

DIREITO PENAL E CASTIGO: O CASO DA INFIDELIDADE¹

ANA PAULA GUIMARÃES

Docente do Departamento de Direito da Universidade Portucalense (UPT). Doutora em Direito em Ciências Jurídico-Criminais. Investigadora permanente do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Email: apg@upt.pt.

DORA RESENDE ALVES

Docente do Departamento de Direito da Universidade Portucalense (UPT). Doutora pela Universidad de Vigo (Espanha). Email: dra@upt.pt.

RESUMO

Apresentamos um estudo que pretende reflectir sobre o disposto no artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 que proclama o direito de todos de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, regulando a lei os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. Mais consagra a igualdade dos cônjuges quanto aos respectivos direitos e deveres.

Partimos da polémica gerada nos meios de comunicação social, no ano de 2017, em torno de um Acórdão proferido no Tribunal da Relação do Porto, que aduzia fundamentos, no mínimo discutíveis, em sede de crimes perpetrados contra uma mulher casada, em contexto de adultério.

Com esse mote, foi realizada uma análise documental histórica situada no direito português das codificações relevantes dos séculos XV a XIX no sentido de apurar o tratamento penal então dado à mulher adúltera, apenas com base nos documentos específicos seleccionados: as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas.

Palavras-chave: família; infidelidade; ordenações; castigo.

¹ Texto Originalmente inscrito, aprobado y presentado en el XXI Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, del 12 al 14 de julio de 2018, titulado *La segunda generación de derechos humanos*. El Congreso se ocurrió en la Facultad de Derecho y Alcalde Arzobispo Fonseca de la Universidad de Salamanca (<https://congresoddhh2g.blogspot.com/>).

CRIMINAL LAW AND PUNISHMENT - THE CASE OF INFIDELITY

ABSTRACT

We present a study that intends to reflect on the provisions of article 36 of the Constitution of the Portuguese Republic of 1976 that proclaims the right of all to constitute a family and to enter into marriage in full equality, with the law regulating the requirements and effects of marriage and of its dissolution, by death or divorce, regardless of the form of celebration. It further enshrines the equality of spouses as to their rights and duties.

Starting from the controversy generated in the media in 2017, around a Judgment rendered at the Court of Appeal of Oporto that adussed grounds, at least debatable, for crimes committed against a married woman in the context of adultery.

With this motto, a historical documentary analysis was carried out in portuguese law of the relevant codifications of the XV-XIX centuries in order to ascertain the criminal treatment then given to the adulterous woman, based only on the specific and selected documents: Afonsinas Ordinances, Manuelinas Ordinances and the Philippine Ordinations.

Keywords: family; infidelity; ordinations; punishment.

MOTIVAÇÃO – A DISCUTIDA E DISCUTÍVEL DECISÃO JUDICIAL

No Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1, em sede de recurso interposto pelo Ministério Público, no Tribunal da Relação do Porto, foi reapreciada a sentença condenatória proferida em primeira instância, pelo Tribunal de Instância Local de Felgueiras². Resumidamente, a assistente A, casada com o arguido X, manteve um relacionamento amoroso, extra-conjugal, com o arguido Y, desde Novembro a Dezembro de 2014, que cessou em finais deste mês. Não conformado, o arguido Y perseguiu a senhora, telefonou-lhe e enviou-lhe mensagens escritas todos os dias, impondo o reatamento do relacionamento, desassossegando-a e cerceando a sua liberdade de movimentos. A assistente separou-se de facto do marido no início de Março de 2015, tendo saído da casa de morada de família com a filha de ambos. Também o arguido X (marido) lhe enviou mensagens destratando-a. No dia 29/06/2015, o arguido Y abeirou-se da assistente A, na garagem colectiva do prédio onde habitava, quando esta estava no seu automóvel e forçou-a a passar do lado do condutor para o lado oposto. Entretanto, conduziu a

² Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1, do Tribunal da Relação do Porto. Em: <http://www.lexpoint.pt/conteudos/1047/77516/acordaos/acordao-do-tribunal-da-relacao-do-porto-de-11102017>. Seguimos de perto este documento disponibilizado pela *lexpoint* dado à data da realização deste trabalho não se encontrar acessível o respectivo acórdão no sítio www.dgsi.pt.

viatura percorrendo várias ruas em Felgueiras enquanto impunha àquela que voltasse para ele. Como esta recusou retomar o relacionamento, Y telefonou ao arguido X, para que viesse ter com eles num lugar por ele identificado. Y ofendeu corporalmente a assistente A aquando das tentativas de fuga desta. Chegado X ao local agarrava um pau comprido com a ponta arredondada com pregos (designada moca) e enquanto se dirigia à assistente proferia palavras desonrosas e ameaçadoras de morte, tendo acabado por desferir-lhe uma pancada na cabeça e várias no corpo, enquanto Y a segurava, acabando depois Y por abandonar o local. A assistente ficou com várias lesões na cara, pescoço, tórax, abdómen, braços e pernas. Foram posteriormente encontradas armas e munições ao arguido X. Foram os arguidos condenados da seguinte forma:

- O arguido X pelo crime de violência doméstica, na pena de um ano e três meses de prisão, tendo o Tribunal decidido suspender a execução da pena de prisão aplicada por igual período, com a sujeição do arguido à proibição de qualquer contacto ou qualquer aproximação de A; e, ainda, pelo crime de detenção de arma proibida, na pena de multa de duzentos e cinquenta dias à taxa diária de sete euros, num total de €1.750,00;

- O arguido Y como cúmplice do crime de violência doméstica, na pena um ano de prisão, também suspensa por igual período, com a regra de conduta imposta de proibição de qualquer contacto ou qualquer aproximação com A; pelo crime de perturbação da vida privada, na pena de cento e oitenta dias de multa à taxa diária de seis euros, num total de €1.080,00; pelo crime de injúrias, na pena de oitenta dias de multa à taxa diária de seis euros, num total de €480,00; pelo crime de ofensa à integridade física simples, na pena de multa de duzentos e vinte dias à taxa seis euros, num total de €1.320,00; pelo crime de sequestro, na pena de multa de duzentos e cinquenta dias à taxa diária de seis euros, num total de €1.500,00. Em cúmulo jurídico, na pena única de multa de quinhentos e oitenta dias à taxa diária de seis euros, o que perfaz a quantia total de €3.480,00. E ainda na indemnização cível, a título de danos não patrimoniais, na quantia três mil e quinhentos euros.

Entre os vários aspectos de discordância do Ministério Público de 1.^a Instância está o facto de considerar que a pena aplicada ao arguido X “não corresponde à gravidade dos factos nem às necessidades de prevenção”, pedindo, por isso, a aplicação de uma pena de 3 anos e 6 meses de prisão efectiva, desaprovando a suspensão da execução da pena aplicada. Também não se conformou com a medida das penas aplicadas ao arguido Y como cúmplice do crime de violência doméstica e como autor do crime de sequestro por se revelarem “desconformes às mais elementares necessidades de prevenção geral e especial”. O Ministério Público pôs

em causa, em especial, uma passagem da análise crítica do Acórdão de 1.^a Instância: «Acrece o contexto complicado em que tudo ocorreu, o facto de o arguido ter descoberto um relacionamento extra-conjugal da sua esposa, o facto de, na altura, estar fragilizado, ao ponto de ter de recorrer a um internamento num Hospital psiquiátrico, o sentimento que toda esta situação despoleta, o que faz as pessoas reajam de modo imprevisível e do qual mais tarde se arrependem - como foi o caso -, o facto ainda de que o arguido apenas ter agredido por uma só vez a ofendida, mas com resultados graves e que até podiam ser mais gravosos, atento o instrumento utilizado - uma moça - e ainda o facto de toda esta situação ter sido potenciada pelo outro co-arguido, que ligou para este a dizer onde estava a esposa e que estava com a mesma, acabou por condicionar o discernimento do arguido, diminuído, em nosso entender a sua culpa, no sentido de que o mesmo, ao fazer o que fez, agiu condicionado ou pelo menos manietado no seu discernimento e toldado por sentimentos de revolta e ciúmes, fruto do sofrimento que sentia na altura devido à "traição" da sua esposa».

Sobre este ponto, decidiu o Tribunal da Relação do Porto: «No entanto, como já se deu a entender, não partilhamos da opinião da digna magistrada recorrente sobre a gravidade dos factos nem sobre a culpa dos arguidos, especialmente do arguido X. Este caso está longe de ter a gravidade com que, geralmente, se apresentam os casos de maus tratos no quadro da violência doméstica. Por outro lado, a conduta do arguido ocorreu num contexto de adultério praticado pela assistente. Ora, o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem. Sociedades existem em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte. Na Bíblia, podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte. Ainda não foi há muito tempo que a lei penal (Código Penal de 1886³, artigo 372.º) punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse acto a matasse. Com estas referências pretende-se, apenas, acentuar que o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente (e são as mulheres honestas as primeiras a estigmatizar as adúlteras) e por isso vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher. Foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido X cair em profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado pela revolta que praticou o acto de agressão, como bem se considerou na sentença recorrida. Por isso, pela acentuada diminuição da culpa e pelo arrependimento genuíno, podia ter sido ponderada uma atenuação especial da pena para o arguido X. As penas mostram-se ajustadas, na sua fixação, o tribunal respeitou os critérios

³ Texto em <https://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1274.pdf>, consulta em 14/09/2018.

legais e não há razão para temer a frustração das expectativas comunitárias na validade das normas violadas»⁴.

Foi justamente esta fundamentação alvo das mais vastas críticas ao nível dos diversos órgãos de comunicação social, tendo o assunto sido objecto de uma Nota à Comunicação Social do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do Conselho Superior da Magistratura, datada de 23/10/ 2017⁵.

Foi grande a perplexidade em face de palavras representativas de um modelo de papel da mulher no âmbito do casamento de molde a desvalorizar a violência perpetrada pelo marido contra esta. Decidimos, por isso, fazer pesquisa nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, primeiras compilações do direito do Reino de Portugal, para verificarmos como era tratado o tema do adultério cometido pela mulher no tempo dos nossos reis. Tratando de um estudo não terminado, numa fase subsequente, iremos estender a nossa análise também ao Código Penal de 1852 e ao Código Penal de 1886, o que se espera resulte em trabalho a publicar oportunamente.

⁴Assim se lê no documento consultado na fonte da *lexpoint*, em <http://www.lexpoint.pt/conteudos/1047/77516/acordaos/acordao-do-tribunal-da-relacao-do-porto-de-11102017>.

⁵ Conforme a nota à Comunicação Social do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do Conselho Superior da Magistratura, datada de 23/10/2017, em: <https://www.csm.org.pt/comunicacao-social/page/9/>. Aqui transcrevemos o seu conteúdo: «Na sequência da recente publicação de um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto em caso de violência doméstica, redigido em termos que têm provocado vivas críticas por parte de vastos setores da opinião pública, o Conselho Superior da Magistratura tem sido questionado por vários órgãos de comunicação social sobre os seus poderes de intervenção em situações desta natureza. Sobre a questão, esclarece-se o seguinte:

1. O Conselho Superior da Magistratura não intervém nem pode intervir em questões jurisdicionais. Na verdade, os tribunais são independentes e os juízes nas suas decisões apenas devem obediência à Constituição e à lei, salvo o dever de acatamento das decisões proferidas em via de recurso pelos tribunais superiores.

2. Esta obediência dos juízes à Constituição e à lei determina, necessariamente, que as sentenças dos tribunais devam espelhar essa fonte de legitimidade, realizando a justiça do caso concreto sem obediência ou expressão de posições ideológicas e filosóficas claramente contrastantes com o sentimento jurídico da sociedade em cada momento, expresso, em primeira linha, na Constituição e Leis da República, aqui se incluindo, tipicamente, os princípios da igualdade de género e da laicidade do Estado.

Espera-se que assim aconteça sempre.

Nesta perspetiva de permanente enquadramento jurídico-social, o Conselho Superior da Magistratura tem desenvolvido várias ações sobre questões que preocupam a sociedade no seu conjunto, mantendo, nomeadamente, uma estreita cooperação com a Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género no apoio à aplicação do V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género.

O Conselho Superior da Magistratura continuará a aprofundar a ação que vem desenvolvendo no âmbito de todos os temas direta ou indiretamente relacionados com a tutela dos Direitos Humanos.

3. Nem todas as proclamações arcaicas, inadequadas ou infelizes constantes de sentenças assumem relevância disciplinar, cabendo ao Conselho Plenário pronunciar-se sobre tal matéria.

Por outro lado, nos termos legais, os juízes em funções nos tribunais superiores não se encontram sujeitos a inspeções classificativas ordinárias embora a promoção à Relação e o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça tenha em consideração todos os elementos relevantes que se encontrem disponíveis no Conselho Superior da Magistratura.

O Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM 23 de Outubro de 2017».

AS ORDENAÇÕES E O ADULTÉRIO DA MULHER

O conjunto das Ordenações do Reino de Portugal – Afonsinas, Manuelinas e Ordenações Filipinas – constitui a primeira codificação das leis do Reino⁶. A vontade do povo de tornar certo o direito aplicável aparece pela primeira vez em 1446, no reinado de D. Afonso V de Portugal⁷. A sua organização importa uma sistematização uniforme, numa vigência que decorre do século XV ao século XIX, dividida em cinco Livros, subdivididos em Títulos e estes em Parágrafos. Naqueles, os Livros V de cada uma delas são os que tratam do direito e do processo penal, e, por tal, chamados os “Livros Terríveis”⁸. No que respeita ao casamento, vertente que nos importa analisar no que toca à sua ofensa: “A sociedade medieval foi profundamente marcada pela superioridade do universo masculino. As mulheres devido a sua posição de submissão em relação aos homens, não tinham participação ativa na elaboração das leis. Entretanto, eram obrigadas a obedecer a uma série de leis específicas. Havia um poder de tutela do sexo masculino sobre o feminino, que passava do pai para o marido.”⁹ Aqui, tal como em variadas obras medievais, se faz sentir a influência do direito romano, com a afirmação da autoridade plena do marido face à mulher¹⁰.

a. Nas Ordenações Afonsinas

Vejam algumas precisões legais de tais Ordenações, as primeiras do Reino de Portugal. Nestas (Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V) assumem particular importância os Títulos¹¹:

- VII: DO QUE DORME COM MOLHER CAFADA PER FUA VOONTADE

Com a finalidade de “*tolher este mal, que he muy grande, e outros muitos males, que fe ende feguem*”, confirmam-se normas antigas do tempo de D. Pedro¹² quando decidiu que os homens que dormiam com mulheres casadas sabendo do seu estado civil, cometendo o que era designado como “*ufos, e custumes, que fom contra voontade de DEOS, e da prol cumunal da terra*”, deviam perder os bens e privilégios no caso de serem cavaleiros ou fidalgos, passando os bens para aquele “*a que fez o torto*”; se houvesse paridade de condição e estrato

⁶ SERRÃO, Joel. Dicionário de História de Portugal. 1985. Vol. IV, p. 441.

⁷ D. Afonso V, O Africano, 12.º rei de Portugal (1438-1481).

⁸ Exemplo em CURA, António Alberto Vieira. Direito Romano e História do Direito Português. 2009, pp. 307 e 308.

⁹ UFES, Jéssica Fortunata do Amaral. “O Casamento na Idade Média...”, p. 2.

¹⁰ LEBRUN, François. Cit., p. 79.

¹¹ Acessível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/> (texto *fac-simile*).

¹² D. Pedro I, O Justiciero, 8.º rei de Portugal (1357-1367).

social entre o infractor e o marido da mulher, a sanção seria a pena de morte; se outra fosse a classe social, a sanção adequada era sempre a pena de morte. Estava prevista a hipótese de o marido traído poder perdoar a mulher adúltera e reconciliar-se com ela a todo o tempo, pois que *“tal ufanza he quaſi conforme ao Direito Commum em favor do Matrimonio”*. Ao marido não era sequer permitido perdoar ao outro homem. Se a mulher fosse perdoada, o outro homem ficaria isento da condenação à morte mas era degredado para as colónias por sete anos.

- XII: DA MOLHER CAFADA, QUE FE FAYO DE CAFA DE FEU MARIDO PARA FAZER ADULTERIO

Nada menos do que a pena de morte era a pena em que incorria a mulher que abandonasse voluntariamente a *“casa de seu marido”*, *“pera fazer fornizio ou adulterio”*. A mesma pena era aplicada ao homem que com ela fugisse ou a acolhesse e era obrigado a indemnizar os danos sofridos pelo marido. Se a afastamento da mulher de casa não fosse voluntário, esta estaria isenta de punição desde que provasse que tinha sido levada à força. A sanção não dependia aqui da condição dos infractores.

- XVIII: DO QUE MATOU FUA MOLHER POLLA ACHAR EM ADULTERIO

Decretou na primeira dinastia dos reis portugueses, e manteve-se pelas Ordenações, o rei D. Dinis¹³ que *“aquelles, que a direito por tal rafom matarem, nom ajam medo, nem fe catem de mim, nem da minha Juſtiça”*. Por sua vez, também o monarca seguinte e filho do anterior mencionado, o rei D. Afonso IV¹⁴, aprovou que todo o marido que mate a sua mulher por motivo de adultério, mesmo que não a ache em flagrante, que não seja morto, devendo ser-lhe aplicada uma outra pena. Segundo o costume, o homem casado traído podia ainda matar o homem que cometesse adultério com a sua mulher (*“que achar com ella em o dito pecado”*), salvo se fosse cavaleiro ou fidalgo de solar. Mas caso o adúltero cavaleiro ou fidalgo viesse a ser morto, o marido homicida não deveria ser castigado com pena de morte *“polla grande door, e fentido, que ouve de fua deshonna”*. Também seria lícita a morte deste quando, não havendo flagrante, fosse público o dito pecado na cidade, vila ou outro lugar¹⁵

¹³ D. Dinis, O Lavrador, 6.º rei de Portugal (1279-1325).

¹⁴ D. Afonso IV, O Bravo, 7.º rei de Portugal (1325-1357).

¹⁵ *“(…) que notoriamente era afamado com a dita fua molher (...)”*.

ou, não o sendo, quando o marido o conseguisse provar¹⁶. Neste caso já havia lugar a diferença consoante a categoria social.

b. Nas Ordenações Manuelinas

As Ordenações, mandadas rever por D. Manuel¹⁷, acompanham o passar de mais de cinquenta anos, tendo os trabalhos começado em 1505 para a edição final em 1521, utilizando já a divulgação através da imprensa, com grande impacto nas possibilidades de fazer aplicar tal compilação. Nestas Ordenações são relevantes os seguintes Títulos¹⁸:

- 15: DO QUE DORME COM MOLHER CASADA

A pena de morte é a sanção em que incorre o homem que pratica adultério com mulher casada ou que “*com fama de cafada esteuer*”. Só assim não será se o marido for de condição social inferior ao adúltero, não havendo execução até “*verem fobre iffo Noffo Mandado*”. A mulher casada também é executada, excepto se for levada de casa contra a sua vontade, sendo o marido ressarcido dos danos que sofrer através dos bens do adúltero. No caso de condenação da mulher à morte por adultério, os seus bens e dotes são transmitidos ao marido. Como compensação, estava prevista a possibilidade de a mulher absolvida, por falta de prova do adultério, integrar no seu património os bens do marido. E no caso de o marido querer pelo adultério simples, pode, a todo o tempo, perdoar à mulher “*em fauor do matrimonio*” e, estando esta presa, deve logo ser libertada. O perdão não é extensivo ao adúltero que deve ser degredado¹⁹ para as colónias. Todavia, se ao adultério acrescer pecado com mouro, judeu, parente ou afim, mesmo em caso de perdão do marido, deve manter-se a “*pena de justiça*” “*por pecar com Judeo, ou Mouro, ou diuido, como dito he*”. Como que, por forma de compensação, a mulher que venha a ser absolvida “*do dito pecado*” por falta de prova dos factos de adultério fica com os bens do marido caso este não tenha filhos, o que já não acontecerá se a absolvição resultar da falta de prova do casamento. A pena de açoite é aplicada a ambos os cônjuges se se provar que o marido consentiu no adultério da mulher,

¹⁶ (...) provando depois o dito marido como o dito adúltero lhe peccou em o dito pecado (...). ”

¹⁷ D. Manuel I, O Venturoso, 14.º rei de Portugal (1495-1521).

¹⁸ Ordenações Manuelinas. Em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/> (texto *fac-simile*), consulta em 13/06/2018.

¹⁹ Aqui presente um dos aspectos de evolução do Reino: a pena de degredo torna-se possível depois de consolidadas as colónias descobertas por Portugal e acompanha a necessidade de formas de povoamento com nacionais do dito Reino, tal como noutros países europeus, de que é expoente o povoamento da Austrália pela Inglaterra.

devendo também ser sujeitos ao degredo para sempre para a Ilha de S. Tomé, e o adúltero para a Ilha do Príncipe²⁰.

- 16: DO QUE MATOU SUA MOLHER POLA ACHAR EM ADULTERIO

Mantém-se a possibilidade de o marido licitamente matar a sua mulher e aquele com que a achar a cometer adultério em flagrante, ou caso prove o referido adultério, excepto se for peão e o adúltero de maior condição (fidalgo de solar, desembargador ou “*pessoa de maior qualidade*”). Caso matasse nestas circunstâncias, o marido não seria punido com pena de morte mas antes com degredo para “*Noffos outos, ou Luguares d’Alem*”, com pregão na audiência, pelo tempo que o julgador entendesse razoável, por período não superior três anos. Por sua vez, caso o marido matasse a sua mulher sem causa justificativa seria condenado à morte – “*moura morte natural*”, assim estava prescrito. Uma novidade face às Ordenações anteriores passa a ser a necessidade de o marido provar o casamento por “*teftemunhas que ouiffem as palavras do recebimento*”. O marido podia socorrer-se da ajuda de outras pessoas para matar ambos desde que provado o casamento e o adultério e que estas pessoas não fossem inimigas dos adúlteros. A prova do casamento poderia também assentar em testemunhas que, não tendo ouvido as palavras do recebimento, tivessem presenciado a ida do casal à porta da Igreja, perante o Cura ou outro Clérigo e que “*com effa voz e fama de cafados di por diante viueram em hũa cafa theuda e matheuda, como marido e molher, por efpaco de huũ anno*”.

- 17: DO QUE DORME COM MOLHER CASADA DE FEITO, E NOM DE DEREITO

Aquele que dorme com mulher unida de facto e não de Direito sobretudo se existem impedimentos à realização do casamento, caso em que se fala de matrimónio não valioso – “*fe ao tempo do dito pecado ele foffe auida, e trautada por cafada daquele, que a ouuer recebida por molher, e theuda em fama pubrica de molher, nomeando-fe pubricamente por marido e molher, e por taees auidos geeralmente na vezinhança onde moram*” – “*affi deue morrer*”, como se o “*dito cafamento por Direito foffe valiofo*”. A mulher adúltera é punida do mesmo modo. Se o marido for conhecedor da invalidade do casamento, não a pode matar, ficando

²⁰ As ilhas de São Tomé e Príncipe foram descobertas, desabitadas, em 1470, por navegadores portugueses. Começou depois o seu povoamento.

ambos os cônjuges sujeitos à pena “*que bem parecer aos Julgadores, auendo respeito aa qualidade do impedimento*”.

Casos havia em que a mulher não estava casada “nem de feito, nem de direito”: era a que “*efteteuffe em poder doutro em fama de marido e molher, e por tal auida, e trautada delle na mefa e no leito, e por taees eram auidos por toda a vizinhança, e Villa onde forem moradores*”. Aquele que cometesse adultério com mulher nestas condições incorria na pena de degredo para os “*Noffos Luguares d’Alem*”, sendo que o julgador nunca poderia arbitrar menos de dez anos. A punição baseava-se na “*maa, e corrupta tençam que ouue de pecar com molher cafada*”. Por sua vez, a mulher incorria na pena de degredo por quatro anos para os “*Noffos Luguares d’Alem*”. O fundamento residia na “*ofenfa que fez aa Republica, que cuidaua que era cafada*” e no sagrado valor do matrimônio. A pena de morte estava prevista para a mulher que viesse a dormir ou a casar, após a morte do marido, com a pessoa com quem cometera adultério, sanção que se estendia a este.

c. Nas Ordenações Filipinas

Nas últimas Ordenações do Reino, que permaneceram em vigor de 1603 a 1867 tornando-se a compilação portuguesa de mais longa vigência por mais de dois séculos e meio, são fundamentais os seguintes Títulos²¹:

- 25: DO QUE DORME COM MULHER CASADA

O homem que durma com mulher casada é condenado a pena de morte, assim como a mulher adúltera. A execução não tem lugar no caso de o marido ser de condição social inferior à do adúltero, situação em que a justiça decide o que fazer. No caso de a mulher ser levada contra a sua vontade e à força não era punida, podendo, no entanto, o marido fazer-se ressarcir dos danos sofridos por meio dos bens daquele indivíduo. Apenas em caso de adultério simples, o perdão do marido produz efeitos no sentido de isentar a mulher de qualquer pena, de modo que, se estivesse presa deveria ser imediatamente libertada. Para tanto, o perdão devia constar de um assento e ser assinado pelo marido e escrivão ou tabelião do feito e pelo Juiz. Se, para além do adultério, a mulher “*pecou com Mouro, Judeo, parente, ou cunhado de afinidade em tal grão*” é aplicada pena de prisão. Caso o marido consinta no

²¹ Ordenações Filipinas. Em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> (texto *fac-simile*), consulta em 15/06/2018.

adultério de sua mulher serão ambos punidos: “*açoutados com senhas capellas de cornos, e degradados para o Brazil*”. O outro indivíduo é degradado para África perpetuamente, sendo o perdão do marido de efeito completamente nulo. Quando o marido acusa a mulher de adultério e esta é absolvida por falta de prova, se, mais tarde, esta, ficando viúva, vier a casar ou a dormir com aquele que fora também acusado do cometimento do pecado, são condenados à morte e à perda das fazendas para os herdeiros do primeiro marido se estes pretenderem acusá-los. No caso de tal não acontecer, a acusação pode ser oriunda de “*qualquer do povo*” e a fazenda “*será ametade para quem accusar, e a outra para a nossa Camera*”.

- 26: DO QUE DORME COM MULHER CASADA DE FEITO, E NÃO DE DIREITO, OU QUE ESTÁ EM FAMA DE CASADA

Ainda, as Ordenações Filipinas reprimiam o ato de alguém dormir com uma mulher que se encontrasse numa situação de casamento putativo (“*por causa de algum parentesco, ou cunhadio, que entre o marido e a mulher haja, ou outro impedimento, porque o Matrimonio não seja valioso*”). Atuando o homem com intenção de pecar com quem reputa casada e porque a mulher é realmente tida como tal por todos, a sanção aplicável a ambos é a pena corporal de morte. Se o impedimento for conhecido do marido, este não pode executar a sua mulher, nem a justiça lhe poderá aplicar a pena de morte, no entanto, poderá ser aplicada “*a pena, que bem parecer aos Julgadores, havendo respeito à qualidade do impedimento; e tambem haverá o marido essa mesma pena arbitraria, quando a no dito caso matar*”. Se o pecado fosse cometido com mulher “*a qual stivesse em poder doutro em fama de marido e mulher, e por tal havida, e tratada delle na meza, e no leito, e por taes eram havidos per toda a visinhança e Villa, onde forem moradores, e elles ambos assi se nomeavam continuamente nos contractos, e em quaesquer outros actos*”, nenhum deles deveria morrer, mas applicava-se outra pena que não a morte, segundo o arbítrio do Julgador. Ele nunca devia ser punido em menos de dez anos de degredo para África, por ter actuado com intenção de pecar com mulher casada que assim era considerada por toda a gente, ela cinco anos para Castro-Marim pela ofensa à República “*que cuidava que era casada*”. Se na acusação o marido viesse mostrar instrumento público de contrato de casamento, ambos os adúlteros seriam degradados dez anos para o Brasil para diferentes capitánias, perdendo ela a fazenda a favor do marido caso não lhe sucedessem filhos ou outros descendentes.

- 38: DO QUE MATOU SUA MULHER, POR A ACHAR EM
ADULTÉRIO

Nestas Ordenações, o homem casado que ache sua mulher em adultério pode matá-la licitamente, assim como ao outro indivíduo, salvo se o marido for peão e este fidalgo, desembargador ou “*pessoa de maior qualidade*”. Se o marido matasse pessoa de condição superior à sua seria degredado para África com pregão na audiência. Para o marido matar licitamente e não sofrer pena alguma tinha de provar o casamento por prova testemunhal que tivesse ouvido “*as palavras do recebimento*” ou que que confirmasse que o casal tinha ido à porta da igreja perante o cura ou outro clérigo “*que stivesse em acto para os receber, e como casados tornarão para caza, e em voz e fama de casados viverão dahi por diante em huma caza theúda e manteúda, como marido e mulher*”. As testemunhas não podiam ser inimigas dos adúlteros. Fora de flagrante delito, o marido também podia matar ambos posteriormente aos factos, de forma lícita, desde que fosse feita a prova do adultério, bem como do casamento, fora do que seria punido por se entender que exerceu vingança. O marido só ficava com os bens da mulher quando a acusasse de adultério e esta fosse condenada à morte ou quando a executasse em flagrante delito. Se o marido a “*matar sem causa*” por não provar o adultério, pode ele próprio ser condenado à morte ou a outra pena; na primeira situação (condenação à morte) os seus bens revertem a favor dos herdeiros da mulher, não tendo ele filhos ou descendentes de outra mulher; no caso de condenação em outra pena, os seus bens não se transmitem.

CONCLUSÕES

Tendo como mote o direito constitucional social de todos constituírem família e de contraírem casamento em condições de plena igualdade, gozando os cônjuges de igualdade quanto aos respectivos direitos e deveres, partimos de um Acórdão proferido em pleno século XXI que valorizou de modo discutível, em sede de violência doméstica, as ofensas corporais perpetradas pelo marido à sua mulher adúltera, argumentando inclusivamente com passagens da Bíblia e com referências a legislação de 1886. Daí surgiu a opção de fazer um estudo, com base exclusivamente documental, de modo a indagarmos o tratamento dado ao adultério nas Ordenações Afonsinas, nas Manuelinas e nas Filipinas.

Nas leis do Reino, o casamento é um sacramento inviolável e indissolúvel que, salvo raras exceções, reforça a ordem e o estatuto social²². Porém, o adultério só tem consequências rígidas e graves quando cometido pela mulher. O marido podia aplicar a sanção pelas suas próprias mãos, matando licitamente a mulher como que em uso de legítima defesa da sua honra ofendida e traída, podendo aplicar a mesma sanção ao homem que com ela fizesse “o torto”. O adultério da mulher era visto como um “mal” praticado contra a vontade de Deus, de onde se seguem outros “males” (a eventualidade de gerar os designados filhos ilegítimos). O monarca tinha por missão “*tolher este mal, que he muy grande*”, por atingir o marido “*polla grande door, e fentido, que ouve de fua deshonra*” e nesse sentido assim legislou, de novo ou mantendo legislação anterior, como no caso das primeiras Ordenações. O adultério assume ainda maior gravidade quando o “pecado” é perpetrado com mouro, judeu, parente ou afim, atentos os chamados estatutos jurídicos especiais, aplicáveis a categorias determinadas da população ou a questão da consanguinidade, esta encarada nem sempre de forma uniforme ao longo da Idade Média pelos poderes eclesiásticos e, por consequência, pelos reis. A visão cristã da faculdade de o marido conceder o perdão à mulher infiel está presente nas Ordenações, à semelhança do perdão de Jesus Cristo à mulher adúltera. Incorria em pena de morte a mulher que abandonasse voluntariamente a “*casa de seu marido*”, “*pera fazer fornizio ou adulterio*”. Assim, também o homem que com ela fugisse ou a acolhesse, excepto se ela provasse que tinha sido levada à força e contra a sua vontade. Note-se que não existe ao longo destes documentos sanção prevista no caso de ser a mulher a encontrar o marido a cometer adultério.

Este é, objectivamente e no essencial, o substracto encontrado nesta pesquisa dos antecedentes históricos da desigualdade de tratamento de género no seio do casamento e em particular no caso de cometimento de adultério.

REFERÊNCIAS

PROCESSO N.º 355/15.2 GAFLG.P1, do Tribunal da Relação do Porto. Em <http://www.lexpoint.pt/conteudos/1047/77516/acordaos/acordao-do-tribunal-da-relacao-do-porto-de-11102017>, consulta em 19/06/2018.

NOTA À COMUNICAÇÃO SOCIAL do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do Conselho Superior da Magistratura, de 23/10/2017, sobre o Acórdão do Tribunal

²² LEBRUN, François. A vida conjugal no Antigo Regime. 1988, p. 30.

da Relação do Porto. Em <https://www.csm.org.pt/comunicacao-social/page/9/>, consulta em 21/06/2018.

CURA, António Alberto Vieira Cura. Direito Romano e História do Direito Português. 2.^a edição. Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1772-8.

DOMINGUES, José. As Ordenações Afonsinas – Três séculos de direito medieval (1211-1512). Zéfiro, 2008. ISBN 978-972-8958-66-4.

LEBRUN, François. A vida conjugal no Antigo Regime. Lisboa: Edições Rolim, 1988.

Ordenações Afonsinas. Em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/> (texto fac-simile), consulta em 09/05/2018.

Ordenações Afonsinas. Livro V. Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

Ordenações Filipinas. Em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> (texto fac-simile), consulta em 15/06/2018.

Ordenações Manuelinas. Em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/> (texto fac-simile), consulta em 13/06/2018.

Ordenações Manuelinas. Livro V. Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.