

VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS MANIFESTAÇÕES DO PATRIARCADO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: o discurso que legitima a violência contra a mulher

Lenice Kelner¹
Bruna Nogueira da Silva²

RESUMO: A presente pesquisa analisa a legislação brasileira desde as Ordenações Portuguesas, verificando que o fenômeno da violência contra a mulher tem um fator cultural, enraizado através de costumes patriarcais, dispostos historicamente na lei e absorvidos socialmente, que compreendem a mulher como ser subalterno. As manifestações do patriarcado na legislação brasileira são evidentes, por isso o estudo histórico da legislação brasileira é fundamental para entender o discurso que legitimam a mulher em posição de inferioridade e como reforçam uma cultura de violência de gênero feminino. O processo metodológico do artigo embasou-se na pesquisa bibliográfica, com fulcro na doutrina específica do tema, especialmente nas áreas do Direito, História, além de consultas em legislação vigente e revogada.

Palavras-chave: Violência. Gênero. Mulher. Patriarcado. Legislação Brasileira. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The present research analyzes the Brazilian legislation since the Portuguese Ordinances, verifying that the phenomenon of violence against women has a cultural factor, rooted through patriarchal customs, historically disposed in the law and socially absorbed, that understand the woman as a subordinate being. The manifestations of patriarchy in Brazilian legislation are evident, so the historical study of Brazilian legislation is fundamental to understand the discourse that legitimizes women in a position of inferiority and how they reinforce a culture of female gender violence. The methodological process of the article was based on bibliographic research, focusing on the specific doctrine of the theme, especially in the areas of Law, History, in addition to consultations on current and revoked legislation.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atos de violência contra as mulheres se constituem como violações de direitos humanos dispostos em documentos internacionais, assim como, afronta a Constituição da República Federativa do Brasil. Diante dessa realidade há o questionamento sobre como controlar a violência contra o gênero feminino. Nessa perspectiva, um estudo histórico é necessário a fim de conhecer as origens desse tipo de violência, pois se desconhecida a origem da questão, as tentativas de solução tendem a não alcançar um objetivo e por

¹ Pós Doutora em Direito Penal (UERJ). Doutora em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (FURB). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq: Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização -CONSTINTER, e Grupo de Pesquisa CNPq: Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, atuando nas linhas: Cidadania e Direitos Humanos; Dignidade da Pessoa Humana, Atividade Econômica e Controle Penal. Professora titular do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau na Graduação e no Programa de Pós-Graduação (FURB). Advogada. E-mail: lenice.kelner@gmail.com

² Formada no Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). E-mail: brunands97@hotmail.com

consequência, correm o risco de serem meramente simbólicas, o que pode explicar a ineficácia de dispositivos legais. Sendo assim, a primeira manifestação legal aplicada no Brasil, sejam esta as Ordenações Portuguesas, feitas pelo poder de Portugal e pensada para a realidade de Portugal, demonstram as primeiras manifestações de violência contra as mulheres em solo brasileiro, que ocorrem com as mulheres indígenas e as mulheres negras, tidas como escravas de trabalho e sexuais.

Por conseguinte, as primeiras produções legislativas brasileiras, como a primeira Carta Política do Brasil de 1824 e o primeiro Códex Criminal de 1830, se apresentam relevantes para perceber que em um dado momento a violência contra as mulheres recebeu amparo legal, e que, por conseguinte reforçaram padrões misóginos. Além do mais, o estudo das produções legislativas seguintes, como o Código Penal de 1890 e o Código Penal de 1940, são importantes para perceber exclusões e avanços no que se refere a proteção no âmbito legislativo às mulheres ao longo do tempo. Em síntese, a violência contra a mulher é um assunto que atinge toda a sociedade. Vislumbra-se que as mulheres têm suas capacidades constantemente testadas e seus direitos diariamente violados, direitos estes resguardados na Constituição da República Federativa do Brasil. Percebe-se que a lei, por si só, não pode alterar a realidade social, e a legislação brasileira tem uma realidade fruto de uma construção histórica de naturalização da violência e desigualdade de gênero. Assim, as legislações brasileiras não podem violar direitos fundamentais, mas devem ser textos de proteção de direitos à mulher, como a dignidade, a vida, a liberdade e a igualdade.

MANIFESTAÇÕES DO PATRIARCADO NAS ORDENAÇÕES PORTUGUESAS E NA SOCIEDADE

O Reino de Portugal assim como suas colônias eram regidos por leis monárquicas dispostas em livros chamados de Ordenações Portuguesas, e tendo em vista que o Brasil foi colonizado em meados dos anos 1500, foram três as ordenações que vigoraram no país. Assim sendo, as Ordenações Afonsinas redigidas no ano de 1466 e que emanaram efeitos até os anos de 1521, na sequência, as Ordenações Manuelinas que entraram em vigor no ano de 1521 até o ano de 1603, e por último, as Ordenações Filipinas que entraram em vigor no ano de 1603. (WOLKMER, 2012, p.447). De acordo com Antônio Carlos Wolkmer (2012, p. 535) as Ordenações Filipinas foram, das três Ordenações Portuguesas, “a mais

importante”, pois, vigoraram no Brasil, no que se refere as normas relativas ao direito penal, até o Código Criminal de 1830, ou seja, pouco mais de três séculos de aplicação legal. Conseqüentemente, tal ordenação guardava as ordens do monarca português Dom Felipe I, e se dividiam em 5 livros, separados por temas da seguinte forma: Livro I – organização do Poder Judiciário; Livro II – definia as relações do Estado e Igreja; Livro III – Processo Civil; Livro IV – Direito Civil e Direito Comercial; e o Livro V – Direito Penal e Processo Penal. (WOLKMER, 2012, p. 448)

Destarte, o livro V descrevia todas as normas de caráter punitivo que na época regiam a sociedade colonial brasileira, e que também revelavam a misoginia social e a subordinação feminina aos mandos masculinos, a fim de exemplificação cita-se o Título XXXVI, §1º do referido livro, que descreve serem isentos de pena aqueles que castigassem suas mulheres com pau e pedra (INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO, 2017, p. 08). Neste mesmo sentido, preleciona Mary Del Priore (2003) sobre outra forma de violência contra o gênero feminino que ocorria no período colonial:

Diziam as Ordenações Filipinas: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero, fidalgo, desembargador, ou pessoa de maior qualidade”. Assim, enquanto a condição social do parceiro do adultério era levada em conta, a condição social da adúltera não se revestia da menor importância; tanto podia ser morta pelo marido a plebeia como a nobre. (DEL PRIORI, 2003, p. 23)

Portanto, se vê que a questão é consonante com o que expõe Mary Del Priore (2003), ou seja, o homem era sujeito passível de limpar sua honra, em contraponto às mulheres não era reservado esse direito, haja vista que para a sociedade colonial não constituía ofensa à honra feminina o adultério por parte do homem, por considerar ser da essência masculina a virilidade e os instintos sexuais, enquanto para a mulher entendia-se ser extremamente transgressor o adultério, para quem apenas devia ser recatada e obediente ao marido. (DEL PRIORE, 2013, p. 25-27) Ademais, o Título XXXVIII, do Livro V, exprime não ser necessária prova robusta para comprovação do adultério, assim estava no direito de ceifar a vida da mulher aquele que estivesse ancorado em meras desconfianças de traição (INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO, 2017, p. 08). Reconta Mary Del Priore (2013, p.31) a história de João Galvão Freire que foi preso após confessar ter matado sua esposa que se encontrava deitada com o amante na rede de sua

casa, sendo assim, peticionou ao Desembargo do Paço afim de livrar-se da prisão, a resposta revela a condescendência dos Desembargadores da época aos crimes sexistas:

A ocasião em que este [o marido] entrou em casa, os achou ambos, esposa e amante, deitados numa rede, o que era bastante suspeitar a perfídia e o adultério e acender a cólera do suplicante que levado de honra e brio cometeu aquela morta em desafronta sua, julgando-se ofendido. (DEL PRIORI, 2003, p. 31)

Ainda consta expor, que a igreja tinha forte influência social, era ela que expandia, junto com as leis/Estado, os costumes da época, assim era de seu interesse o controle da sexualidade a fim de consolidar e expandir seu poder político. Conforme ressalta Emanuel Araújo, para que isso ocorresse era importante abafar a sexualidade feminina, por meio de costumes misóginos, a fim de conservar o equilíbrio doméstico, a segurança social e as instituições civis e eclesiásticas, neste sentido, a igreja justificava a superioridade masculina nos dizeres “o homem é a cabeça da mulher, como Cristo é a cabeça da igreja” (ARAÚJO, 1997, p. 45-46)

E eram nas relações privadas que os costumes androcêntricos, passados através da igreja e do Estado, tomavam força, pois, com a ideia de que as mulheres não eram detentoras de capacidade e que deveriam se manter puras, estas eram continuamente vigiadas pelos homens da família, sejam estes o pai e irmãos, e depois de casadas eram vigiadas pelo marido (DEL PRIORE, 2003, p. 33). Nesse contexto, Maria Amélia de Almeida Teles cita que “quando tentavam escapar da vigilância masculina eram mortas sem temor de castigo” (TELES, 1993, p. 18). Neste sentido Arilda Inês Miranda Ribeiro expõe sobre a percepção colonial de incapacidade das mulheres “O sexo feminino fazia parte do *imbecilitus sexus*, ou sexo imbecil, uma característica a qual pertenciam mulheres, crianças e doentes mentais” (RIBEIRO, 2003, p. 79)

E ainda, trechos extraídos do Livro IV das Ordenações Filipinas denotam a questão de inferioridade feminina, o Título LXI tinha a seguinte redação “Por Direito he ordenado, havendo respeito à fraqueza do entender das mulheres [...]” E o Título CVII, do mesmo livro das Ordenações Filipinas expõe “querendo supprir a fraqueza do entender das mulheres viúvas [...]” (ORDENAÇÕES FILIPINAS). Consequentemente, prevalecia no Brasil colonial a moralidade, pois era ela que definia o lugar dos indivíduos na sociedade, contudo, a moralidade feminina tinha cunho diferente da moralidade masculina, pois era pautada de forma sexual, somente era honrada a mulher pura, virgem, obediente aos

homens da família e fiel ao marido, enquanto a moralidade masculina era pautada no valor cívico. Nas ponderações de Rita Alexandra Bareira da Mota de Souza:

O homem tinha classe social, profissão, função na família (chefe de família, bom pai de família, primogénito, varão, marido). Já a ideia da mulher era homogénea, atribuindo-se-lhe uma identidade uniforme, forjada desde presunções de incapacidade, de subordinação ao homem e de existência dependente, isto é, de existência justificada na exclusiva medida da relação com o masculino, e nunca autonomamente. A mulher, quando especialmente referida, é relevada como incapaz, virgem, viúva honesta ou mulher adúltera, portanto, sempre sendo sublinhada a sua diminuição e a sua existência em relação – sexual, conjugal ou sucessória – com o homem. (SOUZA, 2014, p. 13)

Bem por isso, conforme argumenta Valéria Diez Scarance Fernandes, o crime de estupro, tipificado no Título XVIII do Livro V das Ordenações Filipinas, era apenado com a morte do autor, a fim de proteger a honra da mulher e de sua família, ou seja, o objetivo não era proteger a mulher e sua liberdade sexual, mas a imagem social de mulher digna e a imagem dos homens que de sua família participavam, já que estes eram responsáveis pela conservação da dignidade da mulher (FERNANDES, 2015, p. 07). Dessa maneira, através das influências portuguesas e da forma que o Brasil foi descoberto e povoado, construiu-se o patriarcalismo brasileiro e a invisibilidade feminina, e a mulher foi historicamente construída como sendo “o outro” (SOUZA, 2014, p. 13). Soraia da Rosa Mendes (2017) define o patriarcado como sendo a institucionalização do domínio masculino sobre as mulheres, seja qual for sua idade, tenra ou não, estendendo-se para a vida social, fato este que implica o controle masculino sobre as instituições mais importantes de uma sociedade, privando as mulheres do acesso a estas. De igual forma, pode entender o patriarcado como o poder histórico masculino sobre as mulheres, cuja origem se deu por ordem biológica, tomando relevância com a política e a ordem econômica (MENDES, 2017, p. 88).

Nesta lógica, a gênese do patriarcado é a cultura androcêntrica da humanidade, tendo em vista questões biológicas das mulheres em relação aos homens, estas relacionadas a força braçal, que desde os primórdios da sociedade humana foram fundamentais para definir quem seria o líder das tribos e povoados (KRAEMER e SPRENGER, 1997). Posto isso, Pierre Bourdieu (2012) quando fala do androcentrismo ressalta a dominação masculina na ordem social sobre a qual se alicerça: a divisão sexual do trabalho, distribuição das atividades para um dos dois sexos, seu local, seu

momento e seus instrumentos; reservando às mulheres o próprio lar, enquanto aos homens assembleia, o mercado, o campo, entre tantas outras (BOURDIEU, 2012).

A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES INDÍGENAS E MULHERES NEGRAS

De acordo com Gilberto Freyre (2004) as grandes excursões náuticas dos portugueses tinham como objetivo a expansão do Império Português através da colonização, por consequência, estas excursões estavam abalroadas de homens portugueses que tinha como objetivo construir e popularizar, da forma que fosse, as novas terras. Diante disso, ‘surgiu a escravidão dos indígenas, as dos homens para o trabalho e das mulheres o trabalho agrícola e para a reprodução sexual’ (TELES, 2006, p.17). Contudo, os índios resguardavam os traços culturais de seu povo guerreiro, resistindo a escravidão, sobre a questão Darcy Ribeiro expõe:

Como o índio capturado é uma fração da tribo avassalada, porque muitíssimos deles morrem na luta pela própria liberdade, outros fogem nos caminhos ou morrem de maus-tratos, de revolta e de raiva no cativeiro, o processo de apresamento como forma de recrutar a mão-de-obra nativa para a colonização constituiu um genocídio de proporções gigantescas. (RIBEIRO, 2006. P. 92)

Nesse contínuo de colonização portuguesa e através da violência, parte de mulheres indígenas foram vítimas de estupros, é o que assevera José Murilo de Carvalho:

A miscigenação se deveu à natureza da colonização portuguesa: comercial e masculina. Portugal, à época da conquista, tinha cerca de 1 milhão de habitantes, insuficientes para colonizar o vasto império que conquistara, sobretudo as partes menos habitadas, como o Brasil. Não havia mulheres para acompanhar os homens. Miscigenar era uma necessidade individual e política. A miscigenação se deu em parte por aceitação das mulheres indígenas, em parte pelo simples estupro. (CARVALHO, 2008, p. 20-21)

De modo conseguinte, preleciona Mary Del Priore (2003, p.09) com a intenção de evitar a miscigenação da raça ariana europeia com a raça indígena, Padre Nóbrega pediu para o Rei que enviasse de Portugal órfãs e prostitutas para povoar a nova terra. Porém, cita Darcy Ribeiro, que o pedido era impossível para a coroa portuguesa, em resposta o Rei de Portugal permitiu a miscigenação e implicitamente o estupro das mulheres indígenas a fim de povoar a nova colônia, ao dignificar, através de regalias e prêmios, aqueles

cruzassem com mulheres da terra. (RIBEIRO, 2006, p. 285) Todavia, alerta Gilberto Freyre que a miscigenação trouxe consigo a propagação de doenças que eram desconhecidas aos portugueses e aos índios, diante disso, muitos morreram, esse processo foi denominado de “sífilização” em analogia a palavra civilização (FREYRE, 2004, p. 110). Sendo assim, o tráfico negreiro tornou-se meio viável de mão de obra para a coroa portuguesa, tendo o regime escravocrata indígena perdido força, até que em meados de 1758 foi extinto. (FREITAS, 2011)

Entre os anos de 1576 e 1625 o tráfico negreiro se intensificou, com a escravidão indígena apresentando problemas e a intensa expansão das colônias, a coroa portuguesa viu no tráfico internacional de negros a necessária mão de obra para os trabalhos em canaviais e engenhos de açúcar (MARQUESE, 2006, p.111). Nessa perspectiva Darcy Ribeiro expõe que as mulheres negras eram levadas ao Brasil não só para o trabalho agrícola, como também para a gestação de crianças e para o cativo doméstico (RIBEIRO, 2006, p. 89). Assim sendo, a miscigenação violenta entre indígena e portugueses começou já com o fundamento do Brasil, e em um segundo momento ainda no ímpeto de povoar as novas terras somado a necessidade de reposição de mão de obra, a miscigenação violenta das mulheres negras com homens portugueses se apresentava rentável, pois traficar um escravo custava três vezes mais do que escravizar um índio, dessa forma engravidar uma mulher escrava aumentava o patrimônio proprietários dos escravos e por consequência, permitia que o tráfico ficasse mais lucrativo. (FREITAS, 2011) Neste mesmo sentido, Darcy Ribeiro assevera que “Nós surgimos, efetivamente, do cruzamento de uns poucos brancos com multidões de mulheres índias e negras”. (RIBEIRO, 2006, p. 207) Além do mais, é nesse período que o Brasil é permeado pelo “mandonismo”, característica de governos oligárquicos, que se manifestavam sobre a perspectiva do patriarcalismo, tendo o homem como fundamento, como bem relata Maria Basso Lacerda:

A tradição conservadora no Brasil é marcada pelo “sadismo do mando”, a mesma característica que marcou as relações (sexuais) [...] sadismo essencial ao estupro generalizado das índias e negras. Sadismo essencial ao confinamento das brancas. (LACERDA, 2010, p. 51)

No entanto, assevera Freitas (2011) que a mistura racial com as mulheres negras se deu de forma mais violenta e duradoura do que a com as mulheres indígenas, pois a mulher negra foi profundamente sexualizada, seus corpos eram mais voluptuosos do que as das índias brasileiras e das europeias, e “se constituíam em tentação” para europeus

sexualmente reprimidos pela igreja que aqui aportavam, sendo que, quando chegavam ao país davam vazão a impulsos sexuais. Por consequência, Sonia Maria Giacomini reforça a questão ao expor que não seriam somente as questões sociais ligadas ao patriarcado que teriam colocado as mulheres negras como objeto sexual, mas também seus atributos físicos. (GIACOMINI, 1988, p. 66). Para Maria Basso Lacerda (2010, p. 45-49) a inserção da mulher negra na família colonial brasileira no papel de ama de leite dos filhos do senhor, escrava rural e doméstica fez com que os abusos fossem mais perversos. Além do mais, a mulher negra tinha como função iniciar a vida sexual dos filhos do senhor (GIACOMINI, 1988, p. 69). Arilda Ines Miranda Ribeiro sintetiza que:

o sexo com as mulheres brancas casadas era apenas para reprodução de filhos de Deus, assim como dispunha a igreja católica. Consequentemente, o prazer sexual para o senhor patriarcal ficava a cargo das negras escravas, que além de servi-lo nas tarefas da casa, deveriam satisfazê-lo na cama. (RIBEIRO, 2003, p. 83)

Maria Basso Lacerda reforça o exposto dizendo que a miscigenação entre mulheres negras e portuguesas ocorreu precipuamente através do concubinato e da exploração sexual violenta (LACERDA, 2010, p. 40). Mary Del Priore expõe que “muitas escravas eram obrigadas a se prostituir para aumentar os ganhos de seus proprietários” (DEL PRIORI, 2003, p. 36). Eram alugadas à outros senhores (TELES, 2006, p.21). Em síntese, se vê que as relações sexuais com as negras eram animalizadas, seja com os senhores, seus filhos ou pela exploração através da prostituição (LACERDA, 2010, p. 40). E ainda, ressalta José Murilo de Carvalho, não importava a idade da mulher negra, crianças e adolescentes também eram escravizadas e sofriam abusos sexuais, haja vista que no caso das escravas negras, o estupro era a regra (CARVALHO, 2008, p.21). Isto posto, Sonia Maria Giacomini reforça a questão expondo as observações do viajante estrangeiro Schlichthorst sobre as crianças e adolescentes negras escravizadas no Brasil:

Doze anos é a idade em flor das africanas, nelas há de quando em quando um encanto tão grande que a gente esquece da cor. Lábios vermelhos-escuros e dentes alvos convidam ao beijo. Dos olhos se irradiam um foco tão peculiar e o seio arfa em tão ansioso desejo que é difícil resistir a tais seduções. (GIACOMINI, 1988, p. 67)

Até mesmo a forma com que as mulheres negras escravas eram expostas a “venda” nos mercados negreiros revela seu maior grau de coisificação e o liberalismo sádico da

época, uma questão entre dominado e dominadores. Gilberto Freyre relata que os compradores faziam com que os negros ficassem quase nus, apalpavam os seios das negras e não era incomum examinarem o grau de prazer que as escravas proporcionavam (FREYRE, 2004, p. 66).

Assim sendo, Mary Del Priore (2003, p. 24), entende que durante o período colonial o papel social da mulher negra foi construído de forma extremamente sexualizada, até mesmo depois de conquistada a liberdade as mulheres negras encontravam-se a margem da sociedade, estavam marcadas como mulheres fáceis, que estariam de vigília para satisfazer a lascívia masculina. Por fim, com base em todo o exposto nota-se que as mulheres no período colonial brasileiro sofreram com permissivos legais abusivos que legitimavam o homem como ser superior, e por consequência, subalternizavam as mulheres. Além do mais, é importante recordar que a violência contra as mulheres negras se deu de forma mais intensa, por vários fatores, como a estruturação da sociedade escravista, a inserção da mulher ao berço familiar, a questão biológica da raça negra e o apoio legal.

LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Depois de quase 350 anos de vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, o Código Criminal de 1830 é sancionado por Dom Pedro I e retira a eficácia de algumas normas das Ordenações Filipinas, a exemplo os castigos e a morte por adultério feminino. Contudo, ressalta Valéria Diez Scarance Fernandes (2015, p. 10) que o crime de adultério ainda não tinha aplicação legal igualitária, haja vista que para a mulher qualquer relacionamento fora do casamento era considerado crime, sem exceções, enquanto para o homem só tipificava se o relacionamento extraconjugal fosse público e estável, contudo, apesar de não ser mais autorizada legalmente a morte de mulheres por adultério, a Justiça ainda tolerava o argumento de defesa a honra.

De forma conseguinte, relata Júlia Somberg Alves (2017) que o crime de estupro estava previsto no art. 222, no Capítulo intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra” com a redação “ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça com mulher honesta.” Assim sendo, as penas eram aplicadas de forma diferente a depender de quem configurava como vítima, dessa forma, se fosse a vítima mulher honesta, ou seja, mulher com sexualidade

controlada, pelo homem da família ou pelo marido, a pena era de três a doze anos de prisão. Entretanto, se a vítima fosse prostituta a pena aplicada era de um mês a dois anos de prisão. Importante expor que o crime de estupro previsto no Código Criminal de 1830 não tutelavam as mulheres negras, haja vista que à época era permitido a escravidão, sendo assim, essas mulheres não tinham legitimidade e nem interesse de agir para reclamar no judiciário sobre abusos sexuais sofridos, e neste contexto, Silva Hédio Júnio explicita:

Segundo o entendimento de boa parte dos ilustres magistrados, não sendo pessoa, a mulher negra escravizada não era portadora de reputação ou de honra, nem poderia exercer o direito de queixa, deferido legalmente apenas aos senhores estupradores. [...] a discriminação imposta pelos Tribunais resultava de pura interpretação, refletindo a ideologia racista e o despudorado engajamento de parte do Poder Judiciário na defesa dos interesses dos senhores de engenho. (JUNIOR, 2001, p. 21)

Enquanto isso, Maria Amélia de Almeida Teles destaca que as mulheres negras depois da abolição da escravatura, foram socialmente marginalizadas, não conseguiam emprego, nas poucas vezes que conseguiam deixavam a elas os piores serviços e remuneração, isso favoreceu ainda mais a ideologia contra a crença e a raça negra (TELES, 1993, p. 41-42). Ademais, a tipificação pelo Código de 1890 do crime de vadiagem e capoeiragem foi intimamente ligada a questões raciais, haja vista a referida marginalização social a que os negros estavam expostos, o que fez persistir a violência contra as mulheres negras. (JUNIOR, 2001, p. 21). Conseqüentemente, na seara legislativa penal o Código de 1890 ainda mantinha a distinção entre dois tipos de mulher, a respeitável, feita para o casamento, em quem se faziam filhos, e a prostituta, com quem tudo era permitido (DEL PRIORI, 2003, p. 41). Sendo assim, o Códex de 1890 conservava, em seu art. 268, as distinções de aplicação da pena quanto a mulher honesta e a mulher prostituta, assim como ocorria no Código Criminal de 1830. (ALVES, 2017) E ainda, assevera Mary Del Priore que “As relações sexuais eram consideradas um direito conjugal” e, por isso, o marido poderia usar de violência para realizá-las, assim sendo, a esposa não poderia se queixar de estupro” (DEL PRIORI, 2003, p. 36). Neste mesmo sentido, expõe Valéria Diez Scarance Fernandes:

“As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo

teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido. (FERNANDES, 2015, p. 96)

Diante disso, se vê que o legislador ao redigir a lei exprimia os costumes sociais da época ao criar um distanciamento entre a mulher, a ascensão social e a perspectiva de liberdade sexual. Além do mais, o Código de 1890 alterou o Título que previa os crimes sexuais para ‘Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor’ (BRASIL, 1830). Assim sendo, mesmo com a alteração da nomenclatura o objeto jurídico, ou seja, Mary Del Priori (2003, p. 36) alerta que somente a preocupação com a honra masculina, persistia, tanto é que o Código de 1890 previa a anulação do casamento se o homem constatasse que a mulher já não era mais virgem. Então, nos anos 40 o Brasil vivia o Estado Novo, o regime político era outro, a sociedade havia experimentado uma série de mudanças sociais e por isso havia a necessidade de confeccionar um novo Código Penal, sancionado em 1940 e justamente neste período surge como ameaça ao modelo patriarcal, a mulher moderna. Neste sentido, aconteceram algumas alterações na legislação penal, contudo, ainda eram nítidas as distinções entre papéis femininos e masculinos, o que fazia persistir a diferenciação da moral sexual na legislação e na mentalidade social. (DEL PRIORI, 2003, p. 45)

Diante disso, o Código Penal de 1940, em sua redação original, intitulou o capítulo VI como sendo ‘dos crimes contra os costumes’, o que mantinha a ideia protecionista em favor da mulher honesta. A fim de exemplo, cita-se o art. 215 do Código de 1940, em sua redação original, que previa o crime de posse sexual mediante fraude, em que o sujeito passivo somente era a mulher honesta. Consequentemente, é importante expor que o capítulo VI do Código de 1940 tinha até o ano de 2009, tipos penais diferentes quando se tratava da penalização da conjunção carnal e atos libidinosos, dessa forma, o art. 213 tipificava o crime de estupro ao penalizar a conjunção carnal, enquanto o art. 214 tipificava o atentado violento ao pudor, como sendo a prática de atos libidinosos (BRASIL, 1940). Ainda consta dizer, no que se refere os artigos 213 e 214 do Código Penal de 1940, em sua redação original que tais tipos penais não mais faziam distinção entre a mulher honesta e a mulher não honesta, tutelando por exemplo as mulheres profissionais do sexo vítima de

violência sexual, o que permite perceber uma mudança de paradigma legal ao menos nestes crimes (ALVES, 2017).

Outra questão que revelava a percepção machista do Código de 1940 é a redação do art. 217 que vigorou até o ano de 2009, que aduzia que “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança” (BRASIL, 1940) Além do mais, o art. 108, VIII do Código Penal de 1940 permitia até o ano de 2009, a extinção da punibilidade quando houvesse o casamento entre o agente e a vítima dos crimes dispostos no título VI, capítulos I (crimes contra os costumes), capítulo II (crimes de sedução e de corrupção de menores) e por fim, o capítulo III (do crime de rapto) (BRASIL, 1940).

Importante salientar, o exposto por Wânia Passinato e Cecília MacDowell Santos (2008, p.18) sobre o movimento feminista dos anos 1980 que reivindicavam atenção para a existência de mecanismos e expressões discriminatórias presentes no Código Penal de 1940, que naquela época já estava vigente a 40 anos, estando em desacordo com a expansão da realidade das mulheres, principalmente no que se refere os delitos sexuais. Sendo assim, a existência de uma reforma ao Código Penal era evidente, todavia, o processo de reforma durou cerca de 20 anos para se concretizar. Por consequência, expõe Wânia Passinato e Cecília MacDowell Santos (2019) que é neste período que a Lei nº 10.224/2001 tem especial relevância pois inseriu o tipo penal de assédio ao Código Penal de 1940. Consequentemente, também de elevada importância a Lei 10.886/2004 que inseriu o crime de lesão corporal decorrente de violência doméstica, disposto no art.129, §9º do Código Penal de 1940. Além do mais, verifica-se que apenas em 2005, por meio da Lei nº 11.106/2005, houve superficial adequação do Código Penal de 1940 com a realidade social e cultural contemporânea, ao descriminalizar as condutas de adultério (art. 240), crime de sedução (art. 217) e todo o Capítulo III que tratava do crime de rapto (art. 219 a 222). E por fim também foi excluído por meio da Lei nº 11.106/2005 o termo “mulher honesta” do art. 216 do referido Código. No que se refere a extinção das diferenças de aplicação legal no fundamento da honra feminina, Valéria Diez Scarance Fernandes assevera:

Desde o início de nossa história, pela primeira vez a legislação rompeu o elo que se estabelecia entre a honra da mulher e a prática de crimes sexuais. [...]. Essas modificações tiveram importantes reflexos no processo. A

honestidade da mulher deixou de ser objeto de prova, preservando-se a intimidade da vítima. (FERNANDES, 2015, p. 15-16)

Consequentemente, mais alterações foram realizadas com o advento da Lei nº 12.015/2009 que propiciou substancial alteração no Código Penal de 1940, ao iniciar pela alteração do título VI, definindo-o como “Dos crimes contra a dignidade sexual” (BRASIL, 1940). Sendo assim, com base no exposto é importante notar que o capítulo permaneceu sessenta e nove anos com uma redação patriarcal, que somente em 2009 houve alteração, para que a legislação penal buscasse a proteção da liberdade e garantia das escolhas sexuais femininas. Por fim, com fulcro em todo o exposto, percebe-se que as primeiras manifestações legais brasileiras ainda entregam, às mulheres, uma falsa proteção, ao tutelar a honorabilidade dos homens que nas mulheres estavam ligados de alguma forma, sejam pelos laços familiares ou conjugais. E que após anos de exclusões, as mudanças legais foram sentidas de forma morosamente, e no plano social mais ainda, haja vista a interiorização cultural das concepções permissivas de violência contra o gênero feminino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa ficou evidente que a violência contra as mulheres teve amparo do Estado, através da legislação, que manteve de forma secular a mulher em posição de inferioridade. Porém, quando o Estado tentou reverter a situação, de igual maneira, através do texto legal, não foi capaz de reverter o contexto de violência ao qual as mulheres estavam inseridas. Pois, ao passo que houve permissão legal, instalou-se no imaginário social o fator cultural de que a mulher não tem condições de ser igualada ao homem, ou de ter capacidade para serviços que extrapolem o âmbito doméstico. Diante disso, a mera produção legal não se apresenta apta para conceder às mulheres a igualdade material e por consequência apaziguar os frequentes casos de violência contra o gênero feminino.

Em síntese, não há um único caminho a ser seguido para combater os casos de violência de gênero. Entretanto, conforme exposto ao longo deste artigo, em se tratando de violações de direitos humanos e fundamentais, medidas que acompanhem a produção legislativa e deem fundamentos a ela, são necessárias, até que se encontre a melhor forma de tratar da questão. Para além disso, ressalta-se que a violência contra as mulheres é fato social intimamente ligado ao fator cultural, o que torna difícil de minimizar esse tipo de violência, assim deve ser trabalhado o controle do fenômeno e não sua extinção. Por fim, a violência contra o gênero feminino, por se tratar de um tema que atinge a sociedade como

um todo, merece de pesquisas constantes, pois é um tema que aborda a violação de direitos fundamentais, atingindo-as em seus direitos à vida, à saúde e à dignidade e à igualdade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Júlia Somberg. A limitação da sexualidade feminina pelos Códigos Penais como forma de manutenção do patriarcado. In: V Seminário Internacional Enlacando sexualidade, Salvador, 2017. Projeto de Extensão - Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2017. Disponível em: < https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EVO72_M D1_SA2_ID877_19062017203139.pdf >. Acesso em: 2 de março de 2021.

ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: Mary Del Priore (org.). História das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 1997.

BORDIE, Pierre. A dominação Masculina. Trad. Maria Helena Kuhner. 11.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Decreto- Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 4 de outubro de 209.

_____. Código Criminal do Império do Brasil, de dezembro de 1830. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm >. Acesso em 21 de março de 2020.

_____. Constituição Política do Império do Brasil, 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 8 de Julho de 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 de março de 2020.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

DEL PRIORE, Mary. Mulheres no Brasil Colonial. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Marcel de Almeida. O cotidiano afetivo-sexual no Brasil colônia e suas consequências psicológicas e culturais nos dias de hoje. Ponta de lança: Revista Eletrônica de História, Memória e Cultura, Sergipe, ano 5, v.5, n.9, p.63-68, Abr. 2011.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 49. ed. São Paulo: Global, 2004.

GIACOMINI, Sonia Maria. Mulher e escrava: uma introdução histórica ao estudo da mulher negra no Brasil. Rio de Janeiro: Vozes, 1988.

INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO. Dialogando sobre a Lei Maria da Penha. Cadernos EAD. ILB: Brasília, 2017.

JUNIOR, Silva Hédio. Mulher e negra: necessidade de demandas judiciais específicas. In: BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline; MELLO, Maria Elvira Vieira (Coord.). As mulheres e a legislação contra o racismo. Rio de Janeiro: Cepia, 2001.

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. Martelo das feiticeiras. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

LACERDA, Maria Basso. Colonização dos corpos: ensaio sobre o público e o privado. Patriarcalismo, patrimonialismo, personalismo e violência contra as mulheres na formação do Brasil. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado: Direito). Pós-graduação Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

MARQUESE, Rafael de Bivar. *A dinâmica da escravidão no Brasil: Resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX*. Novos estudos, São Paulo, p.107-123, mar. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000100007>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ORDENAÇÕES FELIPINAS. Biblioteca do Senado federal. Disponível em <https://www2.senado.leg.br>

PASSINATO, Wânia; **SANTOS**, Cecília MacDowell. Mapeamento das Delegacias da Mulher no Brasil. Núcleo de Estudos de Gênero Pagu – UNICAMP, 2008. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/mapeamento-das-delegacias-da-mulher-no-brasil>>. Acesso em: 7 de outubro de 2019.

RIBEIRO, Arilda Ines Miranda. Mulheres Educadas na Colônia. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FILHO, Luciano Mendes de Faria; VEIGA, Cynthia Greive (Orgs.). 500 Anos de Educação no Brasil. 3. ed. Belo Horizonte, MG: Autêntica, 2003.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

SOUZA, Rita Alexandra Bareira da Mota de. Teorias feministas do Direito: a emancipação do direito pela mulher. Rita Mota de Sousa; orientadora: Márcia Nina Bernardes – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, Dissertação de Mestrado, 2014.

TELES, Maria Amélia de Almeida. Breve história do feminismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1993.

_____. O que são direitos humanos das mulheres. São Paulo: Brasiliense, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos de história do direito. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.