

SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER CASADA

reitos e deveres recíprocos dos cônjuges

Pela Dr.^a GABRIELA ALMERINDA GUEDES SALGUEIRO

1 — DEVER DE FIDELIDADE: *Em que consiste. Carácter legal da obrigação* — Querendo conhecer os direitos e deveres pessoais da mulher casada, começemos por indicar algumas obrigações que a lei lhe impõe, aliás, em termos análogos aos estabelecidos quanto ao marido.

Com efeito, diz o art. 38.^o do decreto n.^o 1, de 25 de Dezembro de 1910, que: «os cônjuges têm obrigação:

- 1.^o — De guardar mutuamente fidelidade conjugal;
- 2.^o — De viver juntos;
- 3.^o — De socorrer-se e ajudar-se reciprocamente.

Há, assim, pois, certos deveres inerentes à própria natureza do casamento, que a mulher, como o marido, têm de cumprir.

Pelo que respeita ao dever de fidelidade, já S. Jerónimo dizia que a obrigação de fidelidade impõe um dever igual aos dois esposos. «Entre nós, o que é imposto às mulheres é imposto aos homens. As leis de Jesus Cristo e as dos imperadores não são semelhantes; S. Paulo e Papiniano não nos ensinam a mesma coisa. Aqueles soltam as rédeas à impudência dos homens e só condenam o adultério com uma mulher casada. Mas, entre os

cristãos, não é assim. Se um marido pode repudiar a mulher por motivo de adultério, também uma mulher pode abandonar o marido pelo mesmo crime: em condições iguais, a obrigação é igual».

Contudo, durante séculos, nunca tal obrigação foi considerada como impondo-se do mesmo modo à mulher e ao homem; S. Gregório dizia, referindo-se à lei Júlia: — «os homens a redigiram, por isso ela persegue as mulheres».

Porém, nos Códigos modernos, já tal obrigação aparece imposta tanto ao marido como à mulher, mas uma vez posta a regra, ainda a desigualdade aparece quanto às sanções, pelo menos, nalguns Códigos.

A) — *Sanções do adultério antes da Lei do Divórcio:*

a) — *Sanções civis — divórcio ou separação de pessoas e bens.* — Se olhássemos o nosso Código Civil, víamos que, não obstante o art. 1.184.º impôr como obrigação mútua o dever de fidelidade, as sanções, quer civis, quer penais, eram diferentes. Com efeito, o adultério da mulher era muito mais gravemente punido que o do marido.

Assim, pelo que respeitava à sanção civil, separação de pessoas e bens, o adultério da mulher era sempre causa dessa separação, ao passo que o do marido só o era quando fôsse com escândalo público, completo desamparo da mulher ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal (art. 1.204.º, n.ºs 1 e 2).

Mas a desigualdade não ficava por aqui, e assim, o legislador, que tinha no corpo do art. 1.210.º estabelecido a regra de que da separação de pessoas deriva necessariamente a separação de bens, abria no § único do artigo uma excepção em detrimento da mulher. Não julgando suficiente estabelecer a possibilidade da separação em todos os casos de falta da mulher, admitia ainda que nesta hipótese podia haver mera separação de pessoas, sem separação de bens, apenas tendo a mulher direito a alimentos, e isto qualquer que fôsse o regime matrimonial, e apenas com a restrição de a mulher «provar que ao tempo em que cometeu o adultério podia requerer a separação contra o marido, por algumas das causas mencionadas no n.º 2, do art. 1.204.º».

Tão grande era o desejo do legislador de punir mais grave-

mente o adultério da mulher, que o levava a admitir essa figura nova e estranha da simples separação de pessoas, que representava uma exagerada e inadmissível sanção patrimonial.

b) — *Sanção penal — crime de adultério.* — Mas a desigualdade não existia apenas no tocante à sanção civil, pois que também o Código Penal estabelecia diferentes sanções penais, conforme se tratasse de adultério da mulher ou do marido.

Enquanto o da mulher era sempre punido, nos termos do art. 401.º daquele Código, com prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, com degrêdo temporário, o do marido, quando punido, só o era com uma pena correccional, e das mais leves, multa de três meses a três anos (art. 404.º do Código Penal). E dizemos quando punido, pois que só era considerado crime se tivesse «manceba teúda e manteúda» no domicílio conjugal.

Portanto, a desigualdade existia não só no que respeitava às penas mas também aos elementos constitutivos da infracção.

Como se explicavam tais diferenças ?

Os jurista indicavam duas ordens de razões : — razões de ordem jurídica e razões de ordem social.

Dizia-se, e eram estas as razões de ordem jurídica, que o adultério da mulher tinha consequências mais graves que o adultério do marido, pois que podia levar a considerar como filhos legítimos filhos adúlteros, dadas as presunções legais de paternidade, sempre difíceis de ilidir, e isto com prejuízo para os filhos verdadeiros do casal, pois que aqueles viriam a herdar o mesmo que estes, o que já não acontecia quanto ao adultério do marido, pois não só não há presunções da paternidade como, por natureza, está feita a prova de que os filhos adúlteros do marido não são filhos do casal.

Por outro lado, apresentavam-se razões de ordem social, dizendo-se que era maior o escândalo causado pela falta da mulher e que era maior a sua reprovação, dadas as suas mais graves consequências.

Já Montesquieu entendia : — Les lois, ont demandé aux femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent point des hommes, parce que la violation de la pudeur suppose dans

les femmes un renoncement à toutes les vertus, parce que la femme, en violant les lois du mariage, sort de l'état de sa dépendance naturelle, parce que la nature a marqué l'infidélité de signes certains : outre que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari et à la charge du mari, au lieu que les enfants adultérins du mari ne sont pas à la femme ni à la charge de la femme».

Eram estas as razões apontadas para justificar a mais severa punição do adultério da mulher. Seriam elas convincentes? Não nos parece.

É certo que as consequências indicadas podem derivar do simples adultério da mulher, mas a verdade é que tal facto não justifica um desigual tratamento.

Com efeito, esta razão concerne menos à culpabilidade própria da mulher do que à sua natureza, de modo que a espôsa é punida mais por causa da constituição física do que pela perversidade da sua conduta. E mesmo tais consequências não se evitariam pelo facto de se lhes attribuir uma sanção mais enérgica, e dado que tal obrigação é igual para ambos os cônjuges, a sua falta de cumprimento deve ter iguais sanções.

Mais ainda : tão ofensivo se deve considerar para a dignidade do marido o adultério da mulher, como para a dignidade da mulher o adultério do marido.

Vimos que se dizia também que o adultério da mulher era mais severamente julgado pela moral comum. Ora não seria o do marido igualmente censurável no ponto de vista social? Seriam porventura os seus efeitos menores? Com efeito, se cometido com uma mulher livre contribui para fazer bastardos e perturba a tranquilidade da família legítima; se com uma mulher casada, introduz bastardos no lar de outrém e o mal é o mesmo. Multiplica assim os filhos adulterinos, afasta os filhos da prática do dever, é um mau exemplo e torna-se, por vezes, uma escola de corrupção.

Há que notar ainda, que o Código, nesta sua desigualdade de sanções, era ilógico consigo mesmo. Com efeito, pelo art. 1.185.º incumbia ao marido a obrigação de proteger e defender a pessoa e bens da mulher, e a esta prestar-lhe obediência. A lei considerava assim o marido o director da família, com

a missão de proteger e defender a mulher dos perigos e seduções. Seria, por isso, mais culpado pelo exemplo desmoralizador que lhe dava.

É mesmo, uma vez que é o marido quem gere o património do casal, a sua má conduta é mais perigosa porque pode provocar a ruína do lar. Dizia Legouvé: «Nas famílias ricas o adultério está na base de quase todas as falências, de quase todas as especulações vergonhosas. Nos lares do povo, é a ruína mesmo. Se um operário casado tem uma amante, há quase sempre dois lares, quando ele mal ganha para sustentar um. É necessário, pois, que um dos dois jejue. Será o legítimo? Nunca» (1).

Parece-nos, pois, que não havia razão para o legislador estabelecer desiguais sanções e tratar com favor o adultério do marido. Procedia contra a equidade e era ilógico consigo mesmo. Poderíamos perguntar como Beaumarchais: — «se a legislação trata as mulheres como menores quanto aos seus bens, porque as pune como maiores quanto às suas faltas?».

Note-se, que não queremos de modo algum dizer que o adultério da mulher não devesse ser gravemente punido. Entendemos que o legislador deve reprimir com severidade a violação do dever de fidelidade, porque o adultério é um atentado essencialmente perturbador da família. Na Alemanha, designam-no por uma expressão significativa — *Ehebruch*, ou seja ruptura do casamento. Na verdade, com ele uma série de males entra no domicílio conjugal, desaparecem a paz e a harmonia que aí devem reinar, torna-se uma escola de todos os maus exemplos. Por isso, entendemos que o legislador o deve sancionar, e de modo severo, não só para assim o reprimir como, tanto quanto possível, o evitar, sabido que a sanção tem não só um efeito repressivo mas, e não é o menor, um efeito preventivo. O que apenas queremos acentuar é que era injusto um sistema em que a faltas iguais correspondiam sanções desiguais. O legislador não deve dar nunca lições de imoralidade e dava-as quando

(1) LEGOUVÉ, *Conférences littéraires de la salle Barthélemy*, tomo II, pág. 153.

permitia ao homem violar impunemente o dever de fidelidade, punindo, contudo, esta violação na mulher.

Note-se que tal opinião já por muitos era seguida, ainda anteriormente ao movimento de emancipação da mulher. Citemos, por exemplo, algumas passagens de um discurso proferido na Associação dos Advogados de Lisboa, na sessão solene de 17 de Janeiro de 1877, por Luís Garrido, sobre «O Adultério do marido». Considera-o como um favor concedido pelos códigos portugueses e diz («... é tal, tão profunda, tão injustificável, tão odiosa e tão funesta a desigualdade entre as consequências civis e penais da falta do marido, e aquelas que as nossas leis fazem derivar da falta da mulher, que não posso deixar de ver em tão monstruosa injustiça um verdadeiro favor outorgado ao marido pelos legisladores e aceito com deplorável docilidade pelo corpo social. É incontestável que a sociedade aceita sem a menor opposição esta desigualdade, esta injustiça, e se as leis apenas tivessem de ser fiéis intérpretes dos sentimentos do povo para que são feitas, se não cumprisse que a sua inspiração viesse de mais alto, ninguém duvidaria, neste ponto, da excelência das nossas. É esta, porém, uma das mais tristes consequências das suas disposições. Com efeito, da maneira por que a lei encara os factos deriva necessariamente um certo conceito acêrca da sua moralidade. Ora a indulgência para com as nossas paixões deve levar-nos e de facto nos leva, a aceitar de bom grado o que a favorece»).

E repare-se que o autor tem o cuidado de acentuar que assim pensa por não ser partidário da igualdade entre a mulher e o homem, embora também a não repugne, mas por entender que a Justiça o impõe, pois acrescenta: — «A desigualdade é muitas vezes justa, neste caso é, ou pelo menos parece-me, injustíssima. Sabei, portanto, que vos falo, não em nome da igualdade, mas em nome da Justiça. Isto não significa que reputasse indigna de vós e de mim uma doutrina tão grave como essa da igualdade entre o homem e a mulher que tantos e distintos adeptos tem tido...»).

«As nossas leis civis e penais precisam de ser modificadas, não porque estabeleçam desigualdade entre os direitos da mulher e os do marido, casos há em que tal desigualdade seria

justificada, mas porque a igualdade, neste que estamos considerando, é a Justiça».

Vê-se, assim, que já em 1877, dez anos após a promulgação do Código Civil, se reconhecia a injustiça existente na lei quanto à repressão do adultério da mulher e do marido.

Há que reconhecer, porém, que o nosso Código nada mais fez do que consagrar o estabelecido no antigo direito e nos Códigos estrangeiros, como no francês, que tinha doutrina semelhante à nossa.

Actualmente, todavia, em quasi todos os países, está estabelecida a igualdade na punição do adultério. Pelo que respeita às sanções civis, essa igualdade existe na Suíça, Áustria, Alemanha, Países-Baixos, Estados Escandinavos, Rússia, Roménia e França (a partir de 1884), e a desigualdade apenas se encontra na Itália, Bélgica e Espanha.

Na Inglaterra, houve até 1923 um sistema intermédio; assim, existia igualdade relativamente ao adultério, quando se tratava de separação, mas já não existia no caso de divórcio, pois que enquanto a infidelidade da mulher era suficiente para dar ao marido o direito de pedir o divórcio, a infidelidade marital só era motivo de ruptura para a mulher, quando fôsse acompanhada de certas circunstâncias particularmente agravantes, tais como, bigamia, incesto, violação, sodomia, crueldade, abandono e outros. (Note-se que adultério é o único motivo de divórcio reconhecido pela legislação inglesa, podendo haver vários outros motivos para a separação).

Hoje, porém, graças ao «The matrimonial cause's Act», de 1923, foram suprimidas essas desigualdades, que subsistiam entre os esposos, dando-se à mulher, nas mesmas condições que ao marido, a faculdade de solicitar o divórcio por simples adultério.

Quanto às sanções penais do adultério, digamos, a título de curiosidade, que têm sido seguidos três sistemas. Um, em que a adultério é delito, sancionado com uma pena, abstraindo das possíveis consequências no ponto de vista civil; é o existente na Áustria, Países-Baixos, Rússia e Suíça. Outro, em que o adultério não é considerado como delito e em que só está sujeito à lei penal se ocasionar o divórcio ou a separação; é o adoptado

na Alemanha, Húngria e em alguns cantões da Suíça. E finalmente, um terceiro, em que não é considerado como pertencendo ao direito penal, é o seguido na Inglaterra, Estado de New-York e cantão de Génova.

Um dos países em que maior desigualdade existia quanto à repressão do adultério entre os dois cônjuges era em França, onde o adultério da mulher era sempre punido com prisão de três meses a dois anos, e o do marido, com multa de 100 a 2.000 francos e só sendo com concubina no domicílio conjugal. A cumplicidade apenas era punível no caso de adultério do marido.

Na Bélgica, onde se adopta o Código Civil Francês, é já menor a desigualdade, pois que o marido em vez de ser punido com multa é-o com prisão de um mês a um ano, e o adultério do marido é também uma causa de exclusão de culpabilidade.

Em Itália, o adultério do marido só era punido com concubina na casa conjugal ou fora, mas sendo notório, e a pena é a perda do poder marital (Código Penal de 1890).

Em Espanha a falta da mulher é sempre punida com pena correccional média e máxima, a do marido só com prisão correccional mínima e média e tendo concubina em casa ou fora, havendo escândalo público; em matéria civil, a mesma circunstância agravante é necessária para permitir a separação (Código Civil de 1869).

B) — *Lei do Divórcio — Sanções Civis e penais — Justa reforma operada por esta lei.* — Visto assim o regimen dos Códigos Civil e Penal, em comparação com o de algumas legislações estrangeiras, analisemos, agora, a reforma operada pelo Dec. de 3 de Novembro de 1910, que estabeleceu o divórcio entre nós.

Finalmente, este Dec., vendo a injustiça das disposições do Código Civil, veio estabelecer, nesta matéria, a igualdade entre os cônjuges, revogando os artigos do Código Civil e os do Código Penal, que do assunto se ocupavam.

E, assim, pelo que respeita a *sanções civis*, tanto o adultério da mulher como o do marido são causa de divórcio ou de separação de pessoas e bens (art. 4.º, n.ºs 1 e 2 e art. 43.º, que considera causas de separação de pessoas e de bens os mesmos funda-

mentos do divórcio litigioso), e nem existe já a possibilidade de, quanto ao adultério da mulher, haver só separação de pessoas, continuando o marido com a administração e fruição dos bens do casal. O § único do art. 1.210.º do Código Civil, que tal estabelecia, foi revogado expressamente pelo art. 50.º do decreto de 1910; portanto, hoje, declarada a separação de pessoas, segue-se necessariamente a de bens, quer se trate de adultério do marido, quer da mulher.

Há, assim, uma perfeita equiparação quanto às consequências civis e vamos vê-la também no que respeita às penais, pois que o n.º 1 do art. 61.º da Lei do Divórcio declara que o adultério do marido será igualado em carácter e gravidade ao da mulher. Hoje, pois, basta o simples cometimento do adultério por parte do marido para ele poder ser punido.

Há também igualdade nas penas, que não poderão para qualquer deles e respectivo co-réu exceder o máximo da prisão correccional; foi assim reduzida a pena que a mulher sofria.

Admitem-se, também, todas as provas contra o cúmplice, pois que o § 2.º do art. 401.º foi revogado.

Segundo a lei actual, o conjuge ofendido tem de optar pela acção criminal de adultério, ou pela civil do divórcio, ou de separação, com base em adultério, não podendo cumulá-las em caso algum.

Só há, assim, possibilidade de se aplicar uma espécie de sanção, embora podendo ser a civil ou penal.

Já vimos que há países que só admitem uma sanção, a civil, e parece este o sistema preferível, pois que quando há queixa após o divórcio, tal só se pode compreender por vingança, uma vez que os esposos já estão separados; e quando há queixa sem divórcio, a união conjugal é gravemente atingida pela prisão de um dos conjuges e já se não compreende a vida em comum.

Note-se que o adultério é um crime particular, mas há que ter em conta o § 2.º do art. 404.º, que não permite o direito de querela do marido quando é adúltero ou culpado de lenocínio.

Quando algum dos cônjuges encontra o outro em flagrante delicto de adultério, e comete um crime de ofensas corporais contra ele ou contra o cúmplice, de que resulta doença ou im-

possibilidade de trabalho por tempo não superior a 20 dias (punível pelo n.º 1 ou pelo n.º 2 do art. 360.º), fica impune.

Há então uma causa de exclusão de culpabilidade, que assenta na provocação do adultério em flagrante do outro cônjuge. Como sabemos, a ira causada pelo adultério é um estado emotivo, e por isso, também as ofensas corporais devem ser praticadas «in continenti» ou enquanto subsistir o estado de ira, para que exista uma causa justa, devendo haver igualmente uma certa proporção da ofensa à ira; por isso só naqueles casos há uma causa de exclusão de culpabilidade.

Com efeito, se as ofensas corporais forem maiores, alguma das indicadas nos n.ºs 3 a 5 do mesmo artigo, ou seja, doença ou impossibilidade por mais de 20 ou mais de 30 dias, cortamento, privação, aleijão ou inhabilitação de membro ou órgão, privação da razão ou impossibilidade de trabalho por toda a vida (art. 361.º), ou, ainda, um crime de castração (art. 366.º), já não há uma causa de exclusão de culpabilidade, mas simplesmente, uma atenuação, porque já se considera excessiva a desafronta tirada pelo cônjuge ofendido.

A pena consistirá, então, em seis meses de destêrro para fora da comarca (art. 372.º), sendo, assim, a provocação uma atenuante especial do crime de homicídio ou de ofensas corporais.

A mulher que, pelo § 2.º do art. 372.º, apenas beneficiava desta causa de exclusão de culpabilidade quando se tratasse de adultério do marido com concubina teúda e manteúda na casa conjugal, pois que só êsse era incriminado, beneficia, hoje, dela, mesmo que o adultério do marido não tenha ocorrido naquelas circunstâncias, visto que a falta do marido foi igualada à da mulher em carácter e gravidade. Tem de se interpretar, pois, extensivamente, aquela norma, o que é de admitir dado tratar-se de uma norma penal negativa.

A mulher só poderá acusar criminalmente o adultério do marido, quando este tenha sido praticado durante a vida dos cônjuges em comum, pois que pela Lei do Divórcio, só então é considerado criminoso.

Portanto, se estiverem divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens, ou mesmo só de facto, não poderá

a mulher, assim como o marido, requerer que lhe seja aplicada a sanção penal. Note-se que quanto a esta última hipótese, de separação do facto, há divergências entre os autores, entendendo alguns, como, por exemplo, o Professor Pires de Lima e a Revista de Legislação e Jurisprudência, que ainda mesmo neste caso se deve punir penalmente o adultério.

Parece-nos, porém, melhor a opinião de que quando existe separação de facto entre os cônjuges, já não há vida em comum para o efeito de considerar o adultério criminoso. Vida em comum tem significado diverso de constância do matrimónio, de sociedade conjugal não interrompida ou de presença do outro cônjuge; a cessação de vida em comum equivale a separação de facto, e esta, se não suspende nem o extingue o vínculo conjugal, interrompe, embora temporariamente, a sua execução.

Por outro lado, há que notar que os vários deveres conjugais são entre si interdependentes, e, por isso, a falta de cumprimento de um vai reflectir-se sobre o cumprimento dos outros; e assim, se a falta de execução do dever de co-habitação não exclui o dever de fidelidade, torna, porém, a sanção da sua violação mais leve.

Entendemos, portanto, que nesta hipótese, o adultério não é criminoso, e que, supondo o caso de infidelidade do marido, a mulher apenas pode requerer o divórcio ou a separação, pois que a própria redacção do art. 61.º da Lei do Divórcio, conservando ao facto a designação de adultério, manifestamente o quis deixar como causa legítima de divórcio ou separação. Com efeito, o artigo não diz: «só há adultério durante a vida dos cônjuges em comum», mas, «o adultério só será considerado criminoso quando ocorrer durante a vida dos cônjuges em comum».

Quis, assim, este decreto fazer cessar a criminalidade logo que, de facto, a sociedade conjugal não subsistisse, pois que o casamento, na moderna concepção do Direito, como diz Vaz Ferreira, deixa de revestir-se de todas as suas garantias, logo que se suspende o fim legal dele: a vida em comum dos cônjuges.

Portanto, actualmente, graças à reforma operada pelo decreto de 3 de Novembro de 1910, a obrigação de fidelidade é imposta e sancionada igualmente em relação aos dois cônjuges, desaparecendo a situação de flagrante e injustificável desigualdade existente nos Códigos Civil e Penal.

Operou-se, pois, um progresso nesta matéria, no sentido de igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges, que não quisemos deixar de assinalar, tanto mais que tão raros são.

2 — DEVER DE COHABITAÇÃO — a) *Existência e duração do dever de cohabitação.* — Ocupemo-nos agora de outro dever que já dissemos incumbir, também, igualmente aos dois cônjuges — o de viverem juntos.

A nossa lei, como vimos, estabelece-o no n.º 2 do art. 38.º do decreto n.º 1, que reproduz o art. 1.184.º do Código Civil.

Deriva esta obrigação da própria essência do casamento, pois que este implica necessariamente vida comum.

O dever de cohabitação apresenta-se revestindo um duplo aspecto: por um lado, compreende a obrigação da comunhão de habitação, a «*communio thori, mensae et habitationis*», e, pelo outro, a do débito conjugal, o cumprimento dos deveres conjugais.

No seu primeiro aspecto de comunhão de teto, relaciona-se este dever com a fixação do domicílio conjugal, pois para que se possa cumprir tal obrigação é necessário que se saiba qual o domicílio dos cônjuges; mas, no entanto, são coisas diferentes, pois que o dever de cohabitação é comum aos dois cônjuges e a fixação de domicílio conjugal pertence ao marido, como titular do poder marital, sendo a mulher obrigada a aceitar esse domicílio.

O dever de cohabitação só cessa com o divórcio ou separação de pessoas e bens, ou estando pendente qualquer dessas acções.

É, portanto, a mulher obrigada a viver com o marido, a não ser que haja divórcio ou separação, ou que tenha requerido o depósito judicial, como acto preparatório daquelas acções. Por outro lado, cessa também para a mulher o direito de exigir que o marido a receba, havendo já divórcio ou separação, ou reque-

rimento deles, por parte do marido, com fundamento em adulterio dela.

Só nestas hipóteses cessa tal dever, pois, mesmo que os cônjuges estabeleçam de comum acôrdo uma separação, ela não terá valor jurídico algum, podendo, a todo o momento, qualquer deles exigir o restabelecimento da vida conjugal, o que resulta quer do art. 43.º da Lei do Divórcio, que só permite a separação de pessoas e bens por decisão judicial, quer da natureza do casamento, que não é sòmente um contrato, mas também uma instituição. O único efeito que pode ter essa separação é, se durar 10 anos e fôr livremente consentida, constituir uma causa de divórcio ou separação (n.º 8 do art. 4.º da Lei do Divórcio), podendo-se recorrer aos processos indicados nos arts. 1.470.º e 1471.º do Código de Processo Civil, o do marido requerer a entrega judicial da mulher e o desta requerer que o marido a receba, para provar que tais condições se não dão. Se, embora havendo uma separação com essa duração, tiver sido requerida alguma dessas diligências, não se pode entender que ela é livremente consentida, e portanto, não é de admitir como fundamento de divórcio ou separação.

Notemos que a jurisprudência francesa adoptou uma prática justa e de interesse, autorizando a separação, independentemente do pedido de separação de pessoas e bens, quando um dos cônjuges alega que a vida comum lhe é intolerável porque o esposo não cumpre as suas obrigações.

Para fundamentar tal separação, tem-se invocado na jurisprudência a excepção «non adimpleti contractus», que permite a uma das partes não executar a sua obrigação, enquanto a outra não cumprir a sua; mas esta justificação, como nota Planiol, tem o defeito de, erradamente, assimilar o casamento a um contrato sinalagmático e fazer dos deveres que ele engendra obrigações puramente contratuais, quando na verdade elas decorrem da natureza do casamento.

Parece mais correcta a justificação resultante do carácter institucional do casamento; com efeito, sendo uma instituição um conjunto de regras legais formando um todo, se algumas dessas regras são desrespeitadas, todo o mecanismo é falseado e o casamento arrisca-se a degenerar na pior das servidões.

Por isso os tribunais deverão evitar que o não cumprimento de uma regra legal por um dos esposos crie para o outro uma situação injusta, desligando este de uma das suas obrigações.

Assim, se o marido cria à mulher uma vida insuportável, os tribunais deverão desligá-la do seu dever de cohabitação, obrigando, contudo, o marido à execução do dever de socorro, pelo pagamento de uma pensão. Esta separação de facto não suprime os deveres do conjuge, apenas suspende a execução daqueles que só podiam ser realizados com iniquidade, dada a inexecução, pelo outro cônjuge, de certas das suas obrigações. Esta suspensão é puramente temporária, cessando logo que se restabeleça a vida em comum ou que seja declarado o divórcio ou a separação de pessoas e bens.

Segundo cremos, esta jurisprudência não é seguida em Portugal, o que é de lamentar, pois que ela nos parece útil, justa e de benéficos efeitos, visto que sem recorrer ao remédio extremo de dissolver a sociedade conjugal, nem de a interromper judicialmente, permite pôr termo a situação injusta, desligando um dos cônjuges do cumprimento dos seus deveres quando o outro, por sua vez, os não cumpre, e isto sem qualquer carácter definitivo, tornando, portanto, sempre possível, como é de desejar, o restabelecimento da vida em comum. Sobretudo, quanto à mulher, seria da maior vantagem a adopção desta prática.

b) — *Sanções do dever de cohabitação.* — Suponhamos que a mulher não cumpre a sua obrigação de cohabitação, que abandona o domicílio conjugal; quais as sanções a que ficará sujeita?

Encontramos, logo, indicada na lei uma sanção coercitiva — o emprego de força pública. Com efeito, é actualmente, de novo, permitido obrigar a mulher, «manu militari», a regressar ao domicílio conjugal. E dizemos de novo, porque existindo tal diligência no antigo Código de Processo Civil, o decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, a proibira, sendo apenas o Código de Processo Civil de 1939 que a restabeleceu.

Tinha sido uma importante e justa reforma a realizada pelo decreto n.º 1.

É na verdade incompreensível que se possa ainda hoje admitir tal medida de violência, tão prejudicial e humilhante para a dignidade da mulher, como de nenhuns resultados práticos. Com efeito, não podendo a mulher, uma vez obrigada a regressar ao domicílio, ser sequestrada, visto que é proibido o cárcere privado, nada a impedirá de, à primeira oportunidade, se tornar a ausentar. E com certeza, não se deve presumir que se a mulher se viu obrigada, pela existência que aí lhe era criada, a sair de casa, o ser a ela trazida à força lhe modifique as intenções e a faça, após ter passado por tal vexame, renunciar ao desejo de abandonar a vida em comum.

Já Morisot-Thibault, em 1899, referindo-se a esta diligência, também admitida, não no Código Civil, mas na jurisprudência francesa, dizia: «O homem é uma coisa sagrada e não se poderá coagí-lo directamente da sua pessoa sem ressuscitar o estado de violência que o regime de direito fez desaparecer; quando a jurisprudência violou estes princípios em relação à mulher, decidindo que ela poderia ser trazida pela violência ao domicílio conjugal, não encontrou as razões, nem as tradições, nem os textos. Marcadé diz que a execução forçada nas obrigações de fazer não pode nunca resultar duma violência dirigida contra a pessoa do devedor, mas que é permitido obtê-la todas as vezes que fôr possível apoderarmo-nos da coisa prometida». No casamento, diz ele, «não é somente um acto pessoal, é a sua própria pessoa que a mulher me prometeu; porque não poderei, pois, solicitar, pelas vias legais a posse desta pessoa, objecto do contrato?».

«Deste modo», continua Morisot-Thibault, «os juristas faziam descer a esposa à categoria das cousas. Retrocediam no curso dos séculos. Se a personalidade legal da mulher está já consagrada por dois milhares de anos de existência, seria insensato subtraí-la, hoje, ao respeito devido à pessoa humana. Contra ela, empregar-se-á, contudo, a violência e advinha-se como ela será exercida».

E este ilustre escritor cita ainda um exemplo. «Eu habito Paris e minha mulher, fugindo de casa, refugiou-se em casa dos pais, em Argélia. Desde que eu obtenha do tribunal a sentença que autorize o emprego da força armada, minha mulher será

detida pela polícia e conduzida por étapes, a Paris. Durante vários dias, será rigorosamente guardada. Os agentes poderão vestir à paisana, que ela não deixará por isso, de ser prisioneira. Beneficiará das vias férreas, mas não estará menos exposta aos olhares estranhos. Receberá a hospitalidade, não de prisões, mas de hotéis; mas como será vigiada, tornar-se-á objecto de viva curiosidade e a sua situação dará lugar às piores suposições. Depois de ter sido durante toda a viagem alvo de maledicência pública, ser-me-á finalmente entregue, mais inimiga ainda, porque terá um novo ressentimento. Vítima revoltada, ela apenas procurará uma nova oportunidade para a fuga, e assim a sanção não terá alcançado o seu objectivo, porque terá sido excessiva».

«Trazida à força para o domicílio conjugal, a mulher terá milhares de ocasiões de se evadir, de novo, porque o marido não pode mantê-la em cárcere privado. O remédio, terá, portanto, sido ineficaz porque terá conseguido o simples regresso da mulher, mas não a continuação de habitação necessário à vida conjugal. O marido terá o direito de solicitar um novo emprego da força; mas a mulher poderá sempre fugir. De modo que, nesta luta contínua, os juizes serão enfim obrigados a ceder, e a sanção que impuseram não terá sido apenas ineficaz, mas terá, ainda, vibrado um grave golpe no prestígio da Justiça, uma vez que a ordem pública tem interesse em que nenhuma das suas sentenças fique sem execução».

Pois apesar de as concepções actuais de liberdade e respeito pela pessoa da mulher imporem a modificação que, tão louvavelmente, o art. 41.º do decreto n.º 1 realizara, o novo Código de Processo Civil, de 1939, veio restabelecer tão odiosa deligência e, assim, o art. 1.470.º dispõe que: «Quando a mulher abandonar o marido ou se recusar a acompanhá-lo, sendo a isso obrigada, pode ele requerer que a mulher lhe seja entregue judicialmente». E apenas poderá a mulher, para evitar tal medida, provar que está pendente ou foi julgada procedente acção de separação de pessoas e bens ou de divórcio, ou que foi autorizado o depósito dela como acto preparatório, não tendo ainda caducado este depósito, ou apresentado requerimento para ser

depositada, como acto preparatório da acção de divórcio ou de separação.

Escusado será dizer que a mulher não dispõe de nenhum meio legal para obrigar o marido a regressar ao lar. Apenas lhe é permitido, pelo art. 1.471.º do Código de Processo Civil, como já o era pela legislação antiga, «se o marido a expulsar ou abandonar requerer que ele a receba em casa observando-se o disposto no artigo anterior».

Esta medida, embora parecendo assegurar a igualdade em relação à mulher, é de nenhum efeito também, pois basta o marido ausentar-se para a não receber. E mesmo essa igualdade é puramente aparente, pois que, enquanto o emprego da força pública atingirá a mulher na sua própria pessoa, apenas ferirá o marido no objecto material da sua casa. Inflingirá à mulher a humilhação pública de ser conduzida prisioneira do lugar onde se encontrar até ao domicílio conjugal, onde será entregue às próprias mãos do marido, enquanto bastará a este afastar-se de casa momentaneamente para não receber a mulher.

É de lamentar que o legislador tivesse, de novo, estabelecido esses dois meios, pois não só são completamente ineficazes, como violentos, em especial quanto à mulher, pois que consiste em exercer sobre a sua pessoa verdadeiras vias de facto, para a levar, apesar da sua resistência, a voltar ao domicílio conjugal.

É um meio absolutamente atentatório do respeito que a personalidade da mulher deve merecer, além de que há aqui uma profunda desigualdade entre os conjuges, pois que quanto ao marido nunca se estabeleceu a possibilidade de ser trazido à força para a casa onde abandonou a mulher. O único meio de coacção consistiu, sempre, quanto a ele, em forçar a sua porta, para o obrigar a receber a mulher.

Note-se que nos outros códigos não é permitido tal recurso à violência. Assim, o Código Civil Italiano actual apenas dispõe, como já dispunha o anterior, de 1865, no art. 144.º que: «a obrigação do marido de prover à manutenção da mulher é suspensa, quando esta, afastando-se, sem justa causa, do domicílio conjugal, recuse a ele voltar. Pode, além disso, a autoridade judiciária, segundo as circunstâncias, ordenar em proveito

do marido e da prole a penhora temporária de parte dos rendimentos parafernais da mulher».

Também o Código Civil Alemão sanciona com uma acção judicial as obrigações recíprocas, que se referem à vida comum, mas a sentença obtida não é susceptível de execução forçada. O seu não cumprimento apenas fundamenta uma acção de divórcio por abandono malicioso.

Até em França, onde a jurisprudência tinha admitido tal sanção durante tempos, começou a recusá-la, desde 1884, o que se vê de uma sentença do Tribunal de Aix, em que se observa que repugna à consciência moderna a brutalidade que comporta o emprego da força contra a mulher; e são mais usadas outras sanções, como a condenação a uma «astreinte», a uma penhora pelo marido dos rendimentos da mulher, a uma indemnização de perdas e danos ao cônjuge abandonado pelo prejuízo que sofre pela falta do outro cônjuge, e o direito de pedir o divórcio ou separação por injúria grave. Como se vê, neste ponto, procedem bem mais avisada e justamente as legislações estrangeiras.

Mas também na nossa lei existem ainda outras sanções; assim, se é o marido quem abandona o domicílio conjugal, pode a mulher, independentemente de requerer o depósito judicial, pedir alimentos provisórios, como acto preparatório da acção de alimentos definitivos, fundada no desamparo ou no abandono por parte do marido (§ 2.º, art. 393.º).

Foi esta uma importante e útil inovação do Código de Processo Civil, pois que anteriormente, segundo certa jurisprudência, a mulher não podia, durante o matrimónio, pedir alimentos nem mesmo quando o marido a abandonava, e para o fazer tinha de intentar uma acção de separação ou divórcio, pois a lei só admitia que os solicitasse como acto preparatório daquelas acções.

Portanto, se é o marido quem abandona o domicílio conjugal, é ele obrigado a dar alimentos à mulher; se é esta quem se ausenta e não tiver causa legítima para requerer o divórcio, são-lhe recusados os alimentos.

Se, porém, foi ela que abandonou o domicílio, mas tenha motivo para o fazer, pode requerer esses alimentos na própria acção de divórcio ou separação.

Finalmente, há que notar que pode um dos cônjuges requerer o divórcio litigioso ou a separação judicial, quando haja uma absoluta ruptura de relações entre os esposos, por tempo não inferior a três anos (art. 4.º, n.º 5, da Lei do Divórcio). Com efeito, quando os esposos chegam a este ponto de desinteligência, em que a comunhão do domicílio deve ser imposta a um deles, o vínculo conjugal está tão atingido, que o divórcio ou a separação parecem inevitáveis, e tal é a única solução prática.

Portanto, todas as vezes que a mulher abandona o domicílio conjugal, fica sujeita às seguintes sanções; ser trazida à força para o domicílio conjugal, serem-lhe recusados alimentos pelo marido e poder ser pedido o divórcio contra ela baseado nesse abandono.

Note-se que também qualquer dos cônjuges pode — e agora referimo-nos ao segundo aspecto do dever de cohabitação, se houver uma recusa sistemática do cumprimento dos deveres conjugais, sem causa justa, por parte do outro — requerer o divórcio ou separação, com fundamento em injúrias graves.

3 — DEVER DE SOCORRO E ASSISTÊNCIA — a) *Dever de socorro.* — *Em que consiste* — O casamento impõe ainda à mulher a obrigação de prestar ao marido tudo aquilo de que este careça para a sua manutenção. Tem ela o dever de lhe dispensar os alimentos.

Não se pense que pelo facto de, na generalidade dos casos, ser ao marido que cumpre tal encargo, ele não é imposto também à mulher. A explicação está no facto de ser marido o administrador dos bens do casal e dos próprios da esposa e, sendo assim, não podia deixar de ser a ele que competia satisfazer tal obrigação, além de que também mais vulgarmente é ele quem exerce profissão.

É tanto assim é que quando é a mulher que possui fortuna ou que pelo seu trabalho sustenta ou ajuda a sustentar o lar, é ela que nós vemos desempenhar-se dessa obrigação de prestação de alimentos, o que sucede ainda, nos casos excepcionais, em que lhe pertence administrar o património da família.

Quando o marido abandona a mulher pode ela também, em vez de pedir alimentos para si, pedi-los para os filhos, o que

muitas vezes prefere fazer, visto que essa obrigação é sancionada penalmente, permitindo mesmo o art. 1.465.º do Código de Processo Civil que a execução do direito a alimentos se faça sobre o próprio salário ou vencimento do pai, e quando não seja possível obter o pagamento por esta forma, se requeira que lhe seja aplicada, em processo criminal, a pena de prisão até seis meses, não convertível em multa.

Em algumas legislações estrangeiras, como na Alemanha, Itália e França, há o delito de abandono de família, que acarreta uma sanção penal para a falta de cumprimento do dever de socorro para com o outro cônjuge. Em França, tal delito foi criado pela lei de 7 de Fevereiro de 1924, que se aplica a todas as pessoas condenadas a dar uma pensão alimentar aos cônjuges, em virtude da lei, e que tenham estado mais de três meses sem a cumprir.

Não se julgue que os cônjuges apenas estão obrigados a este dever de socorro no caso de viverem em comum ou de estarem separados de facto. Não, ainda mesmo que estejam separados ou divorciados, se mantém o direito aos alimentos e a obrigação de prestá-los.

Ainda terá a mulher, no caso de o marido falecer primeiro e de ela não ter meios de subsistência, o direito de ser alimentada pelos rendimentos dos bens deixados por ele, isto enquanto ela deles precisar e não passar a segundas núpcias. É o chamado direito de apanágio que a lei atribui aos cônjuges viuvos.

b) — *Dever de assistência.* — *Seu objecto e natureza.* — O decreto n.º 1 impõe ainda à mulher, como ao marido, um dever de assistência.

Podia parecer quase desnecessário que a lei o tivesse consignado, uma vez que o próprio modo de ser da mulher e a sua posição de facto na família, o estavam, por si mesmos, indicando.

É este, na verdade, um vasto campo de acção da mulher.

É uma assistência, assim na fortuna como na desgraça.

É o domínio da afeição conjugal, que se traduz na dedicação, que ajuda a suportar, tornando-as menos pesadas, as agruras e os desgostos, numa palavra, todos os males que possam,

de qualquer maneira, e tantas elas são, afectar a existência humana.

O não cumprimento desta obrigação pode, em certos casos mais graves, ser considerado uma injúria grave, e, como tal, constituir fundamento de divórcio.

Pode também, verificados os requisitos de responsabilidade civil, dar origem a uma indemnização de perdas e danos, mas não são muito prováveis casos destes, dada a natureza do fôro íntimo deste dever. Note-se que esta obrigação subsiste mesmo no caso de separação de facto, como nos mostra uma sentença francesa que julgou que o marido, embora dando uma pensão à mulher, deveria pagar os honorários duma operação cirúrgica a que ela fôra submetida.

4 — DIREITO DE PUBLICAÇÃO. — *Sua análise perante o Código Civil, decreto n.º 1 e decreto n.º 13.725.* — A mulher pode hoje publicar livremente as suas obras.

É o direito de publicação um poder que pertence, de modo igual, aos dois cônjuges, visto que, actualmente, salvo pequenas restrições, ambos eles podem livremente publicar as suas obras.

Quanto ao marido, sempre ele teve esse direito, mas quanto à mulher só lhe foi reconhecido a partir do art. 42.º do decreto n.º 1, confirmado agora pelo art. 10.º do decreto n.º 13.725.

Portanto, se a mulher que, por profissão ou entretenimento, se dedica a escrever, ou à pintura, por exemplo, quiser publicar os seus livros ou expor os seus quadros, poderá fazê-lo livremente.

Hoje, há que ter em conta as restrições postas pelo decreto n.º 13.725, relativo à propriedade literária e artística, e, assim, pode qualquer dos cônjuges opôr-se à publicação ou representação da obra do outro, quando esta haja produzido ou possa produzir escândalo público, reflectindo-se na sua pessoa.

Há, pois, que tomar em consideração estas restrições, que, porém, se impõem de igual modo aos dois cônjuges.