

f. Para o mexicano Manuel de Lardizabal y Uribe, o sexo *influi no conhecimento*⁶⁵. A *debilidade corporal* das mulheres, resultado da sua *delicada constituição, comunica-se ao ânimo*, cujas operações tanto dependem da *organização do corpo*⁶⁶... A debilidade física engendra a debilidade de entendimento. Em suma, a mulher é mais frágil fisicamente, menos capaz de compreender o mal e de lhe resistir.

⁶⁴ *Idem*, Causa 9, 6 (p.78). André Laingui e Arlette Lebigre comentam com justiça que o «anti-feminismo» de Tiraqueau vai muito além do que permitia o direito romano: «(...) c'est Tiraqueau qui – en leur faveur, il est vrai – vilipendra le plus les femmes, joignant le pédantisme à la plaisanterie (...)» (*Histoire du droit pénal*, Volume I, p.91). Jean-Marie Carbasse considera que, de todos os doutores do direito penal antigo, Tiraqueau é aquele que mais menospreza as mulheres (*Histoire du Droit Penal...*, p.228). Ainda sobre o «anti-feminismo feroz» de Tiraqueau *vd.* Arlette Lebigre, “Imbecillitas sexus”, p.36.

⁶⁵ *Discurso sobre las penas...*, Capítulo IV, § II, 17, p.117.

⁶⁶ *Idem*, 18, p.118.

g. Pastoret justifica a ponderação do sexo do acusado com duas ideias: uma *maior fraqueza nos órgãos* e uma *ideia de pudor*⁶⁷. Com efeito, por vezes, invoca-se o pudor inerente ao sexo feminino para obstar a certas penas que implicavam a exposição do corpo – *propter reverentiam sexus*. Mas faz notar o absurdo da distinção por entender que tanto se ofende o pudor ao expor o corpo feminino aos homens como o corpo masculino às mulheres⁶⁸. Ensaia uma explicação: a ideia de pudor não tem talvez sido bem entendida...

h. Na obra de Rui Gonçalves, encontramos o fundamento mais benigno do *favor sexus*: as mulheres são *naturalmente menos ousadas*⁶⁹. Nesta indulgência – talvez sincera, talvez ingénuo, talvez interessada – é pelo menos justo reconhecer coerência. Mais incompreensíveis são as frequentes alegações de malícia e de perfídia femininas. Se, por natureza, as mulheres eram tidas como astutas e maliciosas⁷⁰ porque deveriam ser mais brandamente punidas?

⁶⁷ Pastoret, *Des Loix Pénales*, Tomo II, Terceira Parte, Capítulo VII (*Rapports physiques*), Artigo I (*Rapports de la peine avec le sexe de l'accusé*), pp.143-144 : «L'intérêt naturel qu'inspire une plus grande foiblesse dans les organes a produit ce changement auquel concourut aussi une idée de pudeur (...)».

⁶⁸ *Idem*, p.144.

⁶⁹ *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, Prerrogativa 88, *Poena minor*, p.96.

⁷⁰ Sobre o depósito de preconceitos contra as mulheres que resulta da fusão dos elementos romano, eclesiástico e germânico, Guido Rossi, “Statut juridique de la femme dans l’histoire du droit italien (époques médiévale et moderne)” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, pp.118 e 119.

i. Apesar de ser também depositário do património do passado, o século XVIII não foi alheio a alguma *paixão igualitária*⁷¹.

Merlin, no seu *Répertoire*, começa por reconhecer a fragilidade do sexo. Fáceis de persuadir e de amedrontar, mais frágeis, as mulheres merecem uma *certa indulgência* nos casos cuja gravidade não fere essencialmente a lei. Mas acaba por declarar: *hoje, as mulheres são punidas em todos os casos com o mesmo rigor dos homens*⁷².

Nas *Cartas Persas*, Montesquieu interessa-se por uma questão acerca da qual ouviu um *filósofo muito galante*: a lei natural submete as mulheres aos homens? O *império* dos homens sobre as mulheres recebe o epíteto que, no seu vocabulário, encerra a fórmula habitual do repúdio: é uma *verdadeira tirania*, um *poder tirânico*, uma criação dos governos despóticos. Uma *verdadeira injustiça*. As mulheres submetem-se porque existe nelas *mais doçura*, *mais humanidade* e *mais razão*. Revelando gosto pela ironia e pelo paradoxo, constata: as qualidades que lhes deveriam assegurar a superioridade acabam por determinar a sua perda... Reconhece-lhes um *império naturale universal* decorrente da beleza, essa *arte* que detêm as *pequenas almas*⁷³, e a que

⁷¹ André Laingui e Arlette Lebigre atribuem esta paixão ao *droit intermédiaire* (*Histoire du droit pénal*, Volume I, p.92). Vd. também Goncourt, *La femme au XVIII^e siècle*, *maxime* pp.371-405.

⁷² Merlin, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tomo IV, voz *Excuse*, p.913.

⁷³ *Do espírito das leis*, Livro VII, Capítulo IX (*Da condição das mulheres nos diversos governos*), p.246: «Nos Estados despóticos, as mulheres não introduzem o luxo; mas são elas mesmas um objeto de luxo. (...) As suas zangas, as suas indiscrições, as suas

ninguém parece capaz resistir. Mas sobretudo aponta o caminho do futuro: o império dos homens desaparecerá, se a educação for igual. *Empregamos toda a sorte de meios para abater a sua coragem – as forças seriam iguais se a educação também o fosse*⁷⁴.

III. O PODER DE IMPOR PENAS: *CASTIGÁ-LA MODERADAMENTE, QUANDO DESREGRADA...*

a. Apenas ao monarca pertencia o poder de impor penas – *ninguém, seja de que dignidade for, se pode arrogar esse poder*. Mas os vestígios do poder romano de vida e de morte (*vitae necisque potestas*) permitiam ainda que se abrissem exceções: quanto aos pais, em relação aos filhos; quanto aos senhores, em relação aos escravos ou criados; e, quanto aos maridos, em relação às *esposas*. Pais, senhores e maridos exerciam sobre estes *algum poder* e podiam infligir-lhes *certas penas e castigos, embora leves e moderados*⁷⁵.

As Ordenações reconhecem o poder senhorial, pátrio e marital. Relevam as punições a quem *castigasse* criado, discípulo,

repugnâncias, as suas inclinações, os seus ciúmes, os seus arrufos, essa arte que as pequenas almas têm de interessar as grandes, não deixariam de ter consequências».

⁷⁴ *Lettres persanes*, Tomo I, Carta XXXVIII, p.81 : «(...) éprouvons-les dans les talents que l'éducation n'a point affloiblis, et nous verrons si nous sommes si forts.».

⁷⁵ Mello Freire, “Instituições de Direito Civil Português”, Livro I (*Do direito público*), Título III (*Do direito de punir*), § V (*Direito de impor penas*), p.127.

mulher, filho ou escravo⁷⁶. E a quem encarcerasse filho-família ou escravo para os *castigar e emendar de más manhas e costumes*⁷⁷.

Ao marido competia *um certo poder* - reconhecido por todos os direitos⁷⁸ - sobre a pessoa da sua mulher, que se lhe submetia *com consentimento próprio e até pelo direito natural*⁷⁹. Não se tratava de um direito de vida e morte, mas da *faculdade de dirigir as ações da mulher, defendê-la e castigá-la moderadamente quando desregrada*⁸⁰.

O marido podia, em suma, castigar a mulher. Prendê-la em cárcere privado⁸¹. Matá-la *licitamente*, quando a surpreendia em adultério⁸²...

⁷⁶ O.F. L.V, T.36, §1.

⁷⁷ O.F. L.V, T.95, §4: «(...) porque em tal caso os poderá prender.»

⁷⁸ Mello Freire, “Instituições de Direito Civil Português”, Livro II (*Do direito das pessoas*), Título VII (*Do poder do marido sobre a mulher*), nota ao §I (*O poder do marido sobre a mulher*), p.60. *Vd. v.g.* O.F. L.V, T.66: «(...) em poder do marido (...)».

⁷⁹ Mello Freire, “Instituições de Direito Civil Português”, Livro II, Título VII, §I, p.60; e, novamente aludindo a «um certo poder», §III (*Alguns efeitos do mesmo*), p.61.

⁸⁰ *Idem*, §II (*Em que consiste*), pp.60 e 61; e respetiva nota, p.61: «O direito de corrigir as mulheres pouco dóceis foi sempre recebido em Portugal, e mais entre os plebeus que entre as pessoas de qualidade. Muitas vezes aqueles derivam para as sevícias, por mor das quais quase todos os dias se afadigam os juízes, mormente os eclesiásticos. E não raro essas discórdias matrimoniais se resolvem com a separação de cama e mesa por algum tempo.».

⁸¹ Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Classes dos Crimes...*, Secção I, Género I, Classe I, Espécie II (*Crimes contra os direitos do Imperante*), N^oII (*Cárcere Privado*), §2, p.60.

⁸² O.F. L.V, T.38, pr.: «(...) *licitamente* a poderá matar (...)». O marido podia também acusar a mulher de adultério. O.F. L.V, T.25, §3; e Alvará de 26 de setembro de 1769, que proíbe tirar devassas e admitir denúncias dos concubinatos: «(...) tem resultado

b. No drama penal, a mulher pode surgir como vítima ou como delinquente – mas não como juiz⁸³. Esta situação resultava do direito romano, sucessivamente citado. Segundo Ulpiano, as mulheres são afastadas de todos os ofícios civis ou públicos; e, por isso, não podem ser juízes, nem desempenhar magistraturas, nem postular, nem intervir por outrem, nem ser procuradoras⁸⁴. Para Bodin, as *ações viris* são contrárias ao sexo, ao pudor e à pudicícia feminina⁸⁵.

Sem surpresa, Rui Gonçalves lembra que, *regularmente, as mulheres não podem procurar, nem ser juízes árbitros, nem julgar*. Acrescenta,

das mesmas Devassas a maior confusão, e abuso; sucedendo, que as mulheres casadas, que vivem em boa harmonia com seus maridos, tendo duas pessoas suas inimigas, que vão jurar contra elas nas ditas Devassas, aparecem pronunciadas, presas, e infamadas com descrédito de seus maridos, e expostas ao perigo, que com eles padecem em satisfação da sua honra, que imaginam ofendida; sendo aliás nulo o procedimento destas Devassas, como contrário às Leis do Meu Reino, que não reconhecem parte legítima para a acusação daquele crime, que não sejam os próprios cônjuges (...)» (Antonio Delgado da Silva, *Collecção da Legislação Portuguesa*, pp.432 e 433).

⁸³ Sobre as interdições ao acesso das mulheres a lugares de magistério ou de mando, António Manuel Hespanha, *O estatuto jurídico da mulher na época da expansão*, v.g. pp.5, 9 e 15. Em relação ao direito francês, Ferriere é perentório: as mulheres não podem exercer magistraturas; não podem ser admitidas aos cargos públicos; não podem ser juízes. Em geral sobre as incapacidades da mulher no direito francês *vd. Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Tomo I, voz *Femmes*, p.623. Em especial quanto à exclusão das funções públicas como elemento integrante do estatuto geral da mulher no direito belga *vd. John Gilissen, “Le statut de la femme dans l’ancien droit belge” in Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, pp.258-262.

⁸⁴ D.50,17,2. *Vd. A. Santos Justo, Breviário de Direito Romano Privado Romano*, pp.62 e 63.

⁸⁵ Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, Livro VI, Capítulo V, p.698.

contudo, interessado em recortar a exceção: isto é assim em relação às mulheres *que não têm jurisdição sua*⁸⁶. Com efeito, se, em regra, as mulheres não podiam *judgar porsinem ter jurisdição*, todavia, a opinião dos doutores admitia que as rainhas, princesas e *mulheres claríssimas e nobres conforme a direito*, quando detentoras de estados e senhorios, tinham essa prerrogativa⁸⁷.

IV. AS PENAS

§1. A pena de morte

a. A pena de morte não podia ser executada nas mulheres grávidas⁸⁸ - *ainda que o sejam de dez dias e menos, e que o não sejam de seus maridos*, escreve Rui Gonçalves⁸⁹.

⁸⁶ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, Prerrogativa 13, *Arbitrix*, p.45.

⁸⁷ *Idem*, Prerrogativa 71, *Iudicare*, pp.86 e 87.

⁸⁸ Maria Paz Alonso e António M. Hespanha, “Les peines dans les pays ibériques (XVII^e-XIX^e siècles)” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume LVII, p.222: «L’exécution des peines corporelles et de la peine de mort était ajournée dans le cas de femmes enceintes.». Ainda sobre a suspensão da execução da pena de morte em mulheres grávidas *vd.* Tomásy Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta...*, p.370.

⁸⁹ As mulheres «prenhes principalmente têm muito mais prerrogativas e benefícios que as outras»; *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, Prerrogativa 92, *Pregñas*, pp.99 e100.

O *favor do parto* é incluído por Pereira e Sousa entre as *justas causas* de *diferir* a execução da sentença⁹⁰. Por isso, a ordenação que permitia a *qualquer do povo matar sem pena* os banidos⁹¹ – ausentes condenados ao último suplício⁹² – não tinha lugar nas mulheres grávidas⁹³.

A propósito dos embargos⁹⁴ à execução da pena corporal, Vanguerve Cabral afirma que a execução se suspendia quando a mulher condenada estivesse *prenhe e até que paira*, solução que se tirava da *razão natural, por não padecer morte a criatura, que a condenada tem no ventre*⁹⁵.

Segundo Lopes Ferreira, a *maior e mais notável dúvida* que se colocava quanto à pena de morte era a de saber até que ponto seria

⁹⁰ *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XXXIX (*Da Execução*), §CCXCII, pp.213 e 214.

⁹¹ O.F.L.V.T.126, §8.

⁹² Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português”, Título XXII (*Da requisição ou condenação dos ausentes*), §V (*Dos banidos*), p.163. Em nota, o Autor esclarece: «Contudo, hoje já não é lícito matar o banido, visto que *não se deve conceder a cada um aquilo que publicamente deve ser feito pelos magistrados (...)*» (*ibidem*).

⁹³ Rui Gonçalves, *Dos privilégios e prerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa* 92, *Pregñas*, p.100.

⁹⁴ Os embargos têm sempre efeito suspensivo; *vd.* Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XXXVI (*Dos Embargos*), §CCLXVIII, p.197.

⁹⁵ *Pratica Judicial...*, Parte Terceira, Capítulo VII (*Em que se trata dos Embargos às execuções*), 49, p.311.

possível *deter* a sua execução por *mandado do juiz*⁹⁶. Enuncia assim uma longa lista de causas que permitiam *dilatar* a execução por via das exceções. A suspensão⁹⁷ podia ocorrer por causas não dependentes da vontade do condenado, tratando-se de mulher grávida, *pelo perigo do aborto*⁹⁸, tanto no caso de parto legítimo como de adúlterino⁹⁹. A Reforma Judiciária daria continuidade a esta regra¹⁰⁰.

Daniel Jousse, comentando a lei francesa¹⁰¹, explica que a execução da pena de morte era diferida até ao nascimento ou – como

⁹⁶ *Pratica Criminal...*, Tomo IV, Capítulo VII (*De como se deva fazer a execução corporal no Réu condenado, e acusado pela Justiça de qualquer crime grave: e como, e de que modo se deva executar*), 31, p.531.

⁹⁷ Blackstone alude também à suspensão das execuções com fundamento na gravidez da condenada. *The Commentaries on the laws of England*, Livro IV (*Of Public Wrongs*), Capítulo XXXI (*Of reprieve and pardon*), p.387: «Reprieves may also be *ex necessitate legis*: as, where a woman is capitally convicted, and pleads her pregnancy; though this is no cause to stay the judgment, yet it is to respite the execution till she be delivered.».

⁹⁸ Manuel Lopes Ferreira, *Pratica Criminal...*, Tomo IV, Capítulo VII, 37, p.532: «(...) se o condenado for mulher, que esteja prenhe porque sendo assim, não deve ter sentença de morte, pelo perigo do aborto (...).».

⁹⁹ *Idem*, 39, p.532.

¹⁰⁰ Decreto de 16 de maio de 1832 (*Reforma das Justiças*) in *Collecção de Decretos e Regulamentos...*, p.138: «A pena de morte nunca se executará (...) em mulher grávida. (...) Só passados semelhantes accidentes se cumprirá a sentença.» (Artigo 226.^o).

¹⁰¹ *Ordonnance* de 1670, Título XXV (*Des sentences, jugemens et arrêts*), Artigo 23: «Si quelque femme devant ou après avoir été condamnée à mort, parait ou déclare être enceinte, les juges ordonneront qu'elle sera visitée par matrones qui seront nommées d'office, et qui feront leur rapport dans la forme prescrite au titre des experts, par

corrige um pouco adiante – até *um certo tempo depois*, quando a condenada se encontrasse *de saúde*. Mesmo nos casos de gravidez *incerta* ou não determinada. E explica o fundamento da disposição legal: a *infelicidade da mãe* não devia afetar a criança que estava no seu seio. Seria mesmo de evitar que a condenação fosse pronunciada em tal circunstância¹⁰². Quando os familiares recusassem o encargo da criança, o sustento seria assegurado pelo rei.

Também entre nós, se, depois do nascimento, não se encontrasse ama que pudesse criar o recém-nascido, pagando-a das despesas públicas, a execução continuava suspensa porque *tanto e mais importa à República conservar o parto depois de nascido, do que importa estando no ventre*¹⁰³.

b. A roda não era infligida às mulheres *por motivos de decência e de honestidade*¹⁰⁴.

notre ordonnance du mois d'avril 1667: et si elle se trouve enceinte, l'exécution sera différée jusques après son accouchement.»

¹⁰² Jousse, *Traité de la justice criminelle...*, Tomo II, Parte III, Título XXV, §III (*Des choses qui peuvent faire différer l'exécution d'un criminel condamné à une peine corporelle*), 59, p.545.

¹⁰³ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa* 92, *Pregñas*, p.100.

¹⁰⁴ *Vd. a voz roda* in Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum Diccionario Jurídico...*, Tomo III. O mesmo sucedia no direito francês. A roda era convertida à morte pelo fogo, enforcamento ou decapitação, de acordo com a condição social da condenada ou o crime em causa. Nestes casos, a execução ou, pelo menos, a execução completa podia ser precedida de estrangulamento secreto, que os tribunais ordenavam por *retendum*. Rousseau de La Combe, *Traité des matières criminelles...*, Parte I, Capítulo I (*Des Crimes & Peines en général*), 27, p.7. O Autor começa por afirmar

o princípio segundo o qual podem ser aplicadas às mulheres todas as espécies de penas: «Dans l'ordre judiciaire, les filles & femmes peuvent être condamnées à toutes sortes de peines, à la réserve (...) de la roue (...)». A postergação da roda é reiterada a propósito daquelas que tivessem praticado homicídio através de emboscada («meurtre de guet-à-pens») ou ajudado a cometê-lo. As mulheres do povo («routurieres») eram, em substituição, condenadas ao enforcamento e as mulheres nobres à decapitação («condamnées à avoir la tête tranchée»). *Vd.* Parte I, Capítulo II (*Des Crimes & Peines en particulier*), Secção VII (*Du Meurtre ou Homicide*), Distinção VI (*De l'Homicide & Meurtre de guet-à-pens, & de l'Assassinat*), 4, p.61. Jousse adopta fórmula idêntica: as mulheres podem ser condenadas a todas as penas «indistintamente». Excepto, nomeadamente, à roda e ao arrastamento («être tirées à quatre chevaux»). *Vd. Traité de la justice criminelle...*, Tomo I, Parte I (*Des Crimes & des Peines*), Título III (*Des Peines*), 16, p.41. Muyart de Vouglans, *Institutes au Droit Criminel...*, Parte VIII (*De l'Éxecution des Jugements*), Título II (*Des Peines en général, & des Cas où l'on peut les diminuer ou augmenter*), Capítulo II (*Des Peines, suivant nos Usages*), p.401: «(...) les Femmes ne sont point condamnées à cette Peine, par des raisons de décence & d'honnêteté publique.»; *Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo (*De la Peine en général, et de ses différentes espèces*), Título IV (*Des différentes especes de Peines usitées dans ce Royaume*), Capítulo I (*De la Peine capitale ou du dernier Supplice*), §3 (*De la Roue*), 3, p. 52: «Il y a deux choses remarquables par rapport à cette peine; l'une, qu'elle ne s'ordonne point contre les *femmes* à cause de la décence due à leur sexe, & on la convertit, à leur égard, en celle du feu, de la potence, ou de la décapitation, suivant leurs qualités, ou celle du crime.» Pastoret, *Des Loix Pénales*, Tomo II, Terceira Parte, Capítulo VII (*Rapports physiques*), Artigo I (*Rapports de la peine avec le sexe de l'accusé*), p.144: «Jamais le supplice de la roue, en les condamnant à la mort (...)». *Vd.* ainda André Laingui e Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Volume I, p.92; e JeanMarie Carbasse, *Histoire du Droit Pénal...*, p.229.

A mulher pode também emergir como figura redentora. De acordo com uma prática lendária¹⁰⁵ e um tanto *bizarra* que, não obstante, parecia ser observada *em alguns Povos*, a pena de morte era perdoada ao réu que aceitasse casar com *meretriz* ou *mulher dama*. Não sem humor, Manuel Lopes Ferreira repudia, contudo, esta hipótese – *se isto se admitisse, nenhum homem morreria solteiro*¹⁰⁶.

§2. As galés

¹⁰⁵ Aludindo a este «velho uso» e ao embaraço da doutrina para o explicar, Jean Imbert e Georges Levasseur, *Le pouvoir, les juges et les bourreaux*, p.257. No século XVIII, corria ainda, contudo, um testemunho tardio nas ruas de Paris, segundo o qual um contrabandista condenado à morte havia preferido o castigo da pena perante a visão de uma beleza generosa, mas menos convencional... Refere-se também a este «direito de graça um pouco bizarro» no direito holandês Jan Willem Bosch, “La femme dans les anciens Pays-Bas septentrionaux” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, p.344. *Vd.* ainda René Metz, “Le statut de la femme en droit canonique medieval” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume XII, p.11; e Pierre Lemercier, “Une curiosité judiciaire au moyen âge: la grâce par mariage subséquent, *Révue Historique de Droit Français et Étranger*, 4^a série, T.33, 1955, pp.464-474.

¹⁰⁶ *Pratica Criminal...*, Tomo IV, Capítulo VII 41, p. 533: «(...) quando o Réu condenado quiser casar com alguma mulher dama, ou meretriz, que actualmente exista no lugar determinado para a sua luxuriosa vida, que estava exercitando: porque por este acto parece lhe devia ser perdoada a pena de morte (...) Mas esta opinião não é verdadeira conforme a direito, nem se deve seguir, e por isso é reprovada (...)».

A pena de galés nunca era aplicada às mulheres¹⁰⁷, poupadas *propter reverentiam sexus*. Esta *reverência* pelo género tinha ínsita uma dupla preocupação. Por um lado, considerava-se inerente às mulheres uma maior fragilidade física: *a fraqueza da sua constituição as faz incapazes de*

¹⁰⁷ *Vd. a voz galé* in Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo II. Esta regra vigorava de formaidêntica no direito francês. Rousseau de La Combe, *Traité des matières criminelles...*, Parte I, Capítulo I (*Des Crimes & Peines en général*), 27, p.7: «Dans l'ordre judiciaire, les filles & femmes peuvent être condamnées à toutes sortes de peines, à la réserve des galères (...) il n'y a que les hommes qui puissent être condamnés à ces deux dernières peines, de quelque état, qualité & condition qu'ils soient, les Gentilshommes comme les Roturiers, mêmes les Prêtres & autres Ecclesiastiques.». Jousse, *Traité de la justice criminelle...*, Tomo I, Parte I (*Des Crimes & des Peines*), Título III (*Des Peines*), 16, p.41; e 37, p.49: «(...) au lieu de cette peine, on prononce contre elles, celle de la réclusion dans une maison de force à temps, ou à toujours, suivant les circonstances». Muyart de Vouglans, *Institutes au Droit Criminel...*, Parte VIII (*De l'Exécution des Jugements*), Título II (*Des Peines en général, & des Cas où l'on peut des diminuer ou augmenter*), Capítulo II (*Des Peines, suivant nos Usages*), p.404: «Cette Peine ne peut être prononcée contre les Femmes à cause de la foiblesse du sexe; mais l'on y a substitué d'être renfermées dans l'Hôpital Général, comme il paroît par la Déclaration du 29 Avril 1688, ou bien celle du Bannissement perpétuel: l'on n'y condamne point non plus les Vieillards, les Malades incurables, les Estropiés d'un Bras ou d'une Jambe, ou Culs-de-jatte, & généralement tous Ceux qui ne sont pas en état de ramer.»; *Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo, Título IV, Capítulo II (*Des Peines Corporelles*), § 2 (*Des Galeres*), 6, pp. 56 e 57: «Qu'en général la peine des galeres ne peut être prononcée contre les femmes, *propter reverentiam sexus*, mais que, pour en tenir lieu, on prononce contre elles, celle de la détention en une maison de force à tems ou à perpétuité, & quelquefois même celle du fouet & du bannissement, comme nous le verrons d'après les lois rendues en matière de vol, de mendicité & de contrebande.». *Vd. Jean-Marie Carbasse, Histoire du Droit Pénal...*, pp. 229 e 267.

*suportar os trabalhos que se exigem às vezes dos forçados das Galés*¹⁰⁸. Na verdade, a natureza feminina parecia resistir com muita dificuldade à pena... e ao crime, já que, no mesmo entendimento, a sua debilidade também as fazia *cair* ou prevaricar com mais facilidade. Por outro lado, as exigências da decência não permitiam que se confundissem com os forçados de diferente sexo¹⁰⁹.

O Alvará de Lei de 10 de novembro de 1708 condena às galés apenas os homens e estabelece como pena substitutiva para as mulheres o degredo para o Brasil¹¹⁰.

De acordo com Pereira e Sousa, nas Ordenações, as mulheres eram condenadas a pena substitutiva de reclusão temporária ou perpétua¹¹¹. Solução idêntica era seguida pelo direito francês. Nas palavras de Pastoret, a reclusão estava para as mulheres como as galés para os homens¹¹².

¹⁰⁸ Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo I, voz *galé*.

¹⁰⁹ *Ibidem*: «(...) Não se impõe a pena de Galés às mulheres. A decência não permite que se confundam com os forçados de diferente sexo. (...)».

¹¹⁰ *Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal*. Parte II. *Da Legislação Moderna*, Tom. II de LL., Alv., etc. (*Que compreende os Reinados dos Senhores D. Affonso VI, D. Pedro II, e D. João V*): «(...) e será degradado por tempo de dez anos: o qual degredo para os homens será de galés, e para as mulheres para o Brasil (...)».

¹¹¹ Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo I, voz *galé*: «Em paridade de crime são elas condenadas em reclusão temporária, ou perpétua em alguma casa de força.».

¹¹² Pastoret, *Des Loix Pénales*, Tomo I, Segunda Parte, Capítulo II, Art. VII, p. 111: «La reclusion dans une maison de force est en général pour les femmes ce que les galeres sont pour les hommes. Il y avoit pourtant une grande différence relativement

§3. As penas corporais

a. Segundo Pastoret, as mulheres deviam ser também poupadas às penas que implicavam grande padecimento ou trabalhos muito árduos¹¹³. E reprova mesmo a dor momentânea da marca com ferro quente¹¹⁴.

De acordo com as nossas Ordenações, as mulheres não eram sujeitas às penas de *cortamento de membro* ou de açoites¹¹⁵.

Contudo, António Vanguerve Cabral não deixa de mencionar, a título exemplificativo, o cortamento ou ablação de membros como os *peitos nas mulheres* enquanto penas corporais que, sem tirar a vida, eram também compreendidas no conceito de morte

aux effets civils. Elle n'emportoit pas la confiscation des biens.». De acordo com Ferriere, contudo, nos casos em que a lei ordenava a pena de galés para os homens as mulheres eram condenadas a açoites, ao degredo temporário ou perpétuo, «(...) selon la qualité du fait (...)» (*Dictionnaire de Droit...*, Tomo I, verbo *Galeres*, p.633). Dando conta de uma fase de transição, Muyart de Vouglans ensina que, em substituição das galés, era aplicada a pena de detenção («la detention en une maison de force à tems ou à perpétuité»), açoites e degredo («& quelque fois même celle du fouet & du banissement»). *Vd. Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo, Título IV, Capítulo II, § 2, 6, p.56.

¹¹³ *Des Loix Pénales*, Tomo II, Terceira Parte, Capítulo VII (*Rapports physiques*), Artigo I (*Rapports de la peine avec le sexe de l'accusé*), p.144 : «(...) celles qui tiennent à de grandes douleurs ou à des travaux pénibles ont été proscrires».

¹¹⁴ *Ibidem*: «(...) point de douleur momentanée, comme la marque (...)».

¹¹⁵ O.F. L.V, T.137, §3: «(...) E nas execuções de cortamento de membro, ou de açoutes, mandará sómente os homens». Aliás, dar açoites em mulher era caso de devassa. *Vd. Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo I, voz *açoutar*; e Lei de 15 de janeiro de 1652.

natural¹¹⁶... A amputação é aproximada da morte na medida em que se priva o condenado de certas funções do corpo, sendo que este prende o ser humano à vida. O condenado perde membros do corpo que cumprem uma função ou *ofício*, uma *operação distinta*¹¹⁷.

b. No caso das mulheres grávidas, a preocupação com a sobrevivência da criança impunha específicas limitações. Por isso, as penas corporais só podiam ser executadas passado algum tempo depois do parto. E, pela mesma razão, as mulheres grávidas, *pejadas* ou *prenhes* não podiam ser *atormentadas* ou metidas a tormento¹¹⁸.

Segundo Lopes Ferreira, enquanto o nascimento não impedia a execução da pena de morte, o mesmo não se passava com outras penas corporais. No caso destas, a morte não é somente uma pena que o direito não reclama; é um resultado que a todo o custo se deve evitar. Proteger a mãe significa garantir a sobrevivência do filho: *se há-de esperar que convalesça porque se não siga morrer, antes que nela se faça a*

¹¹⁶ *Epilogo Juridico...*, Capítulo LXXII (*Como se entenderá aquela palavra, que a Ord. poem em muytos lugares morra por ello: de que especie de morte se há-de entender?*), 5, p.210.

¹¹⁷ *Idem*, 5-10, p.210.

¹¹⁸ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa* 92, *Pregñas*, p.100; Lopes Ferreira, *Pratica Criminal...*, Tomo III, Capítulo XXII (*Em que se trata, do tormento, tortura, ou tratos em que Réus são metidos; e como, e quando se devem executar, conforme a nossa Ord. lib.5 tit.134*), 50, p.363. A «mulher prenhe» ou «pejada» é incluída entre as «pessoas isentas» deste «suplício». Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Capítulo XXVIII (*Dos Tormentos*), §CCIX, p.164. Em relação ao direito francês, *vd.* Jousse, *Traité de la justice criminelle...*, Tomo II, Parte III, Título XXV, §III (*Des choses qui peuvent faire différer l'exécution d'un criminel condamné à une peine corporelle*), 59, p.545.

*execução*¹¹⁹. Não deixa ainda de se referir à hipótese de aplicação de pena mutilante. Sendo a mãe de uma criança condenada ao corte da mão ou a outra pena corporal, suspendia-se a execução da pena até ser encontrada ama¹²⁰.

Mello Freire preserva a solução no seu *Código Criminal: em mulher prenhe não se executará pena alguma, ainda que pecuniária: nem se lhe intimará a sua sentença de condenação enquanto assim estiver, e um mês depois de parir*¹²¹. De acordo com o Código Penal de 1852, não se executavam penas corporais nas mulheres grávidas, exceto a pena de prisão correccional, senão passado um mês *depois de terminado o estado de gravidez*. Lembra Levy Maria Jordão que a legislação pátria anterior aplicava o direito romano. E apresenta a razão: a lei eximiu a mulher, durante o estado de gravidez, de sofrer as penas para evitar o aborto¹²².

Em relação aos açoites, Jousse exprime uma opinião algo dubitativa mas ainda assim dando conta do diferimento da execução nos casos de gravidez avançada¹²³.

¹¹⁹ Manuel Lopes Ferreira, *Pratica Criminal...*, Tomo IV, Capítulo VII, 38, p.532.

¹²⁰ *Idem*, 52, p.535: «(...) se for condenada a mãe de algum menino a que cortem a mão, ou em outra pena corporal; porque neste caso se não deve executar a sentença na pessoa da dita mulher, enquanto se não achar ama para o menino (...)».

¹²¹ Mello Freire, *Codigo Criminal intentado...*, Título LXV (*Da execução da sentença*), §8, p.148.

¹²² Levy Maria Jordão, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, Tomo I, comentário ao Artigo 92.º, pp.215-217.

¹²³ Jousse, *Traité de la justice criminelle...*, Tomo II, Parte III, Título XXV, §III, 59, p.545: «La disposition (...) doit aussi s'étendre aux femmes condamnées à la question; & même quelque fois on differe pour le fouet, surtout quand la grossesse est avancée; & je l'ai vu ainsi pratiquer.».

§4. O degredo

a. O degredo podia em princípio atingir indiferentemente homens e mulheres¹²⁴. Embora não de forma idêntica. O facto de a lei não as referir expressamente quando estabelece a punição é irrelevante - *o género masculino sempre compreende o feminino, tirando alguns casos excetuados nos quais a matéria é diferente*¹²⁵.

¹²⁴ Maria Paz Alonso e António M. Hespanha, “Les peines dans les pays ibériques (XVII^e-XIX^e siècles)” in *Recueils de la Société Jean Bodin*, Volume LVII, p.212: «Au Portugal, par contre, les femmes pouvaient être l’objet de bannissement dans le royaume (à Castro Marim, village de frontière dans les bouches du Guadiana).».

¹²⁵ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa 92, Pregñas*, p.4. No mesmo sentido, pronuncia-se Ferriere, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Tomo I, voz *Femmes*, p.623: «Sous le mot d’hommes, les femmes sont comprises.». Este facto não obstava ao reconhecimento de um estatuto jurídico diferenciado: «Quoique les femmes soient souvent comprises sous le mot d’hommes, il est certain que la différence du sexe rend en plusieurs articles du Droit, les conditions des hommes & des femmes différentes.» (*ibidem*). António Manuel Hespanha, *O estatuto jurídico da mulher na época da expansão*, p.2: «A regra mais geral que os juristas evocam, quanto a este uso do género das palavras, é a de que na locução corrente, o masculino inclui geralmente o feminino»; e p.4: «O feminino é, em geral, irrelevante (inexistente), sendo denotado pelo masculino *tanquam corpus a capite sua*.». Assim, as Ordenações Manuelinas determinam: «(...) Mandamos, que qualquer homem, ou mulher, que for degradado (...)» (L.V, T.107, pr.). E o correspondente passo das Ordenações Filipinas tem formulação diversa: «Mandamos, que o homem, que for degradado (...)» (T.141, pr.). António Manuel Hespanha, que procede à hermenêutica das regras de uso do género nos textos jurídicos e à análise da pré-compreensão da mulher como ser degradado, detém-se nas exceções a esta regra: «As Ordenações filipinas (I, 74, 20) falam das coimas a aplicar às “mulheres que são useiras

Ainda assim, as mulheres grávidas não podiam ser degredadas e a proibição mantinha-se se, depois do nascimento, a criança pudesse receber *dano ou detrimento*¹²⁶.

No século XVI, a Lei da Reformação da Justiça proibiu a condenação das mulheres ao degredo para África¹²⁷. Podiam ser degredadas para os coutos do Reino, para o Brasil, e para as Ilhas de São Tomé e do Príncipe.

de bradar”; tal como, ao tratar do crime de feitiçaria, o *Decreto de Graciano* (p. II, C. 26, q. 5, c. 12) evoca, naturalmente, feiticeiras. Num caso e noutro, a norma contida nos textos aplicava-se também aos homens. Aqui o uso do feminino remetia para usos correntes da linguagem em que este género significava - contra a regra generalíssima - o todo. Mas isto não pode deixar de se relacionar com a presunção subjacente de que situações como as previstas envolviam normalmente as mulheres. Zaragateiras e bruxas.» (*idem*, pp.2 e 3). Em sentido idêntico, entendendo que a *imbecillitas* predispõe para um certo tipo de criminalidade como a feitiçaria, transformando-se numa presunção de culpabilidade, Arlette Lebigre, “Imbecillitas sexus”, p.39.

¹²⁶ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa* 92, *Pregñas*, p.100. Este risco justificava ainda que a mulher grávida não pudesse ser constringida a dar o seu testemunho ou jurar. O Autor opõe-se à «opinião vulgar» segundo a qual, «indistintamente», «as mulheres grávidas não hão-de jurar, nem dar testemunhos». A restrição devia verificar-se somente quando «a criança correria risco».

¹²⁷ Lei de 27 de julho de 1582, §58: «Defendo a todas as Minhas justiças, que daqui em diante não condenem mulher alguma por culpas de qualquer qualidade que sejam, em degredo para nenhum dos lugares de África: e podê-las-hão condenar em degredo, para os coutos do Reino, ou para fora dele, para o Brasil, Sam Tomé, ou Ilha do Príncipe, conforme a qualidade das culpas que cometerem.» (José Anastácio de Figueiredo, *Synopsis Chronologica*, Tomo II, p. 213 e 214). *Vd.* Mello Freire, *Instituições do Direito Criminal*, Título XX (*Da sentença criminal, e sua execução*), nota ao §VI (*Da execução da sentença nos degredados*), p.151.

Dando continuidade a esta solução, também segundo as Ordenações Filipinas as mulheres não deveriam ser degradadas para África¹²⁸.

Esta diferenciação é reiterada expressamente a propósito de alguns tipos criminais, como sucede com o lenocínio¹²⁹, o sortilégio e a superstição¹³⁰, o incesto¹³¹ e a bigamia¹³². Ou ainda com o crime de

¹²⁸ O.F. L.V, T.140, §2: «E as mulheres não serão condenadas em degredo para África, por caso algum que seja, mas serão degradadas para outras partes, conforme as suas culpas, e nossas Ordenações.». *Vd.* Manuel Lopes Ferreira, *Pratica Criminal...*, Tratado II, Capítulo IV, 40, p. 163; Mello Freire, “Instituições do Direito Criminal”, Título XX (*Da sentença criminal, e sua execução*), nota ao §VI (*Da execução da sentença nos degradados*), p.151; e Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XXXIX (*Da Execução*), nota ao §CCXCVI, p.217.

¹²⁹ A fórmula da lei incrimina «toda a pessoa», mas a punição é estabelecida «segundo a diferença dos sexos»: «(...) será degradada quatro anos para África, sendo homem, e sendo mulher, seis para Castro-Marim.» (L. V, T.32, §7).

¹³⁰ O.F. L.V, T.3, §3: «(...) seja degradado para África, por dois anos; e sendo mulher da mesma qualidade, seja degradada três anos para Castro-Marim (...).»

¹³¹ O.F. L.V, T.17, §2: «(...) serão degradados, os homens quatro anos para África com barão e pregão, ou com pregão em audiência, segundo a diferença das pessoas, e as mulheres per cinco anos para Castro-Marim.»; §3: «(...) irá ele degradado por cinco anos para África, e ela por sete para Castro-Marim: e se fôr no terceiro, ou quarto grau, será ele degradado dois anos para África, e ela três para Castro-Marim, com barão e pregão na audiência, segundo a diferença das pessoas.»

¹³² O.F. L.V, T.19, §2: «(...) seja degradado por quatro anos para África, ou por mais tempo, se aos Julgadores parecer (...) seja degradada por cinco anos para Castro-Marim.»

benzer animais¹³³. Os barregueiros casados e suas barregãs¹³⁴. Os rufiões¹³⁵. Ou os que usavam trajes do sexo oposto¹³⁶. Enquanto aos homens é fixado o continente africano como local de degredo, as mulheres são mandadas para Castro Marim.

Outras disposições degredam os homens para África e as mulheres para o Brasil¹³⁷.

O degredo pode, não obstante, ser fixado sem operar qualquer distinção quanto ao local. Para fora da corte por um ano¹³⁸. Para o Brasil, embora para diferentes capitánias¹³⁹. Ou simplesmente

¹³³ O.F. L.V, T.4: «(...) E se fôr Escudeiro, ou daí para cima, seja degradado por um ano para África, e pague dois mil réis para quem o acusar. E sendo mulher será degradada por dois anos para Castro- Marim (...)».

¹³⁴ O.F. L.V, T.28, pr.: «(...) seja degradado pela primeira vez por três anos para África (...); § 1: «(...) seja açoutada pela Vila com baraço e pregão, e degradada por um ano para Castro-Marim (...)».

¹³⁵ O.F. L.V, T.33, pr.: «(...) ele será degradado para África, e ela para o Couto de Castro-Marim até nossa mercê (...)».

¹³⁶ O.F. L.V, T.34: «(...) se fôr Escudeiro, e daí para cima, será degradado, dois anos para África, e sendo mulher da dita qualidade, será degradada três anos para Castro-Marim. (...)».

¹³⁷ O.F. L.V, T.17, §2: «(...) seja degradado dez anos para África, e ela cinco para o Brasil. (...)».

¹³⁸ Em relação aos cortesãos que na Corte mantinham barregãs, a cominação da pena de degredo é aliás indiferente ao género e à condição social: «(...) será degradado cada um deles um ano fora da Corte.» (O.F. L.V, T.27, pr.); «(...) E as mulheres (...) sejam degradadas por um ano fora da Corte (...)» (*idem*, §1).

¹³⁹ O.F. L.V, T.17, §3: «(...) sejam degradados dez anos para o Brasil, para diferentes Capitánias. (...)».

para o Brasil, tratando-se da adúltera e do marido que consentiu no adultério¹⁴⁰.

Vários são, portanto, os preceitos das Ordenações que se referem de forma expressa às especificidades do degredo no que toca às mulheres. Mas nem todas se reduzem a determinações sobre o local ou a duração do degredo. A alcoviteira que não fosse condenada à morte ou ao degredo perpétuo para o Brasil devia trazer *sempre polaina ou enxaravia*¹⁴¹ *vermelha na cabeça fora de sua casa*. O incumprimento desta pena infamante dava lugar ao degredo perpétuo para o Brasil¹⁴².

¹⁴⁰ O.F. L.V, T.25, §9: «(...) serão ele e ela açoutados com senhas capelas de cornos, e degradados para o Brasil (...)».

¹⁴¹ A *polaina* era uma espécie de barrete vermelho com que eram marcadas, por sentença penal, as alcoviteiras (Luiz da Cunha Gonçalves, “Terminologia jurídica das Ordenações...”, p.182). Nas palavras de Fr. Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, a *enxaravia*, que também se chamou *polaina*, era a insígnia oprobriosa das alcoviteiras. Consistia «(...) numa *beatilha de seda vermelha*, que traziam na cabeça, enquanto não partiam para o desterro.» (*Elucidário das palavras, Termos e Frases*, Volume II, p.221). Segundo João Pedro Ribeiro, ao tempo das Ordenações Filipinas, esta palavra era já considerada antiquada, à semelhança de outras que se encontram no Livro V. A origem medieval destes termos reflete-se no facto de, tal como observa, o seu significado se encontrar no *Elucidário* do Padre Viterbo. *Vd. Dissertações Chronologicas e Criticas...*, Tomo IV-Parte II, *Appendice II* (“Palavras que se achão no Codigo Filipino, ou já antiquadas...”), pp.74 e 75.

¹⁴² O.F. L.V, T.32, §6: «(...) E em todos os casos, em que alguma mulher fôr condenada por alcoviteira em alguma das penas sobreditas, onde não haja de morrer, ou ir degradada para o Brasil, traga sempre polaina ou enxaravia vermelha na cabeça fora de sua casa, e assim se ponha na sentença; e não a trazendo, seja degradada para sempre para o Brasil. (...)».

Assim sucede também em relação aos crimes que apenas podem ser cometidos por mulheres. A norma refere o degredo especificamente às mulheres como decorrência de o género constituir um elemento essencial da incriminação. Assim, as barregãs dos clérigos são sucessivamente degredadas *por um ano para fora da Cidade, ou Vila e seus termos*; para *fora de todo o Bispado um ano*; para *fora do Bispado até nossa mercê*; e *para sempre para o Brasil*¹⁴³.

b. Após as Ordenações Filipinas, várias disposições aperfeiçoaram e ajustaram às circunstâncias o regime do degredo aplicado às mulheres.

O Assento de 30 de agosto de 1614 adaptou à reincidência o princípio que proibia o degredo para África. *Visto não poder como mulher ser degradada para África*, o degredo primeiro e segundo para o Reino que as mulheres não cumprissem era comutado para o Brasil, a arbítrio dos juízes¹⁴⁴.

Com o fim de se extinguirem quanto seja possível as castas de mulatos, a Carta Régia de 20 de outubro de 1620 ordenou a comutação

¹⁴³ O.F. L.V, T.30, pr.

¹⁴⁴ *Collecção chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação, e do Civel*(1791), XXI, pp. 27 e 28: «A mulher que sendo degradada para o Couto de Castro Marim não cumpriu o degredo, e lhe foi por isso dobrado; ou que sendo degradada para fora da Vila e Termo não cumpriu este extermínio, e sendo-lhe por isso imposto para o dito Couto, também o não cumpriu, e lhe foi por isso dobrado, se também não cumprir este último, poderá ser degradada para o Brasil pelos anos que aos Juízes bem parecer ainda que sejam menos de cinco; visto não poder como mulher ser degradada para África.».

do degredo das mulheres para o Brasil em degredo para Cabo Verde ou S. Tomé¹⁴⁵.

A cominação do degredo diferenciado em função do género encontra-se intacta na legislação do século XVIII.

O Alvará de 10 de novembro de 1708, que proibiu o uso dos trajés e língua ciganos, impôs a cumulação das penas de açoutes e de degredo. Enquanto os homens eram punidos com dez anos de galés, as mulheres eram mandadas para o Brasil pelo mesmo tempo¹⁴⁶.

Na procura da solução mais justa e mais útil, o legislador não se limita, contudo, a olhar o súbdito na perspectiva de certas particularidades que nele concorrem e que entende relevantes. Na verdade, tais especificidades podem superá-lo enquanto indivíduo. Porque é homem ou porque é mulher, o súbdito é também parte integrante de um grupo, de uma unidade familiar que o transcende.

O Decreto de 10 de fevereiro de 1750¹⁴⁷ manda prender e degradar para o Estado da Índia os *vadios*, *pela sua ociosidade*, e ordena

¹⁴⁵ *Ordenações, e Leys do Reyno de Portugal... Livro Quinto* (edição vicentina, 1747), p.296: «Com o fim de se extinguirem quanto seja possível as castas de mulatos em Cabo Verde e S. Tomé, manda que nas Relações se degradem para estas Ilhas as mulheres que se costumam degradar para o Brasil».

¹⁴⁶ *Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal*. Parte II. *Da Legislação Moderna., Tom. II de LL., Alv., etc.* (Que compreende os Reinados dos Senhores D. Affonso VI, D. Pedro II, e D. João V): «(...) incorrerá na pena de açoutes, e será degradado por tempo de dez anos: o qual degredo para os homens será de galés, e para as mulheres para o Brasil. (...)».

¹⁴⁷ *Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1750 a 1762*, p.9.

a comutação de penas dos presos que se encontravam nas cadeias da corte. Alguns dos requisitos da comutação enunciados deixam entrever as condições que deviam reunir-se nos degredados. Esses requisitos constituem simultaneamente condições do próprio degredo. A idade, não mais de quarenta anos. E saúde *capaz de viagem*. Além da robustez física, a lei mantém a preocupação verdadeiramente preventiva de não desorganizar o núcleo familiar do condenado e não deixa seguir para o Índico *aqueles que tiverem mulheres e filhos a que façam falta suas ausências*¹⁴⁸.

No ano seguinte, o Decreto de 7 de maio manda para o Maranhão os presos vadios, sem diferenciação de género. Sendo o povoamento uma das motivações do legislador, concede algumas mercês à deslocação das respetivas famílias¹⁴⁹.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, na *Petição para perdão de degredo*, que Gregório Martins Caminha reproduz, o suplicante justifica-se deste modo: «(...) porque por este caso anda ausente, e é pobre, e tem mulher, e filhos, que manter». Menciona o seu crime, a pena a que foi condenado – dois anos de degredo «para cada um dos lugares dalem» - e ainda o facto de ter já beneficiado de anterior perdão. *Vd. Tratado da Forma dos Libellos*, p.137.

¹⁴⁹ *Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1750 a 1762*, p.99: «(...) quando alguns dos ditos presos sejam casados levem suas mulheres, e filhos, ou sendo solteiros queiram casar para levar sua mulher, se praticará com estes inteiramente o mesmo favor, e graça, de que tenho feito aos outros povoadores das Ilhas; e as mesmas Hei por bem permitir a qualquer mulher presa casada, ou que se determine casar, para ir nesta monção (...)».

No final do século XVIII, uma nova providência sobre o degredo das mulheres importou momentaneamente uma inflexão no regime tradicional.

Tendo em *consideração graves inconvenientes e prejuízos* não especificados, o Decreto de 27 de junho de 1795¹⁵⁰ proíbe, em princípio, o degredo das mulheres para fora do Reino ou *para as Conquistas Ultramarinas*¹⁵¹. Tal pena deveria ser *comutada em reclusão na Casa Pia do Castelo de S. Jorge da Cidade de Lisboa*, de duração arbitrária ou de *tantos anos quantos aos Juízes* parecesse que eram *bastantes para satisfação de seus delitos*.

A preservação da unidade familiar e do estado de casado levaram certamente a abrir a exceção prevista. Se as mulheres fossem casadas e os maridos, réus dos mesmos delitos ou *correios das mesmas culpas*, condenados em semelhante pena, deviam acompanhá-los nos *lugares das Conquistas Ultramarinas*.

Pela mesma razão, as Ordenações determinavam já o degredo de ambos os cônjuges para o mesmo local quando o marido

¹⁵⁰ *Suplemento à Collecção de Legislação Portuguesa do Desembargador Antonio Delgado da Silva. Pelo mesmo. Anno de 1791 a 1820*, p.89. Vd. Manuel Fernandes Thomaz, *Repertório Geral, ou Índice Alfabético...*, Tomo II, 567, p.79.

¹⁵¹ Referindo também este Decreto e as ampliações a que procederam o Aviso de 19 de dezembro de 1809 e a Provisão de 11 de janeiro de 1810, Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XXXIX, § CCXCVI, nota 532, p.217.

consentia no adultério da mulher, enquanto ao adúltero era imposto degredo para local diferente¹⁵².

Sendo o crime tão grave ou de *tão agravante qualidade* que ao juiz parecesse merecer *pena maior que a reclusão perpétua* – mas, em todo o caso, menor que a pena última – seria imposta a punição arbitrária *julgada mais proporcionada*. Por força desta punição arbitrária aplicável a crimes mais graves, a lei gera uma segunda causa de admissibilidade do degredo feminino para fora do Reino. Por isso, Pereira e Sousa comenta, cruzando o texto das Ordenações com o Decreto de 1795: *às mulheres não se impõe a pena de degredo para África ou para outros lugares ultramarinos; exceto nos casos graves, ou sendo casadas, e seus maridos, correios do crime, condenados na mesma pena*¹⁵³.

c. A proibição do degredo para fora do Reino produz uma aproximação entre o direito nacional e o direito francês, segundo o qual as mulheres não podiam, em regra, ser degredadas ou desterradas – *le sexe ne doit point être banni*¹⁵⁴. Mello Freire reconhece que em França as mulheres não eram mandadas sair do Reino: *ne líberos pariant in terra aliena* – *que é a razão, que dão os jurisconsultos*¹⁵⁵. Parecia impedi-lo a

¹⁵² O.F. L.V, T.25, §9: «(...) serão ele e ela açoutados com senhas capelas de cornos, e degradados para o Brasil, e o adúltero será degradado para sempre para África, sem embargo de o marido lhes querer perdoar.».

¹⁵³ Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XXXIX, §CCXCVI, nota 532, p.217.

¹⁵⁴ Thorillon, *Idées sur les Loix Criminelles*, Tomo I, Título I, § IV, Art. 102, p.292.

¹⁵⁵ Mello Freire, *Codigo Criminal intentado...*, *Provas, Ao Título IV*, p.9.

decência¹⁵⁶. Excetuavam-se, ainda assim, os crimes de furto, contrabando, mendicidade e vagabundagem¹⁵⁷. De forma semelhante, o degredo era também aí substituído pela detenção¹⁵⁸.

Jousse apresenta uma perspectiva algo diversa. Faz eco, é certo, da pretensão segundo a qual o *Parlement* de Paris nunca condenava mulheres ao banimento perpétuo para fora do Reino com a

¹⁵⁶ Rousseau de La Combe, *Traité des matières criminelles...*, Parte I, Capítulo I (*Des Crimes & Peines en général*), 27, p.7: «(...) à cause de la décence dûe au sexe.». E, no mesmo sentido, Capítulo II (*Des Crimes & Peines en particulier*), Secção I (*Du Crime de Luxure*), Distinção II (*De l'Avortement, recelement de grossesse, Supposition & exposition de part*), 3, p.15. Referindo-se ao banimento perpétuo, Muyart de Vouglans, *Institutes au Droit Criminel...*, Parte VIII (*De l'Éxecution des Jugements*), Título II (*Des Peines en général, & des Cas où l'on peut des diminuer ou augmenter*), Capítulo II (*Des Peines, suivant nos Usages*), p.405: «(...) il ne peut être prononcé contre les Femmes, suivant les dernières Déclarations et Arrêts, mais il doit être converti ou dans la Détention perpétuelle dans une Maison de Force, ou dans un Bannissement perpétuel hors du Ressort du Parlement, qui produit alors le même effet, à leur égard, que celui hors du Royaume; du reste, cette Peine est ordinairement accompagnée de celle du Fouet.»; e *Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo, Título IV, Capítulo III, § 1, 7, p. 63: «(...) à cause de la décence qui ne permet pas qu'une femme se puisse aisément retirer hors du royaume». A pena devia ser convertida em prisão («détention en maison de force»). Sobre o desterro em geral («bannissement en général») e a sua aplicação às mulheres («femmes mariées & sous puissance de mari») *vd.* Jousse, *Traité de la justice criminelle de France...*, Primeira Parte, Título III, 48, p. 53.

¹⁵⁷ Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo, Título IV, Capítulo III, § 1, 7, p. 63.

¹⁵⁸ Jean-Marie Carbasse, *Histoire du Droit Pénal...*, p. 229: «(...) mais seulement à la réclusion dans une maison de force.»

preocupação de procriarem no estrangeiro¹⁵⁹. Poderiam somente ser banidas perpetuamente para fora da circunscrição (*ressort*) do *Parlement*, com confisco de bens. Mas recusa fundamento a um tal entendimento. Ao invés, a *Déclaration* de 4 de agosto de 1682 havia estabelecido contra os boémios e as suas mulheres a pena de banimento perpétuo para fora do Reino¹⁶⁰. As mulheres casadas e sob poder do marido poderiam igualmente ser banidas¹⁶¹.

Esta tendência não só não seria mantida no nosso direito penal como viria a ser alvo de nova inflexão, na primeira década do século XIX, mais acorde com as opções tradicionais do legislador português.

O Decreto de 2 de março de 1801¹⁶² permitiu aos degredados levarem consigo as suas mulheres. E, sobretudo, no final da primeira década de oitocentos, o Decreto de 27 de junho de 1795 viria a ser objeto de tal *ampliação*¹⁶³ que resultou totalmente desvirtuado.

¹⁵⁹ Jousse, *Traité de la justice criminelle...*, Tomo I, Parte I (*Des Crimes & des Peines*), Título III (*Des Peines*), 16, p.41.

¹⁶⁰ *Idem*, 10.º (*Bannissement à perpétuité hors du Royaume*), 42, pp.50 e 51.

¹⁶¹ *Idem*, *Observations sur le bannissement en général*, 48, p.53.

¹⁶² Este Decreto determina que fossem sentenciados sumariamente e dentro de oito dias os criminosos presos na Cadeia de Lisboa, comutando-se as penas proporcionalmente na de degredo para certos lugares (João Pedro Ribeiro, *Índice Cronológico Remissivo...*, Parte I, p.227). *Vd.* verbo *degredo* Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo I; e Levy Maria Jordão, *Commentario ao Codigo Penal portuguez*, Tomo I, Comentário ao Artigo 35.º, p.123.

¹⁶³ Através do Aviso de 29 de dezembro de 1809 e da Provisão de 11 de janeiro de 1810. *Vd.* verbo *degredo* in *Esboço de hum Diccionario Juridico...*, Tomo I; e *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XXXIX, § CCXCVI, nota 532, p.217.

Com efeito, a Provisão do Desembargo do Paço de 11 de janeiro de 1810¹⁶⁴ sobre comutação de penas, tomando como um dos objetos de regulação *o castigo que se devia dar às mulheres em razão dos seus delitos*, determinou que pudessem ser degredadas *indistintamente* para os lugares de África e os Estados do Brasil, conforme o merecessem pelos delitos que houvessem cometido, preferindo-se aqueles que fossem menos povoados.

O critério legal de determinação do local de degredo que avulta neste diploma é muito simplesmente a necessidade de povoar territórios determinados. Longe ficam preocupações como a decência ou a fragilidade feminina, tidas como incompatíveis com a rudeza de certos locais.

§5. A prisão

a. As mulheres gozavam de um regime de favor quanto à prisão, uma vez que não eram presas nas causas crimes¹⁶⁵. Sendo os delitos *leves*, eram entregues a fiador. E, jurando que não podiam dar fiador, prestavam *caução juratória, que é jurar de estarem a cumprimento de*

¹⁶⁴ António Delgado da Silva, *Collecção da Legislação Portuguesa..., Legislação de 1802 a 1810*, p.796: «(...) ampliando a disposição do Decreto de 27 de junho de 1795: Houve por bem Determinar, que as mulheres pudessem ser degradadas indistintamente para os lugares de África, e dos Meus Estados do Brasil, conforme o merecessem pelos delitos, que houvessem cometido preferindo-se aqueles lugares, que fossem menos povoados (...)».

¹⁶⁵ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem..., Prerrogativa 23, Carcerari*, pp.52-54.

justiça. Sendo os delitos *graves*, eram metidas em mosteiros de freiras ou entregues a *honestas e virtuosas donas*, para *não serem ofendidas ou injuriadas na castidade*. Ao tempo de Rui Gonçalves, este privilégio e prerrogativa já não tinha lugar porque as mulheres eram presas *em prisão apartada dos homens*, cessando assim a causa do direito comum. Pereira e Sousa reitera a exigência: a cadeia das mulheres deve ser separada da dos homens, *a fim de não perigar a sua honestidade*¹⁶⁶. Na proposta de reforma de Mello Freire, mandam-se internar as mulheres adúlteras nas casas de correção e conventos¹⁶⁷. Em suma, só por de grave delito eram encarceradas¹⁶⁸. A condição social não era menos relevante que o género. Sendo acusadas *mulheres fidalgas e nobres*, por delitos e casos graves, *costumava* o rei mandá-las entregar à guarda de meirinhos ou de *peessoas honradas*. As cadeias públicas pareciam assim reservadas às mulheres de *pouca sorte e qualidade*.

Rui Gonçalves propõe que a solução passasse a ser consagrada em lei, de forma a evitar a *vexação e trabalho*, atendendo à

¹⁶⁶ *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Capítulo VIII (*Da Prisão*), nota 150 ao §LXV, p.73.

¹⁶⁷ Mello Freire, *Codigo Criminal intentado...*, Título XI (*Dos adúlteros*), § 4, p.19: «(...) será reclusa em um convento ou casa de correcção para sempre, segundo a sua qualidade, e aí sustentada pelo marido, para o que se lhe julgarão alimentos, e não se lhe consentirá que fale com pessoa de fora, por mais chegada e conjunta que seja em parentesco, sem licença por escrito de seu marido.». Estas normas são qualificadas por Eduardo Correia como curiosas; *vd.* “Estudos sobre a evolução das penas no direito português”, p.70.

¹⁶⁸ “Instituições de Direito Civil Português”, Livro II (*Do Direito das Pessoas*), §XIII, p.145.

dificuldade em obter provisão especial, particularmente em lugares remotos¹⁶⁹.

Referenciando o Aviso de 18 de setembro de 1778, Manuel Fernandes Thomaz lembra no seu *Repertório* que a Casa de Correção da Corte não foi estabelecida em geral para as *mulheres criminosas*, mas somente para aquelas que eram de *costumes menos regulares*¹⁷⁰.

b. De acordo com as Ordenações¹⁷¹, não eram em regra presas por *dívidas de cousa civil* as mulheres *honradas e que vivem honestamente*, ainda que a dívida fosse privilegiada¹⁷².

¹⁶⁹Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa* 23, *Carcerari*, pp.53 e 54: «Contudo seria muito grande favor do género feminino haver lei: que as mulheres nobres, fidalgas e honradas, e moças honestas, e recolhidas, de certa qualidade para cima: sendo acusadas por feito crime sejam entregues a pessoas honestas para as terem em guarda, ou a seus parentes honrados e de crédito com fiança segura, pela grande afronta que recebem sendo presas em cadeias públicas, nas quais comumente estão mulheres de pouca sorte e qualidade.».

¹⁷⁰ *Repertório Geral, ou Indice Alphabeticco...*, Tomo II, 566, p.79.

¹⁷¹ O.F. L.III, T.31, §4: «E isto, que acima dito é, que deve ser preso, não se entenderá nas mulheres, por quanto por dívidas cíveis, ainda que nelas condenadas, não podem ser presas»; L.IV, T. 76, § 6: «Porém, as mulheres não serão presas por dívidas cíveis, posto que sejam condenadas por sentença, salvo sendo mulheres solteiras públicas, porque estas tais poderão ser presas, por dívidas cíveis, não sendo alugueres de vestidos, e jóias, que alugam na cidade de Lisboa, porque pelos ditos alugueres não serão presas». *Vd. Mello Freire, "Instituições de Direito Civil Português...*, Livro II (*Do Direito das Pessoas*), §XIII, p.145.

¹⁷² Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa* 22, *Carcerari*, pp.51 e 52.

Esta prerrogativa do *género feminino* beneficiava somente a mulher *honesta e continente, que vivia pública e castamente*. A opinião comum dos doutores defendia a prisão das mulheres *desonestas e que vivem desonestamente*. Exceto quando eram casadas. O direito nacional eliminou, contudo, esta limitação. Rui Gonçalves manifesta a sua concordância: *menos privilégio & favor merece a mulher casada desonesta, que a solteira dissoluta*¹⁷³. Entendia-se aliás em geral que os privilégios outorgados pela lei às mulheres casadas eram circunscritos às que viviam *honestamente*. E próprio texto das Ordenações excepcionava ao privilégio as *solteiras públicas*.

Esta prerrogativa, que seria alargada na segunda metade do século XVIII a todos os devedores de boa fé¹⁷⁴, é delimitada por Lopes Ferreira: a mulher era presa por *dívidas cíveis* que *descendessem* de malefícios ou crimes¹⁷⁵. E, do mesmo modo, a mulher condenada a pena pecuniária por crime particular¹⁷⁶.

¹⁷³ *Idem*, p.52.

¹⁷⁴ *Vd.* Lei de 20 de junho de 1774, §19; Assento de 18 de agosto de 1774; e Mello Freire, “Instituições de Direito Civil Português”, Título XIII (*Do Comércio*), nota ao §XIII, p.70.

¹⁷⁵ Manuel Lopes Ferreira, *Pratica Criminal...*, Tomo IV, Capítulo VIII (*De que modo se deve fazer a execução nos bens dos condenados em pena pecuniária, imposta por qualquer delito*), 4, p.540: «(...) também a mulher por dívidas cíveis, que descendam de malefícios, deve ser presa; para as pagar: sem embargo do privilégio geral, que tem para não ser presa por dívidas cíveis (...)».

¹⁷⁶ *Idem*, *maxime*7, p.540: «(...) E a nossa conclusão acima, em que afirmamos, que o Réu deve pagar da cadeia a condenação pecuniária, se deve ampliar. Primo no caso de crime particular, e não público, quando alguém culpado nele, for condenado em pena pecuniária, porque também esta de prisão deve ser paga (...) Secundo se amplia,

c. Em França, a prisão destinada às mulheres havia sido introduzida em 1724 para servir de substituição às galés e à pena de desterro perpétuo para fora do Reino, a que não podiam ser condenadas em virtude da decência devida ao seu sexo (*à cause de la décence due à leur sexe*)¹⁷⁷.

Referindo-se à prisão enquanto lugar, Muyart de Vouglans explica que a pena já não se executava nos recintos fechados que existiam nos tribunais, mas em fortes e castelos, para os homens, e num *hôpital-général* e em conventos com clausura, para as mulheres¹⁷⁸.

Pastoret observa que a reclusão (numa *maison de force*) se aplicava às mulheres como as galés aos homens¹⁷⁹. Recomenda quanto à privação da liberdade uma clausura laboriosa e sem tormentos¹⁸⁰.

na mulher que cometer o tal delito, e for condenada em pena de dinheiro; porque esta tal condenação deve pagar da cadeia, e é costume já observado (...).

¹⁷⁷ Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo, Título IV, Capítulo III, §3 (*Reclusion dans une Maison de Force*), 1, p.66.

¹⁷⁸ *Idem*, § 4 (*De la Prison perpétuelle*), 3, p.67: «(...) il faut remarquer (...) suivant l'usage actuel de tous les tribunaux, soit ordinaires, soit militaires, (à l'exception seulement des tribunaux ecclésiastiques) cette peine ne s'ordonne & ne exécute plus dans ces lieux connus proprement sous le nom de *prison*, qui se trouvent enclavés dans l'enceinte des tribunaux même qui la prononcent; mais dans les forts ou châteaux, & autres maisons de force, qui sont destinés pour la prison des hommes; comme l'hôpital-général, ou les convents cloîtrés, pour les femmes».

¹⁷⁹ Pastoret, *Des Loix Pénales*, Tomo I, Parte II, Capítulo II (*Des peines corporelles non capitales, et des peines afflictives*), Artigo VII (*Des maisons de force*), p.111.

¹⁸⁰ *Idem*, Parte III, Capítulo VII (*Rapports physiques*), Artigo I (*Rapports de la peine avec le sexe de l'accusé*), p. 144: «(...) en les privant de la liberté, une clôture laborieuse mais sans tormentos (...).

Defende o melhoramento da sorte dos prisioneiros e identifica como critérios que podem inspirar a doçura e a humanidade da prisão: o sexo do acusado, a idade e a posição social¹⁸¹.

Pereira e Sousa¹⁸² lembra que a Leopoldina¹⁸³ pune o lenocínio, em caso de reincidência, com trabalhos públicos para os homens e as mulheres, com prisão (*ergastolo*). A pena de morte, a cuja abolição procede, é em geral substituída pela pena de trabalhos públicos para os homens e pela pena de prisão perpétua para as mulheres (*ergastolo parimente a vita*)¹⁸⁴.

O Código penal de 1852 não permite *em caso algum* a aplicação da pena de trabalhos públicos às mulheres, determinando a sua substituição pela pena de prisão, com ou sem trabalho. Explica Levy Maria Jordão *a razão disto: além de ser impossível o cumprimento da pena, seria bárbaro*¹⁸⁵.

d. Quando o preso fugia ou quebrava a cadeia, considerava-se o delito provado, sendo punido como se tivesse confessado. Exceto se tivesse fugido para cumprir algum voto e regressasse por sua vontade, de acordo com a opinião dos doutores.

¹⁸¹ *Idem*, Parte II, Capítulo II, Artigo VI (*De la prison*), p.108.

¹⁸² *La Riforma Penale di Pietro Leopoldo*, §CI.

¹⁸³ Pereira e Sousa, *Classes dos Crimes...*, Secção II, Género I, Classe III, Espécie VIII (*Lenocínio*), §6, p.228.

¹⁸⁴ Levy Maria Jordão, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, Tomo I, comentário ao Artigo 72.º, p.173.

¹⁸⁵ Rui Gonçalves, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem...*, *Prerrogativa 62, Fuga*, p.80.

As mulheres podiam, contudo, fugir livremente da cadeia, para conservarem a sua *prudência e castidade*, se temessem serem nela ofendidas pelo carcereiro ou por outra pessoa. Fossem *honestas e honradas* ou *incontinentes*, de modo a que não se contaminassem as cadeias¹⁸⁶.

e. As mulheres daqueles que podiam ser presos em sua homenagem gozavam do mesmo direito. Com efeito, as Ordenações admitem a prisão *sobre sua homenagem*¹⁸⁷: dos fidalgos; dos desembargadores; dos cavaleiros; dos doutores em leis, cânones e medicina; dos escrivães da Real Câmara; e dos seus filhos e mulheres, *enquanto com eles forem casadas ou se conservem em honesta viuvez*. Escreve também Lopes Ferreira que a pessoa a quem se devia dar homenagem não era metida na prisão pública, mas na de sua casa até pagar a pena pecuniária a que tivesse sido condenada. A mulher – ainda que não fosse *nobre por geração* – beneficiava dos privilégios e nobreza do seu marido. Mesmo depois de viúva, enquanto não casasse novamente¹⁸⁸. Ou enquanto levasse *vida honesta*¹⁸⁹. A mulher gozava da nobreza e

¹⁸⁶ O.F. L. V, T. 120, pr. *Vd.* Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo X, § LXXV, p.86.

¹⁸⁷ Manuel Lopes Ferreira, *Pratica Criminal...*, Tomo IV, Capítulo VIII (*De que modo se deve fazer a execução nos bens dos condenados em pena pecuniária, imposta por qualquer delicto*), 12, p.541.

¹⁸⁸ Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português”, Título XV (*Do réu preso sob homenagem ou com fiador*), §III (*A quem é concedida*), p.111.

¹⁸⁹ Brissot de Warville, *Théorie des Loix Criminelles*, Tomo I, Capítulo II (*Tableau correspondante des crimes & des peines*), Secção II (*Principes préliminaires sur les peines*), p.188: «(...) Heureux le peuple où le sentiment d’honneur peut être l’unique loi! Il n’a presque

privilégios do seu marido. Eis, portanto, que uma situação de vantagem penal se lhe comunica. O género implica também um estatuto por inerência.

§6. As penas infamantes

a. A infâmia - o *códigopenal* dos povos felizes, que podem prescindir do arsenal dos suplícios¹⁹⁰ - toca indiferentemente homens e mulheres. *Todas* lhes são aplicáveis, recorda Pastoret¹⁹¹.

Não é sequer o humanitarismo que duvida da utilidade ou da justiça das penas infamantes. Mello Freire discorda da abolição da pena de infâmia proposta por alguns – *pelos seus bons efeitos*¹⁹². Filangieri declara com uma modernidade aterradora a sua confiança preventiva no medo da infâmia ou na *perda do direito à opinião pública: que efeito prodigioso*

pas besoin de législation: l'infamie, voilà son code pénal; & ce resort bien plus énergique qu'ailleurs l'appareil des supplices les plus cruels (...)».

¹⁹⁰ Pastoret, *Des Loix Pénales*, Tomo II, Terceira Parte, Capítulo VII (*Rapports physiques*), Artigo I (*Rapports de la peine avec le sexe de l'accusé*), p. 144 : «On a conservé pour elles toutes les peines infamantes (...)».

¹⁹¹ Nas *Provas ao Ensaio do Código criminal...*, pondera: «Tenho para mim que esta pena se não deve inteiramente abolir como alguém quer, pelos bons efeitos que ela produz; não deve, porém, prodigalizar-se e muito menos deixar-se ao arbítrio do juiz.» (*Provas...*, *Ao Título IV*, pp.239 e 240).

¹⁹² *Oeuvres de G. Filangieri*, Tomo II, *La Science de la Législation*, Livro Terceiro (*Des Lois Criminelles*), Segunda Parte (*Des délits et des peines*), Capítulo VII (*Des peines d'infamie*), p.19.

*pode ter a opinião pública quando é bem dirigida*¹⁹³!... As penas infamantes são vistas como moeda de troca da moderação dos castigos corporais. Encontramo-nos por isso sobretudo com a defesa de meros ajustamentos, decorrentes da reflexão individual, favorecida pelo ambiente reformista.

Assim, Lardizabal y Uribe condena a prática do seu tempo que fazia levar as mulheres desnudadas da cintura para cima porque *ofende a modéstia*¹⁹⁴.

Thorillon não questiona as marcas no corpo, quer para os homens, quer para as mulheres. Defende a execução em público – *l'exemple, l'exemple, est la véritable leçon*¹⁹⁵... Mas limita-as às penas perpétuas¹⁹⁶.

¹⁹³ Discurso sobre las penas..., Capítulo V (De los diversos géneros que hay de penas, y de quales puede usarse, ó no, con utilidad y conveniencia de la república), § III (De las penas corporales), Azotes, 11, p.196: «Creo también muy digna de reforma la práctica que actualmente hay, cuando se sacan las mujeres a la vergüenza de llevarlas desnudas de medio cuerpo arriba con los pechos descubiertos, lo que ciertamente ofende la modestia, y he visto causar este efecto aun en las gentes del bajo pueblo. En algunas partes van cubiertas por delante, dejándoles solamente descubiertas las espaldas, lo que es más conforme a la decencia, y por otra parte no se disminuye nada la pena de la vergüenza».

¹⁹⁴ Thorillon, *Idées sur les Loix Criminelles*, Tomo I, Título I (*Des Peines attachés aux Crimes & Délits*), § IV (*Des Loix relatives aux différens genres de peines*), Art.101 (*Flétrissure*), pp.291 e292.

¹⁹⁵ *Idem*, Art.100 (*Travaux publics, Réclusion*), p.291; e Art.111 (*Prisons, Cachots, Galères, Infamies, &c.*), p.305.

¹⁹⁶ Guilherme Braga da Cruz, “O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal...”, p.444, nota 1.

A regra de ouro exige adequação das punições ao crime e é enunciada, de forma *inteiramente original*¹⁹⁷, por Beccaria: se o legislador declara *infâmes ações por si mesmas indiferentes diminuir a infâmia das ações que o são verdadeiramente*¹⁹⁸.

b. Este alinhamento das punições infamantes bem se pode supor mais aparente que real. A reputação – a fama ou a infâmia – não depende somente do direito. Anterior à prática de qualquer delito e correspondente à mera imersão ou pertença a um determinado grupo social, apresenta-se simultaneamente como uma consequência e como uma causa da punição¹⁹⁹. O princípio subjacente nas Ordenações associa pessoa vil e pena vil. Ou seja, as penas vis – ou, pelo menos, as suas formas mais infamantes – são cominadas às pessoas vis²⁰⁰. A vileza irradiava aliás em múltiplos domínios. Por exemplo, as meretrizes enquanto *infâmes* eram por direito testemunhas defeituosas²⁰¹.

¹⁹⁷ Beccaria, *Dos delitos e das penas...*, § XXIII (*Infâmia*), p.108.

¹⁹⁸ Sobre as funções probatórias e punitivas da fama e da infâmia *de facto* vd. António Manuel de Almeida Costa, *O Registo Criminal...*, *passim*.

¹⁹⁹ Esta associação é denunciada nas fórmulas da lei. L.V, T.30, §14: «(...) se forem pessoas vis, o Juiz lhes mande dar trinta açoutes (...)»; T.42, §4: «(...) se for pessoa vil, seja preso, e açoutado publicamente pela Vila (...)».

²⁰⁰ À semelhança dos banidos, falidos de má fé, ébrios habituais, e dos jogadores por ofício ou tafuis. Vd. *Primeiras linhas ao processo criminal*, nota 359 ao §CLXXXVII do Capítulo XXVI (*Das Testemunhas*), pp.148 e 149; e O.F. L. IV, T.90, §1: «(...) vil e torpe, e de maus costumes, por ser bêbado, taful, ou de outra semelhante torpeza. (...)». A edição de Cândido Mendes de Almeida completa a exemplificação legal mencionado as meretrizes (nota 6, p.935).

²⁰¹ Basílio Alberto de Sousa Pinto, *Lições de direito criminal...*, p.88.

A razão última do afastamento das penas infamantes não seria por isso a sua falta de humanidade, mas o facto de não serem controladas pelo legislador. Assim o constataria Basílio de Sousa Pinto, comentando o manual de Mello Freire: *os criminalistas pronunciam-se contra as penas infamantes porque a infâmia é filha da opinião pública, e não da vontade do legislador*²⁰². Como observara Filangieri, não era a lei que estabelecia a infâmia; apenas a declarava²⁰³.

Compreendem-se deste modo escolhas do legislador que, de forma elíptica, tentam instrumentalizar mecanismos sociais que atuam sobre a reputação de forma diferenciada, consoante as condutas sejam praticadas por homens ou por mulheres.

Bentham, quando tece a sua apreciação crítica sobre as penas que *tocam* ou *magoam a honra*, exemplifica um desses recursos *indiretos* do legislador. Se uma mulher sai à rua a partir de certa hora, presume-se que sai para *mau fim*. Condescende que o *enlace* entre os dois delitos é meramente *aparente*²⁰⁴. O legislador *transfere para um delito a medida de censura que pertence a outro*, ou seja, *reputa um delito como prova de outros*²⁰⁵. E comenta, de forma desassombrada: *é verdade que a este respeito a opinião pública não se embaraça muito com as provas; os homens têm uma facilidade*

²⁰² Filangieri, *Oeuvres de G. Filangieri*, Tomo II, *La Science de la Législation*, Livro Terceiro (*Des Lois Criminelles*), Segunda Parte (*Des délits et des peines*), Capítulo VII (*Des peines d'infamie*), p.22: «Ce n'est donc pas la loi qui établie l'infamie; elle ne peut faire autre chose que la déclarer».

²⁰³ *Theoria das Penas Legaes...*, Livro III, Capítulo III, p.245.

²⁰⁴ *Idem*, p. 244.

²⁰⁵ *Idem*, p.245.

*prodigiosa para acreditar o mal, de sorte que basta uma ligação superficial para se admitir como uma presunção suficiente*²⁰⁶.

No subsolo da constatação formal que declara serem as penas infamantes aplicáveis independentemente do género, encontramos uma específica fragilidade da reputação feminina.

§7. O confisco

Eivando o seu comentário de legalismo, Pereira e Sousa ensina que a pena de confiscação, pronunciada *pelas leis* contra os réus de algum delito, podia ser mais ou menos extensa, de acordo com a natureza do delito²⁰⁵. A pena de confisco não gravitava cegamente em torno do Fisco. Já então, encontrava-se limitada pela proteção dos interesses dos herdeiros e do cônjuge mulher²⁰⁶.

Entre nós, ficavam excetuados da pena de confisco de bens²⁰⁷ a meação da mulher ou o dote. Mesmo no crime de lesa-

²⁰⁶ Segundo a «máxima geral» estabelecida no direito francês, o confisco não impedia os direitos dos credores, entre os quais estavam compreendidos os maridos, quanto aos bens comuns («conquêts de communauté»); as mulheres, quanto ao dote («dot»); e os filhos, quanto à sua herança («douaire»). *Vd.* Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo, Título IV, Capítulo 6, §1, 5, p.74; Loisel, *Institutes...*, Livro VI, Título II, max. 25, 26 e 27 (pp.153 e 154); e Jousse, *Traité de la justice criminelle de France...*, Primeira Parte, Título III, 195 e 196, pp.106 e107.

²⁰⁷ José Caetano Pereira e Sousa, *Classes dos Crimes...*, Secção II, Género I, Classe I, Espécie I (*Crimes contra o Estado*), N^oI (*Alta traição. Lesa Magestade*), §9, p.41: «Só tem lugar depois de deduzidas as dívidas e o dote ou a meação da mulher»; e *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XXXIX, §CCXCV, nota 531, p.216: «Sendo a

majestade de primeira cabeça²⁰⁸. A solução das Ordenações foi preservada no *Código criminal intentado* de Mello Freire²⁰⁹.

V. NOTA FINAL

a. O estudo histórico da associação entre crime e gênero²¹⁰ constitui um empreendimento multidisciplinar de inegável complexidade. A diversidade de disciplinas (v.g. história, direito, criminologia, filosofia) convoca, por sua vez, uma pluralidade de metodologias: análises qualitativas (v.g. *case studies*) e análises

pena de confisco de bens, ficam exceptuadas deste. I. A meação da mulher, ou o dote. Ord. 1.5. tit.6. §.20».

²⁰⁸ O.F. L.V, T.6, §20: «E sendo casado o que o dito crime cometer, se for per carta de a metade segundo costume do Reino, haverá a mulher toda sua metade em salvo.

E se for per dote e arras, haverá todo seu dote e suas arras ao tempo, que forem vencidas, e tudo o que houver de haver per bem de seu contrato dotal, sem embargo da maldade pelo marido, salvo se ela houvesse participado no dito crime».

²⁰⁹ *Código criminal intentado...*, Título XIII (*Do crime de alta traição*), §24, p.31: «Na sentença se mandará restituir à mulher o seu dote, e as suas arras, ou a sua meação, tendo casado por carta de metade, ou na forma do costume do reino, e não havendo participado no crime do marido». No crime de lesa-majestade, o confisco não seguia contudo esta máxima. Loisel, *Institutes...*, Livro VI, Título II, max. 21, p.153: «(...) leze-Majesté, où le Roy prend tout (...); e Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France...*, Livro Segundo, Título IV, Capítulo 6, § 1, 5, p.74.

²¹⁰ Vd. Paul Knepper e Anja Johansen, *The Oxford Handbook of the History of Crime and Criminal Justice*, e a bibliografia aí referenciada.

quantitativas (v.g. estatísticas). A vertigem dos números ficou tão em voga que faz, ainda hoje, perder de vista fontes ou instrumentos de trabalho mais convencionais. A história das normas jurídico-penais vigentes em cada época concorre de forma decisiva para aquele empreendimento. Elas são o reflexo dos papéis atribuídos às mulheres, dos valores dominantes na sociedade ou simplesmente o testemunho da mensagem que o poder envia aos seus destinatários, no caso das leis. Toda a norma jurídica, mesmo sem aplicabilidade ou efetividade, deixa a sua marca indelével na sociedade. Tratando-se de normas de origem consuetudinária, como sucede com algumas práticas dos tribunais (v.g. estilo judicial) ou elementos translaticios da doutrina, têm subjacente uma combinação de reiteração comportamental e convicção de obrigatoriedade que são a prova da sua genuinidade e da sua aderência à realidade. Em épocas dominadas pela estabilidade do ordenamento jurídico e pela adoção de um *ius commune* será muito difícil aceitar que essas normas vigentes integram uma realidade meramente virtual.

b. A ordem jurídica do *ancien régime* é alicerçada na convicção de que a atribuição de um estatuto jurídico diferenciado à mulher não é uma construção ou invenção (e, menos ainda, uma construção masculina), mas a expressão da natureza ou o puro reconhecimento de diferenças naturais. Neste como em outros domínios, o direito encontra-se *naturalizado*. A diferença em função do sexo não é apresentada como artifício, nem como artefacto do poder.

Analisámos as especificidades da punição porque é aí que acreditamos residir a *gender difference* na época em que vigoraram as Ordenações Filipinas, mas a especificidade feminina do

direito penal pode conhecer outros *loci*, como o dolo ou a imputabilidade. A mulher criminosa pode ser vista como tonta, má ou louca...

A atenção colocada na punição desloca um foco habitual de análise, a mulher enquanto vítima. No passado como nos nossos dias, o crime apresenta-se como uma realidade essencialmente masculina. Se hoje constamos, por exemplo, números muito díspares quanto aos homens e mulheres que se encontram nas cadeias, a historiografia refere-se ao fenómeno da *vanishing female*. Esta invisibilidade não se verifica nas normas penais. As incriminações são, *grosso modo*, definidas independentemente do sexo, mas não assim a determinação legal e concreta da punição, ao ponto de se definir um verdadeiro princípio de leniência (*favor sexus*).

Critérios mais finos, que também afloram nas normas, permitirão relativizar esta invisibilidade e a suavização das punições das mulheres. Maior ausência (menos acusadas, menos condenadas, menos punidas) ou leniência não significa inexistência de controlo social. Os mecanismos informais de punição podem explicar a sua ausência na prisão, mas a sua presença no convento. Então como hoje, a condição social determina um destino diferente para aquelas que já são diferentes. O princípio da atenuação das punições, manifestação de uma benevolência mais geral por parte das várias agências de controlo (*chivalry theory*) estaria vocacionado para a *mulher honesta* e respeitável. As mais pobres e vulneráveis não deixam de ser encontradas nas prisões e casas de trabalho. Os crimes mais graves ou *atroz*es configuram, de certo modo, uma negação da feminilidade e fazem desaparecer o tratamento de favor. Em relação a alguns crimes,

como o adultério, as mulheres são vítimas de *double standards* e punidas mais severamente que os homens.

c. *Imbecillitas sexus, infirmitas consilii, animi levitas*. Imperfeição, fragilidade, inconstância. Nada neste argumentário masculino parece suscetível de deixar feliz o objeto de estudo. Se, numa primeira fase, os homens são vítimas da sua perfeição e as mulheres castigadas com a benevolência; por fim, gradualmente, a igualdade permitirá às mulheres conquistar o direito a perder um tratamento de favor.

REFERÊNCIAS

Aquino, Santo Tomás de, *Suma de Teologia*, B.A.C., Volumes I-V, Madrid, 2002. Beccaria, Cesare, *Dos delitos e das penas* (tradução de José de Faria Costa), Lisboa, 1998.

Bentham, Jeremy, *Tradução das Obras Políticas do Sabio Jurisconsulto Jeremias Bentham*, Tomo I. *Theoria das Penas Legaes* e Tomo II. *Theoria dos Prémios Legaes*, Lisboa, 1822.

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England* (facsimile da 1ª edição de 1765-1769), Volumes I-IV, Chicago/Londres, 1992.

Bodin, Jean, *Lessix livres de la Republique*, Lyon, 1579.

Braga da Cruz, Guilherme, “O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte” in *Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do*

Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. Comunicações, 2, Coimbra, 1967, pp. 423-557.

Cabral, António Vanguerve, *Epilogo juridico de varios casos civeis, e crimes*, Lisboa, 1729.

Cabral, António Vanguerve, Pratica Judicial, muyto util, e necessaria para os que principiaõ os officios de julgar, & advogar, & para todos os que sollicitaõ causas nos Auditorios de hum, e outro foro, Coimbra, 1730.

Caminha, Gregório Martins, *Tratado da Forma dos Libellos*, Coimbra, 1731.

Carbasse, Jean-Marie, *Histoire du Droit Pénal et de la justice criminelle*, Paris, 2000.

Código Penal aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852, Lisboa, 1855.

Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Décima-quarta edição. Segundo a primeira de 1603, e a nona de Coimbra 1824, Quinto Livro das Ordenações, Rio de Janeiro, 1879.

Collecção chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação, e do Civel, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1791.

Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte II. Da Legislação Moderna, Tom. II de LL., Alvv., etc. (Que compreende os Reinados dos Senhores D. Affonso VI, D. Pedro II, e D. João V), Coimbra, 1819.

Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte II. Da Legislação Moderna, Tom. III de LL., Alvv., etc. (Que compreende o Reinado do Senhor D. José I. até o anno de 1756 inclusivamente), Coimbra, 1819.

Correia, Eduardo, “Estudos sobre a evolução das penas no direito português” separata do Volume LIII do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 1979.

Costa, António Manuel de Almeida, *O Registo Criminal. História. Direito Comparado. Análise político-criminal do instituto*, Coimbra, 1983.

Delgado da Silva, Antonio, *Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1763 a 1774*, Lisboa, 1858.

Delgado da Silva, António, *Collecção de Decretos e Regulamentos mandados publicar por Sua Magestade Imperial o Regente do Reino desde que assumiu a Regencia em 3 de Março de 1832 até á sua entrada em Lisboa em 28 de Julho de 1833, Segunda Série*, Lisboa, 1836.

Delgado da Silva, António, *Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1750 a 1762*, Lisboa, 1830.

Delgado da Silva, António, *Collecção da Legislação Portuguesa desde a Ultima Compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1775 a 1790*, Lisboa, 1828.

Delgado da Silva, António, *Collecção Official da Legislação Portuguesa desde a Última Compilação das Ordenações, Legislação de 1802 a 1810*, Lisboa, 1826.

Ferriere, Claude-Joseph de, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Tomos I e II, Paris, 1758.

Figueiredo, José Anastásio de, *Synopsis Chronologica de Subsídios ainda os mais raros para a História e Estudo Crítico da Legislação Portuguesa*, Tomo I (*Desde 1143 Até 1549*); e Tomo II (*Desde 1550 Até 1603*), Lisboa, 1790.

Filangieri, Gaetano, *Oeuvres de G. Filangieri* (tradução acompanhada do comentário de Benjamim Constant), Tomos I-III, Paris, 1840.

Gaio, *Instituições. Direito Privado Romano* (tradução, introdução e notas de J. A. Segurado e Campos), Lisboa, 2010.

Gonçalves, Luiz da Cunha, “Terminologia jurídica das Ordenações” in *Memórias da Academia das Ciências de Lisboa. Classe de Letras*, Tomo III, Lisboa, 1938.

Gonçalves, Rui, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero feminino tem por direito comum & ordenações do Reyno mais que ho genero masculino*, Lisboa, 1557.

Goncourt, Jules e Edmond de, *La femme au XVIII^e siècle*, Paris, 1887.

Graziosi, Marina, “Infirmas sexus: la donna nell’immaginario penalistico”, *Democrazia e Diritto*, 2, 1993, pp.99-143.

Hespanha, António Manuel, “O estatuto jurídico da mulher na época da expansão” in *O Rosto Feminino na Expansão Portuguesa*. Actas I, Lisboa, 1995, pp.53-64.

Imbert, Jean, e Georges Levasseur, *Le pouvoir, les juges et les bourreaux. 25 siècles de repression*, s.l., 1972.

Instructions adressées par Sa Majesté L’Impératrice de toutes les Russies A la Comission établie pour travailler à l’exécution du projet d’un NOUVEAU CODE DE LOIS, São Petersburgo, 1769.

Jordão, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, Tomo I, Lisboa, 1853.

Jousse, Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Tomos I-IV, Paris, 1771.

Knepper, Paul e Johansen, Anja (eds.), *The Oxford Handbook of the History of Crime and Criminal Justice*, New York, 2016.

Laingui, André, e Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Volumes I (*Le droit pénal*) e II (*La procédure criminelle*), Paris, s.d.

Laingui, André, *La responsabilité pénale dans l'Ancien Droit (XVI-XVIII siècle)*, Paris, 1970.

Lardizabal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782.

Lebigre, Arlette, “Imbecillitas sexus” in *Histoire de la Justice*, Nº5, 1992, pp.35-51.

Loisel, Antoine, *Institutes Coustumieres, ou manuel de plusieurs et diverses Reigles, Sentences, & Proverbes, tant anciens que modernes, du Droit Coustumier & plus ordinaire de la France*, Paris, 1637.

Lopes Ferreira, Manuel, *Pratica Criminal expendida na forma da praxe observada neste nosso Reyno de Portugal, e illustrada com muitas Ordenaçoes, Leys Extravagantes, Regimentos, e Doutores*, Porto, 1767.

Mello Freire (dos Reis), Pascoal José de, *Ensaio do Codigo criminal*, Lisboa, 1823.

Mello Freire (dos Reis), Pascoal José, “Instituições de Direito Criminal Português” (tradução de Miguel Pinto de Meneses), *Boletim do Ministério da Justiça*, Nºs 155 e 156 (1966).

Mello Freire (dos Reis), Pascoal José, “Instituições de Direito Civil Português tanto público como particular” (tradução de Miguel Pinto

de Meneses), *Boletim do Ministério da Justiça*, Nºs 161-166, 168 e 170-171 (1967).

Mello Freire (dos Reis), Pascoal José, *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas*, Coimbra, 1844.

Merlin, Philippe-Antoine, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tomo IV, Paris, 1812.

Montesquieu, *Do espírito das leis*, Lisboa, 2017.

Montesquieu (prefácio, notas e índice de André Lefèbre), *Lettres persanes*, Tomos I e II, Paris, 1873.

Muyart de Vouglans, Pierre-François, *Institutes au Droit Criminel ou Principes Généraux sur ces Matières, suivant le Droit Civil, Canonique, et la Jurisprudence du Royaume*, Paris, 1757.

Muyart de Vouglans, Pierre-François, *Les loix criminelles de France*, Tomos I e II, Paris, 1781.

Ordenações, e Leys do Reyno de Portugal, Confirmadas, e estabelecidas pelo Senhor D. João IV. Novamente impressas, e acrescentadas com três Collecções; a primeira, de Leys Extravagantes; a segunda, de Decretos, e Cartas; e a terceira, de Assentos da Casa da Suplicação, e Relação do Porto, Por Mandado do muito Alto e Poderoso Rey D. João V. Nosso Senhor. Livro Quinto, Lisboa, 1747.

Ortego Gil, Pedro, “Frágiles y sagaces: notas sobre dolo y punición de la mujeres en la Edad Moderna ” in *Mujeres y derecho. Una perspectiva histórico-jurídica*, Barcelona, 2015, pp.187-262.

Pastoret, M. de (Emmanuel), *Des loix pénales*, Tomos I e II, Paris, 1790.

Pereira e Sousa, Joaquim José Caetano, *Classes dos crimes, por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação atual*, Coimbra, 1803.

Pereira e Sousa, Joaquim José Caetano, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Lisboa, 1820.

Portemer, Jean, “La femme dans la législation royale des deux derniers siècles de l’Ancien Régime” in *Études d’Histoire du Droit Privé offertes à Pierre Petot*, Paris, 1959.

Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions, Volume XI. *La Femme. Première partie* e Volume XII. *La Femme. Deuxième partie*, Bruxelles, 1959 e 1962.

Recueils de la Société Jean Bodin, Volume LVII. *La Peine/Punishment, Troisième partie/Third Part. Europe depuis le XVIII^e siècle/Europe since the 18th century*, Bruxelles, 1989.

Ribeiro, João Pedro, *Dissertações Chronologicas e Criticas sobre a Historia e Jurisprudencia Ecclesiastica e Civil de Portugal publicadas por ordem da Academia Real das Sciencias de Lisboa, Tomo IV-Parte II, Appendice II (Palavras que se achão no Codigo Filipino, ou já antiquadas no fim do Seculo XVI, em que se*

concuio o mesmo Codigo, ou que já então admittião significação diversa da que lhe correspondia nas fontes de que forão transcriptas), Lisboa, 1867.

Ribeiro, João Pedro, *Indice Chronologico Remissivo da Legislação Portugueza Posterior à Publicação do Codigo Filippino com um Appendice, Parte I (Desde a mesma publicação até o fim do reinado do Senhor D. João V)*, Lisboa, 1805.

Rousseaud de La Combe, Guy, *Traité des matièrès criminelles, suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670: & les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Réglemens intervenus jusqu'à présent*, Paris, 1768.

Santos Justo, A., *Breviário de Direito Romano Privado Romano*, Coimbra, 2010.

Sousa Pinto, Basílio Alberto de, *Lições de direito criminal feitas no ano lectivo de 1844 a 1845, redigidas segundo as prelecções do Illustrissimo Senhor Basílio Alberto de Sousa Pinto, e adaptadas ás Instituições de Direito Criminal Portuguez do Senhor Paschoal José de Mello Freire*, Coimbra, 1845.

Supplemento à Collecção de Legislação Portugueza do Desembargador Antonio Delgado da Silva. Pelo mesmo. Anno de 1791 a 1820, Lisboa, 1866.

Thomaz, Manuel Fernandes, *Repertório Geral, ou Indice Alphabetico das Leis Extravagantes do Reino de Portugal, Publicadas depois das Ordenações, comprehendendo tambem algumas anteriores, que se achão em observancia*; Tomo I (A-I) e Tomo II (J-Z), Lisboa, 1815 e 1819.

Thorillon, *Idées sur les Loix Criminelles*, Tomos I e II, Paris, 1788.

Tiraqueau, *Le “De Poenis Temperandis” de Tiraqueau (1559)* [Introdução, tradução e notas de André Laingui], Paris, 1986.

Tomás y Valiente, Francisco, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta* (siglos XVI, XVII y XVIII), Madrid, 1992.

Viterbo, Fr. Joaquim de Santa Rosa de, *Elucidário das palavras, Termos e Frases*, Volume I e II, Porto, 1984.

Voltaire, *Oeuvres Complètes de Voltaire*, Tomos XVIII e XXVI, Paris, 1876 e 1893.

Zuliani, Dário, *La Leopoldina. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo. La Riforma Penale di Pietro Leopoldo*, Volumes I e II, Milão, 1995.