

NÃO ATIRE OUTRA PEDRA. PROCESSO REPARATÓRIO DE DANO MORAL POR ADULTÉRIO: MAIS UMA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES¹

Diaulas Costa Ribeiro²

Kelle Lobato Moreira³

Resumo: O adultério, no Brasil, foi descriminalizado em 2005. O dever de fidelidade conjugal remanesce como uma obrigação natural, no Código Civil. A propositura de ações reparatórias de dano moral, predominantemente contra mulheres, busca repristinar leis revogadas, com a novação de uma obrigação natural para que ela tenha consequências de obrigação civil. Nessas iniciativas, quase sempre, evidencia-se a intenção do marido de intimidar a mulher e viabilizar vantagem na partilha de bens, forçando-a a renunciar a direitos patrimoniais para evitar escândalos. O adultério, por si só, não ofende direito da personalidade a justificar a reparação de dano moral.

Palavras-chave: Adultério, dano moral, obrigação moral, obrigação civil, violência contra a mulher.

DO NOT CAST ANOTHER STONE. JUDICIAL REPARATORY ACTIONS FOR MORAL DAMAGES IN CASE OF

¹ Este artigo contém, com adaptações, o teor do voto divergente do primeiro autor no julgamento do recurso interposto contra sentença de primeira instância que condenou a esposa a reparar dano moral causado ao marido por suspeita de adultério.

² Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; Doutor em Direito (Ciências Jurídicas) pela Universidade Católica Portuguesa, Lisboa; Professor Titular da Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP); ex-Procurador de Justiça do Ministério Público.

³ Advogada e professora; Mestre em Prática Jurídica Europeia pela Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, e Universidade de Rouen, França, no âmbito do Programa *Erasmus Mundus*.

ALLEGED ADULTERY: ANOTHER VIOLENCE AGAINST WOMEN

Abstract: The crime of adultery in Brazil was abolished in 2005. The duty of conjugal fidelity remains as a spontaneous (natural) obligation in the Civil Code of 2002. The proposition of judicial reparatory action for moral damage, predominantly against women, seeks to renew revoked laws and to novate the consequences of natural obligation, changing it to a civil obligation. In these initiatives, the intention is, too often, to intimidate the woman in order to renounce property rights in favor of her husband to avoid scandals. Adultery by itself not justifies judicial condemnation of reparatory moral damage.

Keywords: Adultery, moral damage, moral obligation, civil obligation, violence against women.

INTRODUÇÃO



Emma Bovary, personagem do “romance dos romances” de Gustave Flaubert, publicado originalmente em fascículos da *Revue de Paris*, entre 1º de outubro e 15 de dezembro de 1856, casou-se com o médico Charles Bovary. “A mediocridade doméstica levou-a a fantasias luxuosas, a ternuras matrimoniais e aos desejos adúlteros.” O casamento chegou ao fim e Emma acabou suicidando-se em meio a infidelidades e outros problemas de uma vida conjugal derrotada. Não fosse Gustave Flaubert contar ao mundo a história desse discreto casal de uma província próxima a Rouen, ninguém saberia do adultério de *Madame Bovary*.

Gustavo Flaubert foi processado pelo Ministério Público, representado pelo Advogado Imperial, Ernest Pinart, junto à 6ª Câmara do Tribunal Correccional de Paris, com audiências em 31 de janeiro e 7 de fevereiro de 1857. Foi acusado de atentar contra

a religião e a moral da sociedade francesa ao expor a relação conjugal em termos inaceitáveis para a época, mesmo na França do pós-Iluminismo (1715-1789).

Depois de um processo em que a liberdade de expressão e a de criação intelectual estiveram no banco dos réus, Flaubert foi absolvido. Seu livro seguinte, *Salammbô*, de 1862, foi a resposta dada ao puritanismo que o incriminou.

Não se desconhece que *Madame Bovary* inaugurou a escola literária conhecida como “realismo” e que o autor afirmou, em sua defesa, ser ele mesmo Emma Bovary. A referência à obra, como se se tratasse de um documentário, foi um recurso de estilo para aproximar a narrativa ao caso real em estudo.

Machado de Assis (1839-1908) celebrou uma hipótese de adultério em *Dom Casmurro*. Não houve processo contra o “pai” da Academia Brasileira de Letras, mas ainda hoje há teses universitárias sobre Capitu e Bentinho, com esforço intelectual dos estudiosos machadianos para responderem à pergunta que já conta mais de um século: – afinal, Capitu traiu ou não traiu Bentinho?

Sakineh Mohammadi Ashtiani é iraniana. Em 2006 foi condenada à morte por apedrejamento (lapidação), tendo sido acusada de adultério. A sentença foi suspensa em 2010 diante da pressão política internacional. Posteriormente, a pena foi reduzida para 10 anos de prisão por ter sido decidido que ela participou, indiretamente, do assassinato do marido.

Em *Salammbô*, não por acaso, também há, por amores malditos, uma morte por lapidação, mas de um homem: Mâtho. Apaixonados, a princesa que intitula o romance casou-se com outro. E no dia do casamento, Mâtho foi executado. Com elementos que fazem lembrar Romeu e Julieta, a princesa também morrerá.

A União Europeia declarou que a pena de morte por apedrejamento aplicada a Sakineh Ashtiani era bárbara; o Vaticano pediu clemência e o Brasil ofereceu-lhe asilo, afinal proibido

pelo presidente iraniano.

Sakineh Ashtiani, nascida em 1967 e à época com 43 anos, mãe de dois filhos, já havia sido condenada, em maio de 2006, no mesmo processo, pela acusação de manter relacionamento ilícito com dois homens, após a morte do marido. A pena de 99 chibatadas foi executada. E mesmo sob tortura, sua dignidade nunca lhe traiu: ela sempre negou os crimes que lhe foram imputados.

A pena de morte por apedrejamento, no caso de adultério, não decorre da Sura/Capítulo 24 (Al-Nur/A Luz) do Sagrado Alcorão, revelada depois da Hégira, em Medina, que prevê pena de cem chibatadas, mas da interpretação do Hadith/Hádice, inspirado no Pentateuco (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio) e no Talmude, o que demonstra, também na hermenêutica dos textos sagrados, o diálogo das fontes: “A adúltera e o adúltero, castigai cada um deles com cem açoites; e não tenham pena deles na religião de Deus se credes em Deus e no último dia. E que um grupo de crentes assista ao castigo.” (O ALCORÃO, p. 184).

O Pentateuco prevê a punição do adultério com pena de morte em Levítico, 20:10: “O Homem que cometer adultério com a mulher do seu próximo deverá morrer, tanto ele como a sua cúmplice” e em Deuteronômio, 22:22: “*Casos de adultério*: Se um homem for pego em flagrante deitado com uma mulher casada, ambos serão mortos, o homem que se deitou com a mulher e a mulher. Desse modo extirparás o mal de Israel.” (BÍBLIA DE JERUSALÉM, 1980).

Não se pode, contudo, tomar esse texto na literalidade. Naquela época, só os governantes romanos aplicavam a pena de morte; os judeus não podiam condenar nem executar essa sanção.

A pena de morte por apedrejamento, em casos de adultério, nos remete à perícopa da mulher adúltera (*Pericope Adulterae*), registrada na maioria das edições atuais do Evangelho de

São João, 7: 53 e 8:1-11:

“Muliere Adulterae

A mulher adúltera

7

53) et reversi sunt unusquisque in domum suam

– E cada um voltou para a sua casa

8

1) Iesus autem perrexit in montem Oliveti

– Jesus foi para o Monte das Oliveiras

2) et diluculo iterum venit in templum et omnis populus venit ad eum et sedens docebat eos

– Ao amanhecer, ele voltou ao Templo. Todo o povo foi ao seu encontro. Jesus sentou-se e começou a ensinar-lhes.

3) adducunt autem scribae et Phariseae mulierem in adulterio deprehensam et statuerunt eam in medio

– Os escribas e fariseus trouxeram uma mulher apanhada em adultério. E colocaram-na no centro.

4) et dixerunt ei magister haec mulier modo deprehensa est in adulterio

– e disseram: Mestre, essa mulher foi apanhada em adultério.

5) in lege autem Moses mandavit nobis huiusmodi lapidare tu ergo quid dicis

– Moisés manda, em sua Lei, que ela seja apedrejada. Tu, o que dizes?

6) haec autem dicebant temptantes eum ut possent accusare eum Iesus autem inclinans se deorsum digito scribebat in terra

– Eles puseram Jesus à prova para ter uma razão para acusá-lo. Mas Jesus inclinou-se e começou a escrever na terra, com o dedo.

7) cum autem perseverarent interrogantes eum erexit se et dixit eis qui sine peccato est vestrum primus in illam lapidem mittat

– Como eles insistiram na pergunta, Jesus se levantou e disse: “Quem dentre vocês não tiver nenhum pecado, que atire nela a primeira pedra.”

8) et iterum se inclinans scribebat in terra

– Inclinando-se novamente, Jesus continuou a escrever na terra.

9) audientes autem unus post unum exiebant incipientes a senioribus et remansit solus et mulier in medio stans

– Ao ouvirem Jesus, eles saíram, um após o outro, os mais velhos à frente. Jesus ficou só. A mulher continuou no centro.

10) *erigens autem se Iesus dixit ei mulier ubi sunt nemo te condemnavit*

– Jesus levantou-se e perguntou: “Mulher, ninguém lhe condenou?”

11) *quae dixit nemo Domine dixit autem Iesus nec ego te condemnabo vade et amplius iam noli peccare*

– Ela respondeu: “Ninguém condenou-me, senhor”. Disse-lhe, então, Jesus: “Eu também não lhe condeno. Vá e não peque mais.” (*BIBLIA SACRA VULGATA*, 2007, p. 1672-1673. Tradução livre).

O Código Penal iraniano determina que as pedras não sejam muito grandes para que não provoquem morte imediata, nem muito pequenas, para que sejam consideradas pedras. As mulheres são enterradas até os ombros e os homens até a cintura. Para se salvarem, precisam escapar enquanto as pedras são atiradas pela multidão. O objetivo é causar morte lenta e dolorosa, comum em outros países que adotam a mesma reprimenda.

Se dependesse apenas de si, Sakineh Ashtiani estaria morta. Esse foi o destino de Soraya Manutchehri, apedrejada em 15 de agosto de 1986, aos 35 anos, em Kuhpayeh, Irã, condenada sob a acusação de adultério, apesar de inúmeros pedidos de clemência e testemunhos de que seu marido pretendia casar-se com uma adolescente de 14 anos. Como não teve autorização das autoridades por não ter condições de sustentar duas famílias, espalhou rumores de que havia sido traído, desencadeando o processo, a condenação e a execução. (SAHEBJAM, 1990).

Há questionamentos e críticas sobre a autenticidade da perícopes da adúltera. Muitos estudiosos concluíram que ela não integrava o texto original do Evangelho de São João. Alguns afirmam que pertenceria ao Evangelho de São Lucas. Estudos recentes admitem que ela não integrou, originalmente, nenhum dos Evangelhos.

DIEGO GRACIA (2010, p. 22-23), Catedrático da Faculdade de Medicina da Universidade Complutense de Madrid, tratou da história das formas dos Evangelhos:

“Análise a partir da história das formas (*Formgeschichte*) - Se

as críticas textual e literária tiveram seu grande momento nas décadas imediatamente anteriores à Primeira Guerra Mundial, a história das formas foi a grande novidade metodológica do período entre guerras. O nome ‘história das formas’ foi dado por Martin Dibelius em 1919, ao publicar seu livro *A história das formas do Evangelho*. Dois anos depois, em 1921, surgiu outro grande monumento fundacional desse método, a *História da tradição sinóptica*, de Rudolf Bultmann. Esse método parte ‘do pressuposto ou da ideia de que os escritos do Novo Testamento pertencem a diversos gêneros literários e que – uns mais, outros menos – conservam tesouros de tradição baseados em modelos de ‘formas’ e elementos formais’. (HEINRICH ZIMMERMANN, *Los métodos histórico-críticos en el Nuevo Testamento*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1969, p. 139). Cuida, pois, de situar cada texto dentro do seu ‘gênero literário’, a fim de dotá-lo de sentido preciso.”

O primeiro manuscrito em que a perícope aparece integralmente é o *Codex Bezae* ou *Código Beza*, do século V ou VI, que contém os quatro Evangelhos, o Atos dos Apóstolos e epístolas católicas. Mas atribui-se a São Jerônimo, na tradução da Bíblia do hebraico para o latim – conhecida como *Biblia Sacra Vulgata* ou simplesmente *Vulgata* –, feita entre os anos 390 e 405, a inclusão desses versículos no Evangelho de São João, na posição topográfica em que permanecem na maioria das edições atuais da Bíblia. Também há dúvidas historiográficas sobre o texto original traduzido por São Jerônimo, que, por não ter domínio do hebraico, teria utilizado escritos em grego:

“Até hoje, desde sua primeira referência na *Didascalia apostolorum*, a perícope adúltera possui um longo e complexo histórico de recepção e transmissão que, pelo menos no início, a colocou à margem da interpretação cristã. Ausente das primeiras cópias dos Evangelhos e raramente citada, emergiu no século IV como um conto popular, amplamente entre os autores de língua latina. Escritores como Hilário de Poitiers (ca. 315-67/8), Paciano de Barcelona (ca. 310-91), Ambrósio de Milão (ca. 339-97), Gelásio (m. 395), Rufino de Aquileia (ca. 345-411), [São] Jerônimo (ca. 345-420), [Santo] Agostinho de Hipona (345-430), Pedro Crisólogo (ca. 400-450), Leão, o Grande (d. 461), Sedúlio (ativo ca. 450), e Cassiodoro (ca. 485-

580) referiram-se a ela, muitas vezes com detalhes e em versões semelhantes à que é impressa nas edições modernas do Evangelho de João. O escritor grego Didymus o Cego (ca. 313-98), um teólogo e professor do século IV que vivia em Alexandria, também conhecia essa história, mas em uma versão um pouco diferente, sendo provável que não tenha tido São João como fonte originária.

O *Codex Bezae* (D/d 05, ca. 400), uma cópia bilíngue, em grego e em latim, dos Evangelhos, do Atos dos Apóstolos e de epístolas católicas é o mais antigo testemunho manuscrito da presença da perícope em um Evangelho canônico cristão. Muitos, mas nem todos os primeiros manuscritos latinos de João, preservaram a história; a grande maioria dos manuscritos gregos bizantinos incluíram-na, embora em versões ligeiramente distintas. Outros manuscritos gregos omitiram a história. Dentre os mais significativos estão aqueles identificados com o “texto alexandrino”, considerado mais fiel ao texto inicial do Evangelho.

Em “Against Pelagians” [Contra (a doutrina de) Pelágio], São Jerônimo reconheceu que a passagem era encontrada “em muitas cópias, tanto gregas como latinas”, do Evangelho de São João (*in multis et Graecis et Latinis codicibus*; Pelag. 2.17); em outras palavras, ele sabia que a perícope não era unânime em todas as cópias. No entanto, incluiu-a na sua própria tradução latina, a *Vulgata*, preservada até hoje.

Embora nem todos soubessem da história, aqueles que a conheciam se esforçaram para garantir sua sobrevivência. Por exemplo, um revisor do Evangelho em latim antigo, do século VIII ou IX, constatou que a história não estava no *Codex Bezae Cantabrigiae*, do século VII ou VIII, tendo inserido a tradução de São Jerônimo na margem do texto. Posteriormente, as páginas foram aparadas, mas essa margem foi dobrada e mantida. Alguns escribas, inseguros sobre como lidar com as diferenças entre seus exemplares, acrescentaram a história da mulher adúltera ao final do Evangelho. Em uma família de manuscritos, a perícope foi incorporada ao Evangelho de Lucas; em outras, depois de João 7:36, 7:44, 8:12 ou entre Lucas e João.” (KNUST and WASERMAN, 2020, p. 2-4).

A PENA DE MORTE NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

No Brasil, no início da colonização portuguesa, sob o rigor do Livro V das Ordenações Filipinas, o adultério da mulher era punido com a pena da Lei Mosaica:

TÍTULO XXV

Do que dorme com mulher casada

6. E em todo o caso, onde a mulher for condenada à morte por adultério, haverá [terá] o marido que a acusar todos os seus bens, assim dotais, como quaisquer outros que a esse tempo tiver, ou lhe por Direito pertencerem, não tendo filhos, ou outros descendentes, que houvesse do dito marido, ou doutro, se já dantes outra vez fora casada, ou havidos de algum outro homem, os quais por nossas Ordenações, ou por Direito Comum lhe pudessem suceder.

7. E sendo caso, que a mulher acusada por adultério for condenada em alguma outra pena, que não seja morte natural, o marido não vencerá os bens.

E se a mulher for absoluta [absolvida] do adultério, de que o marido a acusava, por o não provar, sendo o casamento provado por confissão de dita mulher, feita a princípio, antes que fosse dado lugar à prova, haverá a mulher todos os bens do marido, que a esse tempo tiver, ou lhe por Direito pertencerem, não tendo ele filhos, ou outros descendentes, como dissemos no parágrafo precedente, quando o marido vence os bens.

E sendo absoluta [absolvida] por se não provar o casamento, não vencerá os bens do dito marido.”

TÍTULO XXXVIII

Do que matou sua mulher, por a achar em adultério

Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero for Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matar alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degradado para África com pregão na audiência pelo tempo que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de três anos.

O teor do Título XXXVIII, que repete, literalmente, excertos do Pentateuco já transcritos, inspirou, no Brasil, as absolvições de assassinos de mulheres pelo Tribunal do Júri, fundamentadas na tese da legítima defesa da honra. Esse tema será

desenvolvido a seguir, ante o revivalismo desse fundamento, proscrito desde 1991, provocado pelo Supremo Tribunal Federal, no final de 2020.

A AÇÃO REPARATÓRIA DE DANO MORAL

A ação reparatória de dano moral proposta contra a mulher, sob a alegação de adultério, passou a ser utilizada após a revogação do art. 240 do Código Penal, decorrente da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Com ações cíveis dessa natureza buscam-se, nos tribunais, novas pedras a serem atiradas no mesmo alvo. A neutralidade de gênero da legislação e de alguma jurisprudência é uma forma dissimulada de se esconder uma verdade incômoda: tanto no passado como hoje as ações penais e cíveis, por adultério, eram e são, majoritariamente, contra mulheres.

Pergunta-se, com insistência, ao Poder Judiciário, se será acrescentado um precedente jurisprudencial de apedrejamento às mulheres, ou se haverá um ponto final nesse martírio. Como o Brasil não aceitou manter o Direito Penal como instrumento para sancionar uma conduta própria da intimidade conjugal, o que revelava a punição de uma questão moral, não se pode permitir que o Direito Civil seja a nova Lei de Moisés.

A punição civil do adultério tem consequências até mais graves do que a pena prevista para o crime revogado. Naquele tempo, ainda estava vigente a legislação civil que impunha culpa à responsável pelo fim do casamento, sancionando-a com a perda do direito de uso do nome do marido, o chamado “nome de casada”, e o de receber pensão alimentícia.

Alguns dirão que a legislação era neutra e que tanto o homem quanto a mulher perdiam esses direitos. Há nessa afirmação mais um apego à falsa neutralidade de gênero. A legislação antiga não permitia a mudança do nome do homem, no casamento, para adotar os apelidos, os nomes de família da esposa,

como ocorria com as mulheres, que desde sempre adotam os nomes de família do marido.

A mudança legal que permite ao homem mudar o nome no casamento é recente e não gerou sequer costume. A tradição é a mulher mudá-lo; logo, em termos práticos, com demonstração estatística, essa era uma sanção aplicada às mulheres. Pelo mesmo caminho andou a pensão alimentícia. Não era e ainda não é cultural a mulher pagar pensão alimentícia ao ex-marido. A propósito, há, nessa matéria, uma mudança radical na aplicação Direito de Família pelos tribunais: independente dos motivos e de quem tomou a iniciativa do divórcio, excepcionalmente um cônjuge é condenado a pagar alimentos ao outro, o que se aplica, também, aos casamentos entre pessoas do mesmo gênero.

O Direito sancionador, seja o Penal, seja o Civil, não pode escolher, no século XXI, uma moral a preservar. No sistema jurídico brasileiro “não há lugar à tutela da moral ou de uma qualquer moral”, na expressão de Jorge de Figueiredo Dias (DIAS, 1999, p. 56).

A exposição de motivos do anteprojeto do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) apresentou os elementos de época para a criminalização do adultério:

“77. O projeto mantém a incriminação do *adultério*, que passa, porém, a figurar entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família “sob a proteção especial do Estado”. Uma notável inovação contém o projeto: para que se configure o adultério do marido, não é necessário que este *tenha e mantenha* concubina, bastando, tal como no adultério da mulher, a simples infidelidade conjugal.

Outra inovação apresenta o projeto, no tocante ao crime em questão: a pena é sensivelmente diminuída, passando a ser de detenção por 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses; é de 1 (um) mês, apenas, o prazo de *decadência do direito de queixa* (e não *prescrição da ação penal*), e este não pode ser exercido pelo cônjuge desquitado ou que consentiu no adultério ou o perdoou expressa ou tacitamente. Além disso, o juiz pode deixar de aplicar a pena, se havia cessado a vida em comum dos cônjuges ou se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.”

[O art. 317 do antigo Código Civil, de 1916, foi revogado pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977): Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério. II. Tentativa de morte. III. Sevícia, ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.]

ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, Desembargador do então Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Rio de Janeiro, nos comentários ao art. 240 do Código Penal, anotou que:

“A lei Júlia de *adulteriis* (promulgada ao tempo de Augusto) punia criminalmente o adultério com a relegação e admitia morte da adúltera e do comparsa pelo pai daquela, quando colhidos em flagrante. A partir de Constantino, adotou-se a pena de morte. A infidelidade do marido, por si mesma, não constituía adultério (MAYNZ, *ob. cit.*, III; § 392). Do mesmo modo, entre os hebreus, era punido com a morte o adultério da mulher e do homem com quem ela o cometia. Em todos os povos, desde a mais alta antiguidade, o adultério da mulher foi considerado mais grave que o do homem. O direito canônico, porém, declarava punível o adultério de ambos, e os Códigos Penais modernos, influenciados pelo Código francês de 1810, fazem distinção entre adultério da mulher e o do marido, exigindo para a configuração do último, o concubinato. Códigos ainda mais modernos, como o alemão e o austríaco, equiparam o adultério do homem ao da mulher. Pelo geral, exigem as legislações, para o adultério do marido, o concubinato. No Código francês é necessário que a concubina seja mantida no domicílio conjugal, isto é, não só no domicílio principal ou ordinário, mas em todo lugar onde vai habitar o marido, para seus negócios, “*car il doit toujours être prêt à y recevoir sa femme*”. Nosso Código Penal de 1890, art. 279, assim dispunha: “A

mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a três anos. § 1º Em igual pena incorrerá: 1º, o marido que tiver concubina, teúda e manteúda; 2º, a concubina; 3º, o co-réu adúltero. §2º A acusação deste crime é lícita somente aos cônjuges, que ficarão privados do exercício desse direito se por “qualquer modo houverem consentido no adultério.” (Destaque na transcrição) (LACERDA, 1959, p. 378-384).

FIDELIDADE CONJUGAL: OBRIGAÇÃO NATURAL *VERSUS* OBRIGAÇÃO CIVIL

A fidelidade conjugal é uma obrigação natural (*naturales obligationes*). O Código Civil português (Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde 1 de junho de 1967), apresenta a antiga noção dessa obrigação:

“Obrigações naturais. Artigo 402º (Noção) - A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça.”

O Código Civil francês, no segundo parágrafo do art. 1100, com a redação dada pela *Ordonnance* de 10 de fevereiro de 2016, retomou o conceito de obrigação natural:

“Art. 1100. – Les obligations naissent d’actes juridiques, de faits juridique ou de l’autorité seule de la loi.”

“Elles peuvent naitre de l’exécution volontaire ou de la promesse d’exécution d’un devoir de conscience envers autrui.”

Doutrinadores franceses repetem, na essência, o teor do dispositivo do Código Civil português:

A consagração das obrigações naturais. A segunda alínea do artigo comentado afirma que as obrigações podem surgir do cumprimento voluntário ou da promessa de cumprimento de um dever de consciência para com os outros. As obrigações naturais não têm natureza jurídica e emergem de um dever de consciência. Elas podem, no entanto, adquirir natureza jurídica, seja pelo compromisso assumido de cumpri-las (que se compreende como um compromisso de vontade unilateral), seja pelo seu cumprimento voluntário. É o reconhecimento do dever moral que produz essa mudança (Ripert G., *La règle*

morale dans les obligations civiles, 4^e éd., 1949, LGDJ, nº 193.)

Essa é uma consagração direta da jurisprudência. Recordemos, nesse sentido, o célebre acórdão da Primeira Seção Civil da Corte de Cassação, de 10 de outubro de 1995, segundo o qual “*a transformação, impropriamente qualificada como novação, de uma obrigação natural em uma obrigação civil, que se baseia num compromisso unilateral de quem deveria cumprir a obrigação natural, não exige que uma obrigação civil tenha preexistido à obrigação natural.* (DOUVILLE *et. al.*, 2016, p. 20). (Cass. 1^{re} CIV., 10 oct. 1995, nº 93-20.300, Bull. civ. I, nº 352 ; D. 1996, p. 120, obs. Libchaber R.; D. 1997, p. 85, chron. Molfessis N.; D. 1997, p. 155, note Pignarre G.)”

No mesmo sentido:

Considerações iniciais. – A obrigação natural não é compulsória; ela produz, no entanto, certos efeitos de obrigação civil. Para compreender o conceito e o regime, ela deve ser comparada à obrigação civil, à qual se opõe.

Onde existe uma obrigação civil, o credor pode exigir que o devedor a cumpra; pelo contrário, a obrigação natural não dispõe de uma sanção: o credor não pode obrigar o devedor a cumpri-la em execução forçada. Isso não quer dizer que ela não produza efeitos; a obrigação natural justifica os pagamentos voluntários, cuja repetição é vedada (art. 1302, parágrafo segundo; antigo art. 1235, parágrafo segundo), e as promessas de cumprimento, que se tornam civilmente compulsórias. (MA-LAURIE *et. al.*, 2017, p. 741).

Indispensável, ainda, a lição de GEORGE RIPERT:

“193. Se a obrigação natural se confunde, pela sua natureza, com o dever moral, devemos tirar daí como consequência que não há uma teoria geral da obrigação natural, mas obrigações naturais susceptíveis de produzir efeitos diferentes.

Estamos no domínio da consciência. A pessoa que realiza um ato jurídico é inspirada pela ideia de que não faz mais do que cumprir o seu dever. Trata-se simplesmente de saber até que ponto este pensamento pode modificar o caráter normal e a qualificação jurídica do ato realizado. A consideração da intenção é preponderante. O juiz procura qual é o motivo que faz agir as partes e não pode deixar de ter em consideração o fato de que uma delas agiu por dever.

Objeta-se que a perscrutar assim os motivos de cada ato e fazer

depende o valor e os efeitos do ato dos motivos que o inspiraram, cai-se numa perigosa apreciação dos deveres de consciência. O juiz não é um moralista. Não pode dosar os deveres morais ou impor a sua execução.

A objeção teria lugar se se tratasse de transformar cada dever moral em regra civil. A querer instaurar na sociedade este reino da virtude, o juiz empregaria a sua força e faria sem dúvida sentir a sua tirania. Mas é justamente o motivo que faz recusar a ação de execução quando o dever moral se não pode encarnar numa das formas reconhecidas da obrigação civil.” (RIPERT, 2002, p. 363-365).

O Código Civil brasileiro, no art. 1.566, trata das obrigações naturais decorrentes do casamento, exceto a do inciso IV, que prevê obrigação civil:

“Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.”

Não se pode exigir, judicialmente, o cumprimento de uma obrigação natural de fidelidade. Punir a infidelidade conjugal com sanção civil seria transformar uma obrigação natural em uma obrigação civil. “Não fazer duma expressão cômoda uma construção jurídica e tirar desta obrigação natural uma quantidade de efeitos jurídicos transpondo os efeitos normais da obrigação civil. Seria tomar por uma realidade o que não é mais que um aspecto de obrigação.” (RIPERT, *Idem*).

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência patrimonial contra a mulher foi definida no art. 7º, IV da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Entende-se por violência patrimonial “qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a

satisfazer suas necessidades”.

Os processos judiciais por adultério têm um viés patrimonial. Como transcrito, as Ordenações Filipinas asseguravam a condenação da mulher adúltera à pena de morte para que o marido “houvesse” todos os seus bens. O Direito Romano também previa penas patrimoniais para o adultério, tendo sido a fonte de inspiração da legislação correlata.

O “homicídio passional” por legítima defesa da honra era a porta de saída dos feminicidas no Brasil. Muitos, sem a alternativa do divórcio, que só foi introduzido no sistema jurídico nacional pela “Emenda Néelson Carneiro”, nome dado à Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei n° 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, encontravam, no assassinato e na posterior justificativa do adultério, a via expressa para se alcançar a solução para dois “problemas do casamento”: a indissolubilidade e a partilha de bens.

É ainda recente, de 1991, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que pôs fim à tese da legítima defesa da honra, enraizada nos Tribunais do Júri para a absolvição de assassinos de mulheres:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DUPLO HOMICÍDIO PRATICADO PELO MARIDO QUE SURPREENDE SUA ESPOSA EM FLAGRANTE ADULTÉRIO. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE CONFIGURA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. DECISÃO QUE SE ANULA POR MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, PARÁGRAFO 3º, DO CPP).

Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório, de acordo com a lição de Jiménez de Asúa (El criminalista, Ed. Zavalia, B. Aires, 1960, t. IV, p. 34), desde que não se comprove ato de deliberada vingança.

O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25, do Código Penal.

A prova dos autos conduz à autoria e à materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não à pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adulterar, não preservou a sua própria honra.

Nesta fase do processo, não se há de falar em ofensa a soberania do júri, desde que os seus veredictos só se tornam invioláveis, quando não há mais possibilidade de apelação. Não é o caso dos autos, submetidos, ainda, à regra do artigo 593, parágrafo 3º, do CPP.

Recurso provido para cassar a decisão do júri e o acórdão recorrido, para sujeitar o réu a novo julgamento.”

(REsp 1.517/PR, Rel. Ministro JOSE CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/1991, DJ 15/04/1991, p. 4309).

Em 4 de novembro de 2019, na mesma Sexta Turma, o ministro Rogério Schietti Cruz renovou esse posicionamento, referindo-se à decisão pioneira:

“Por fim, cumpre-me esclarecer ao agravante, ainda que em *obiter dictum*, que, desde 1991, pelo menos, a tese de legítima defesa da honra é refutada, com veemência, por esta Corte Superior como fundamento válido à absolvição dos uxoricidas (REsp n. 1517/PR, Rel. Ministro José Cândido de Carvalho Filho, 6ª T., DJ 15/4/1991).

Embora seja livre a tribuna e desimpedido o uso de argumentos defensivos, surpreende saber que ainda se postula, em pleno ano de 2019, a absolvição sumária de quem retira a vida da companheira por, supostamente, ter sua honra ferida pelo comportamento da vítima. Em um país que registrou, em 2018, a quantidade de 1.206 mulheres vítimas de feminicídio, soa no mínimo anacrônico alguém ainda sustentar a possibilidade de que se mate uma mulher em nome da honra do seu consorte.

Não vivemos mais períodos de triste memória, em que réus eram absolvidos em Plenários do Tribunal do Júri com esse tipo de argumentação. Surpreende ver ainda essa tese sustentada por profissional do Direito em uma Corte Superior, como se a decisão judicial que afastou tão esdrúxula tese fosse contrária à lei penal. Como pretender lícito, ou conforme ao Direito, o comportamento de ceifar, covardemente - a acusação foi a de que o acusado enganou a vítima até ela morrer -, a vida da companheira simplesmente porque ela dançou com outro

homem e porque desejava romper o relacionamento? À vista do exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ, não conheço do agravo em recurso especial”. (STJ, AREsp 1.553.933/SC).

Essa questão, que parecia superada, receberá decisão do Supremo Tribunal Federal, podendo agravar-se o panorama da chacina de mulheres no país. Às vésperas do Natal de 2020, por exemplo, diversas brasileiras foram assassinadas por homens com quem se relacionavam ou se relacionaram. No Rio de Janeiro foi assassinada uma Juíza. O autor do feminicídio, seu ex-marido, matou-a a golpes de faca, de forma súbita e inclemente, na presença das filhas do casal, ainda crianças.

O feminicídio é, no Código Penal brasileiro, uma qualificadora (*essentialia delicti*) do homicídio, um crime doloso contra a vida sujeito a julgamento pelo Tribunal do Júri por imposição da Constituição Federal:

“Art. 5º, XXXVIII: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

No caso de decisão “manifestamente” contrária à prova dos autos, o tribunal que julgar o recurso pode cassar a decisão e restituir o processo para novo julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos do art. 593 do Código de Processo Penal (CPP):

“Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...]

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

(...)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

(...)

§ 3º Se a apelação se fundar no III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.”

Nesse ponto surgiu, recentemente, um imbróglio jurídico.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 29 de setembro de 2020, por três votos a dois, manter a decisão do Tribunal do Júri de uma cidade próxima a Belo Horizonte, que acolheu, para absolver o acusado, a proscriota tese da legítima defesa da honra. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) havia determinado ao Tribunal do Júri a realização de novo julgamento do réu confesso, acusado de tentar matar a esposa a golpes de faca, por suspeita de infidelidade. O TJMG considerou que a absolvição era manifestamente contrária à prova dos autos. O STJ manteve essa decisão.

A Primeira Turma do STF decidiu que não era possível ao Ministério Público recorrer de decisão do Tribunal do Júri que ilibou o réu com base em quesito absolutório genérico (O jurado absolve ou condena o réu?). A decisão invocou a soberania dos vereditos, assegurada pela Constituição Federal.

Segundo o relator, ministro Marco Aurélio, a Constituição Federal (artigo 5º, XXXVIII, alínea “c”) assegura a soberania dos vereditos. Ele ressaltou que o julgamento pelo Tribunal do Júri é feito por iguais, por leigos, e que o CPP prevê que o conselho de sentença (os jurados) será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. “Se os jurados absolvem, não há por que prosseguir nessa quesitação”. Para o ministro, a decisão do Júri não merecia censura, pois fora calcada na soberania dos vereditos, e o Tribunal de Justiça não poderia desconsiderá-la ou assentar que só serviria a resposta negativa. Segundo o relator, a resposta positiva quanto à absolvição do acusado não fica condicionada à defesa ou aos elementos probatórios. Os ministros Dias Toffoli e Rosa Weber acompanharam o relator, salientando que a Constituição Federal prevê a soberania do Júri tanto para condenação quanto para absolvição:

“JÚRI – ABSOLVIÇÃO. A absolvição do réu, ante resposta a quesito específico, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, considerada a livre convicção dos

jurados – artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal.”
(HC 178777, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-291 DIVULG 11-12-2020 PUBLIC 14-12-2020)

Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, que denegaram a ordem de *habeas corpus* com base em precedentes da Turma (RHC 170559). Entenderam que o caso dizia respeito a um crime gravíssimo contra a mulher, em que o acusado considerou que a esposa lhe pertencia e que a “morte dela lavaria a sua honra”. “Até décadas atrás, no Brasil, a legítima defesa da honra era o argumento que mais absolvía os homens violentos que mataram suas namoradas e esposas, o que fez o país campeão de feminicídio”, afirmou o ministro Alexandre de Moraes.

Para ele, embora a soberania dos vereditos seja uma garantia constitucional do Tribunal do Júri, há a possibilidade de um segundo julgamento pelo conselho de sentença, “aí sim, definitivo”, onde se esgotaria a análise probatória. O ministro salientou que o quesito genérico tem a finalidade de simplificar a votação dos jurados, reunindo as teses da defesa, e não para transformar o corpo de jurados “em um poder incontestável, ilimitado, que não permita que outro conselho de sentença possa reanalisar”. Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, ao acompanhar a divergência na sua integralidade, afirmou que deve haver uma prevenção geral, a fim de não naturalizar o feminicídio.”

REPERCUSSÃO GERAL: OS LIMITES DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O debate sobre o tema não está encerrado. O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgará o Recurso Extraordinário nº 1225185, sob a sistemática da repercussão geral, admitida em junho de 2020. Será decidido se há ou não limites para a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri. A ementa da decisão que

admitiu o julgamento da repercussão geral delineou a tese a ser decidida: o cabimento ou não da absolvição por clemência:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO A PARTIR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C §2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

(ARE 1225185 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020)

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CASO CONCRETO

No caso deste estudo, houve diversas formas de violência contra a mulher. A primeira, o constrangimento íntimo dos fundamentos do processo.

A segunda, o seu trâmite público, com documentos e referências à ação de divórcio, uma via indireta para quebrar o segredo de justiça e expor a mulher ao “apedrejamento”, muito facilitado pelas redes sociais.

Independente do que constava da petição inicial da ação reparatória, que poderia ou não ser verdade, poderia ou não ter repercussão jurídica, e isso não tinha relevância para o sigilo, a mulher e os filhos – a ação foi ajuizada pelo marido, pai dos menores – tinham o direito de ver preservada e respeitada sua intimidade, não sendo admissível que ela tenha sido exposta, independente dos motivos invocados. O trâmite processual sob segredo de justiça cumpriria o disposto no art. 189, II do Código de Processo Civil (CPC).

A terceira violência foi patrimonial. A consulta aos autos da ação de divórcio evidenciou que as Ordenações Filipinas foram reprimadas no nosso (in)consciente jurídico. O casal já

firmou acordo para a guarda e pensão aos filhos; houve concórdia quanto à decretação do divórcio. A divergência residual se restringia à partilha de bens.

A quarta violência foi à intimidade. O marido narrou que monitorava a esposa por meio de um aplicativo localizador instalado clandestinamente no telefone celular (telemóvel) dela.

Foi juntada por ele uma foto e texto de diálogos entre a esposa e terceira pessoa, também extraídas do seu celular. Ou seja: a esposa portava, sem saber, um aplicativo espião instalado pelo marido, como se a mulher fosse gado (rês), ou como se fosse *res*, coisa de propriedade dele.

No Brasil, ainda marca-se o gado com ferro em brasa para identificar o dono. A marcação a ferro também já foi adotada para identificar criminosos (método ferrete) e há casos de mulheres que foram marcadas por seus maridos sob a acusação de adultério. No gado, por imposição fiscal e controle sanitário, mas não por misericórdia ao animal, passou-se, sem extinguir a tradição do ferro, a usar um chip localizador, um brinco eletrônico.

Intimidade, ensina DIEGO GRACIA:

“É um substantivo abstrato derivado do termo latino *interior*, cujo superlativo é *intimus*. O íntimo é o mais interior que uma pessoa tem ou possui. A intimidade tem sido colocada tradicionalmente em relação com as crenças religiosas e a atividade moral da pessoa. O tribunal da consciência é íntimo, porque ninguém, exceto Deus, pode nele penetrar.

O que é, pois, novo, sobre o tema da intimidade? Várias coisas. Em primeiro lugar, a secularização do seu conteúdo. A intimidade não é composta apenas de conteúdos religiosos. Há outros elementos a integrá-la: morais, ideológicos, estéticos, políticos etc. Há, pois, intimidade dos que não professam crenças religiosas. A intimidade é inerente a todo ser humano pelo simples fato de sê-lo. Daí a segunda característica: o respeito à intimidade não está condicionado ao tipo de crença que se professa, não depende dos seus conteúdos. A intimidade é respeitável porque pertence a um ser humano, e não pelo conteúdo que tenha. Este é um salto fundamental. Os outros não são

respeitáveis porque pensam como eu ou tem as mesmas crenças, mas porque são os outros, outros seres humanos, outros como eu. Não é um problema de conteúdo, mas de estrutura. A partir deste ponto, era fácil dar o terceiro salto, convertendo a intimidade em um direito humano fundamental, algo de goza todo ser humano pelo simples fato de sê-lo, e que tem, por consequência, que ser reconhecido e protegido pela lei. Isso explica porquê foi necessário esperar até a entrada do mundo moderno para ver convertida a intimidade em um direito humano dentre os chamados direitos subjetivos ou personalíssimos. A ideia de intimidade é muito antiga, mas o direito à intimidade, não. De fato, esperou-se até o século XX para vê-lo incluído explicitamente nas tábuas de direitos humanos.” (GRACIA, 2000, p. XI-XVI).

Há conhecidas formas de intrusão na intimidade alheia, muito facilitadas pelas novas tecnologias, o que motivou a tipificação, como crime, da invasão de dispositivo informático, inserido no art. 154-A do Código Penal, com ação penal condicionada à representação da vítima (crime semi-público):

“Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º *Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:*

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

(...)

“Ação penal

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, *somente se procede mediante representação*, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS QUE AFASTARAM O DANO MORAL EM CASOS DE ADULTÉRIO

O marido alega que foi exposto à execração pública por ter sido traído. Na inicial, afirmou, expressamente, que: “A requerida traiu o marido. Cometeu adultério, ao manter relacionamento amoroso com outro homem, às escondidas, faltando, assim, com dois dos principais deveres do casamento: o de fidelidade e o de lealdade.”

Quem pôs essa narrativa na rede mundial de computadores foi o marido, ao ajuizar a ação sem preservar a intimidade de um casamento com dois filhos adolescentes, tendo juntado documentos sigilosos em um processo público. Como estava em discussão judicial a partilha de bens, quanto mais tempo demorasse a ação de divórcio, mais ultrajante seria o desfecho para a mulher. O objetivo do apedrejamento, também neste processo, era causar “morte” lenta e dolorosa. O casal poderia estar divorciado deste que a esposa teve a iniciativa de promover a respectiva ação.

Não há provas de que houve adultério, e não há evidências de que a mulher sujeitou o marido a grave exposição e/ou a humilhação públicas. Ao contrário, a narrativa da petição inicial demonstra que, se houve adultério, houve discrição.

Há, também, as hipóteses de consentimento e de perdão tácito. Uma testemunha apresentada pelo marido “ouviu dizer” da infidelidade conjugal oito anos antes. Também ouviu que o primeiro filho do casal não seria filho do marido e teria sido concebido antes do casamento, 14 anos antes da audiência judicial. Por fim, afirmou ter contado ao próprio marido “tudo o que

sabia” antes da propositura da ação de divórcio. O marido, por sua vez, alegou que só teria descoberto a suposta infidelidade da esposa por meio do aplicativo instalado no celular dela.

A conclusão é que se busca matar a mulher moralmente. Para isso, quanto mais pedras forem atiradas, mais se cumprirá a meta de viabilizar vantagem na partilha de bens.

Uma vez mais têm pertinência os comentários de ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA ao revogado art. 240 do Código Penal:

“Conceito do crime. Cumpre indagar o que seja o *fato* constitutivo do adultério. Autores há que entendem concretizar-se o adultério somente com a cópula *normal* completa. Carrara, referindo-se a outros atos sexuais (chamados *Venus nefanda*), dizia que não pode “*a rigore di principii ravvisarci una vera e propria violazione del diritto maritale trattandosi di atto a cui davvero non può vantare diritto neppure il marito*”. Mas, como bem acentua Nélson Hungria, ‘o motivo da punibilidade do adultério é tão-somente a garantia do exclusivismo da mútua posse sexual dos cônjuges, como condição mesma da ordem e conservação da família. O adultério, no Código, é crime “contra o casamento”, base da família legítima, e figura em subtítulo dos crimes contra a família. Deve ter-se em conta a ratio da incriminação.’

Tem, pois, inteiro apoio no sistema do Código o conceito do citado autor: “Certamente, não basta, para integrar o “adultério, um simples *flirt*, um beijo, um afago, uma atitude ambígua; mas qualquer *ato sexual* inequívoco com “o terceiro é o crime na plenitude da sua configuração legal.” O comportamento ambíguo do cônjuge pode constituir injúria que fundamente ação de desquite; mas só o ato sexual inequívoco com terceiro, voluntariamente praticado, ou tolerado, constitui adultério.” (LACERDA, 1959, p. 378-384).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Brasília) é majoritária no sentido de que o adultério *tout court* não gera dano moral, devendo os precedentes ser preservados por segurança jurídica:

“A conduta infiel do cônjuge durante o vínculo conjugal, em tese, pode ensejar o dever de reparação, na hipótese de grave exposição ou humilhação do consorte traído. O dever de

reparação ocorre em razão de condutas violadoras do princípio da eticidade e da dignidade da pessoa humana. [...] Não se configura ofensa a direitos da personalidade e, conseqüentemente, não gera dano indenizável, a hipótese em que a própria existência do fato encontra-se controversa nos autos, tendo sido negada pelo suposto cônjuge desleal, não havendo qualquer conduta dirigida a exposição ou humilhação do esposo alegadamente traído. (...)” (TJDFT, Acórdão n.1017208, 2017)

“Em que pese seja natural que o rompimento da relação e a descoberta da traição tragam dor, sofrimento, tristeza e desapontamento ao apelante, tais fatos não demonstram, no caso em comento, acontecimento extraordinário a evidenciar flagrante violação aos seus direitos de personalidade. “Não é qualquer dor ou constrangimento que acarreta o dever de indenizar, sob pena de banalizar o próprio conceito de dano moral. Assim, a tendência de querer ver em tudo uma causa de dano moral é ainda mais perigosa porque se insere em um pensamento econômico-financeiro que quer monetizar todas as relações sociais, impregnando-as, de maneira radical, pelo fator dinheiro, transformando o dissabor, a angústia, a dor, em forma de vingar o desafeto, e isso o Judiciário não pode chancelar.” (Sentença de fls.147/148 v.). (TJDFT, Acórdão n. 549835, 2011)

“A infidelidade é, por si só, insuficiente para causar dano moral que, se existente, não obrigaria o cúmplice do companheiro infrator.” (TJDFT, Acórdão n. 693893, 2013)

“2. Ofensas vagas perpetradas durante o calor da discussão após anos do término de um longo relacionamento amoroso que envolveu infidelidade conjugal não ensejam reparação por danos morais se delas não houve sequer relato de extremo sofrimento ou de limitação às atividades costumeiras. Precedentes do TJDFT.” (TJDFT, Acórdão n. 981041, 2016).

CONCLUSÃO

Não cabe ao Poder Judiciário, pela via sinuosa da ação de reparação de dano moral, repriminar censura jurídica ao adúltero. Fidelidade conjugal é uma obrigação natural, moral e/ou religiosa. Mas não é, entre nós, no século XXI, uma obrigação civil nem uma infração penal.

Os casamentos são como as caravanas de beduínos nos

desertos. “Ninguém pergunta à caravana qual será o seu roteiro no areal. O Deserto, como o Oceano, tem rumos mas não tem estradas.” (HUMBERTO DE CAMPOS, prefácio. Malba Tahan. *Mil Histórias sem fim...* 12ª ed., Rio de Janeiro: Conquista, 1963, p. 18).

Sabendo disso, o legislador retirou a intromissão do Estado nas questões conjugais estritamente privadas e não violentas, não cabendo ao Poder Judiciário refazer estradas no deserto ou nos oceanos dantes navegados. A dissolução do casamento, pelo divórcio, enquanto direito potestativo individual, é a única solução jurídica civilizacional para os que têm “desejos adúlteros” insuperáveis e inegociáveis no casamento.

Independente da origem da períclope da adúltera, é oportuna, à guisa de conclusão, a alusão que lhe fez o poeta norte-irlandês Seamus Heaney (o primeiro nome pronuncia-se “Xeimas”, 1939-2013), em “Punição”, um dos seus “Poemas do Pântano” (HEANEY, 1998, p. 117-119):

“Em 1975, o poeta e vencedor do Prêmio Nobel [de Literatura, de 1995], Seamus Heaney, apresentou uma interpretação muito diferente dessa mesma história [períclope da adúltera] em ‘Punição’, um dos seus ‘Poemas do Pântano’.

Inspirado pela descoberta [em 1951] de um conjunto de corpos mumificados, assassinados e deixados para apodrecer em um pântano dinamarquês há dois mil anos, Heaney ofereceu uma série de reflexões sobre arqueologia e história, e associou o lugar desses assassinatos da Idade do Ferro aos *‘Troubles/Conflitos’* na Irlanda do Norte. [The Troubles: conflito etno-nacionalista na Irlanda do Norte, de 1960 ao fim dos anos 1990].

“Punição”, dedicado ao corpo de uma adolescente (quatorze anos?), associa a adúltera do Evangelho a uma menina viking assassinada e a um grupo de mulheres irlandesas acusadas de ‘fraternidade’ com soldados britânicos.

Testemunhas silenciosas que observam, mas não evitam esses atos de castigo, Heaney sugere, são partícipes plenas na perpetuação da violência e do abuso que posteriormente denunciam. A alusão à períclope, no poema, é indireta, mas não ambígua. Heaney chama a menina submersa de ‘pequena adúltera’ (seu crime específico não é conhecido) e lamenta que ele, o poeta,

tenha jogado as pedras do silêncio como um ‘voyeur astucioso’.

Culpando espectadores mudos pela cumplicidade e pela hipocrisia, o poema acusa aqueles que observam atos de ‘vingança tribal’ e ainda falam com ‘indignação civilizada’ após o fato.” (KNUST and WASERMAN, 2020, p. 2).

POST SCRIPTUM:

Antes da conclusão do julgamento do recurso o casal realizou acordo. O processo foi extinto *rebus sic stantibus*.



REFERÊNCIAS

- O ALCORÃO. Tradução de Mansur Chalita. Rio de Janeiro: Associação Cultura Internacional Gibran, s/d.
- ASSIS, Machado de. *Dom Carmurro*. 1ed. Rio de Janeiro: MEDIAfashion, 2008, 336p. (Publicado originalmente pela Editora Garnier: Rio de Janeiro, 1899).
- BIBLIA SACRA VULGATA. Iuxta Vulgatam Versionem*, Fünfte, verbesserte Auflage, Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft, 2007.
- BÍBLIA DE JERUSALÉM. São Paulo: Paulinas, 1980.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.517/PR, Rel. Ministro Jose Cândido de Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 11/03/1991, DJ 15/04/1991, p. 4309.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.553.933/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 4/11/2019, DJe 05/11/2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 178777, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/09/2020, DJe-291 Divulg. 11/12/2020 Public. 14/12/2020.

Disponível: em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=452595> Acesso em: 04/01/2021.

- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 549835, 20090710325867APC, Relator: LECIR MANOEL DA LUZ, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/11/2011, publicado no DJE: 28/11/2011. Pág.: 75.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.693893, 20100110834846APC, Relator: FERNANDO HABIBE, Revisor: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/07/2013, publicado no DJE: 19/07/2013. Pág.: 141.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.981041, 20140910272728APC, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 10/11/2016, publicado no DJE: 22/11/2016. Pág.: 648/651.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.1017208, 20150111294290APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 26/04/2017, publicado no DJE: 18/05/2017. Pág.: 356/363.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DOUVILLE, Thibault et. al. *La Réforme du Droit des Contrats*. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2016.
- GRACIA, Diego. Prólogo. Carmen Sánchez Carazo. *A intimidad y el secreto médico*. Madrid: Dias de Santos, 2000.
- _____. *Medice cura te ipsum*. Tradução e adaptação: Diaulas Costa Ribeiro. In: Diaulas Costa Ribeiro (Org.). *A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010.
- FLAUBERT, Gustave. *Madame Bovary*. Mœurs de province.

- Edition définitive. Paris: Bibliothèque-Charpentier, 1916, 472p.
- HEANEY, Seamus. *Poemas*. José Antônio Arantes: tradução, introdução e notas. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KNUST, Jennifer, WASERMAN Tommy. *To Cast the First Stone – The Transmission of a Gospel Story*. Princeton: Princeton University Press, 2020.
- LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 378-384.
- MALAURIE, Philippe ; AYNES, Laurent ; et STOFFELMUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 9. ed., Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2017.
- RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, 2ª ed., Tradução: Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.
- SAHEBJAM, Freidoune. *La femme lapidée*. Paris: Grasset, 1990.