

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2018/1



LVIX

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanović (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Luis Menezes Leitão

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Dário Moura Vicente

Fernando Loureiro Bastos

Pedro Caridade de Freitas

Nuno Cunha Rodrigues

SECRETÁRIA DE REDAÇÃO

Rosa Guerreiro

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Outubro, 2018

5 Editorial

—— **André Mendes Barata**

- 7-42 O Mecanismo Único de Resolução: análise à luz do caso BES
The Single Resolution Mechanism: analysis in light of the BES case

—— **Carla Amado Gomes, Marco Caldeira, José Duarte Coimbra e Francisco Abreu Duarte**

- 43-91 O contencioso administrativo em matéria de direito de asilo e de protecção subsidiária
Procedural administrative remedies in respect of rights to asylum and to subsidiary protection

—— **Dário Moura Vicente**

- 93-113 O princípio da igualdade entre cônjuges no Direito Comparado
The principle of equality of spouses in the light of Comparative Law

—— **Érico Andrade**

- 115-162 A atuação judicial e o contraditório: o artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e as consequências da sua violação
Judicial activity and the principle of *audi alteram partem*: article 10 of Brazilian the Code of Civil procedure of 2015 and the consequences of its violation

—— **Lucas Calafiori Catharino de Assis**

- 163-188 A arbitragem tributária no contexto brasileiro
Tax arbitration in the Brazilian context

—— **Luís Filipe Mota Almeida**

- 189-222 Brevíssimas reflexões sobre a decisão do procedimento no novo Código do Procedimento Administrativo
Brief considerations about the decision of proceedings in the new Administrative Procedure Code

—— **Maria Cláudia Cachapuz**

- 223-248 A configuração e a restrição de direitos subjetivos a partir do exercício de posições jurídicas fundamentais em Hohfeld
Configuration and restriction of subjective rights in Hohfeld's model of basic legal positions

—— **Martim de Albuquerque**

- 249-279 D. Manuel I, o Direito e a Justiça
D. Manuel I, Law and Justice

O princípio da igualdade entre cônjuges no Direito Comparado

The principle of equality of spouses in the light of Comparative Law*

Dário Moura Vicente**

Sumário: I – O problema. *a)* A igualdade entre indivíduos como componente da Justiça. *b)* O casamento como comunidade de pessoas ligadas entre si por laços de reciprocidade e solidariedade. *c)* O secular conflito entre os dois termos do binómio e os seus diferentes modelos de solução. **II – O modelo hierárquico.** *a)* Na tradição hindu. *b)* Na tradição chinesa. *c)* Na tradição islâmica. *d)* Na tradição africana. *e)* Na família jurídica romano-germânica. **III – O modelo igualitário.** *a)* Na família jurídica anglo-americana. *b)* Nos sistemas socialistas. *c)* Na família jurídica romano-germânica. **IV – A superação dos modelos.** *a)* As insuficiências dos modelos. *b)* As limitações à regulação jurídica do casamento. *c)* O despontar de um novo modelo?

Resumo: O presente artigo examina o princípio da igualdade entre os cônjuges à luz do Direito Comparado. Coloca em evidência os dois modelos fundamentais de relações entre cônjuges que a comparação jurídica permite identificar a este respeito: o modelo hierárquico, com longo enraizamento nas tradições jurídica hindu, chinesa, islâmica e africana e também adotado durante largo período de tempo na família jurídica romano-germânica; e o modelo igualitário, oriundo da família jurídica anglo-americana, o qual encontrou também expresso acolhimento nos sistemas jurídicos socialistas e, mais recentemente, na família jurídica romano-germânica. Analisam-se em seguida as perspetivas atuais de superação de ambos os modelos.

* Conferência proferida em Maputo, em 5 de outubro de 2017, no Seminário sobre *Igualdade de Género nas Ordens Jurídicas de Moçambique e China: Desafios*, organizado pelas Faculdades de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Universidade de Macau. O autor agradece ao Prof. Doutor Daniel Morais as observações gentilmente formuladas quanto a uma versão anterior do texto. O presente trabalho é publicado a convite da *Revista*.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Palavras-chave: Princípio da igualdade; casamento; relações entre cônjuges; Direito Comparado; famílias jurídicas.

Abstract: This paper examines the principle of equality between spouses in the light of Comparative Law. It underscores the two fundamental models of matrimonial relationships that can be identified through legal comparison: the hierarchical model, deeply rooted in the Hindu, the Chinese, the Islamic and the African legal traditions, as well as, for a long period of time, in the Roman-German legal family; and the egalitarian model, which stems from the Anglo-American legal family and which has also found express recognition in socialist legal systems and, more recently, in the Roman-German legal family. It subsequently analyses the current prospects for overcoming both models.

Keywords: Principle of equality; marriage; matrimonial relations; Comparative Law; legal families.

I – O problema

a) A igualdade entre indivíduos como componente da Justiça

De acordo com uma conceção que remonta a ARISTÓTELES, a Justiça implica, como um dos seus atributos essenciais, a igualdade¹. Esta, por seu turno, apresenta uma dupla faceta: por um lado, implica o *tratamento igual* do que é igual; por outro, a *ausência de privilégios* ou discriminações injustificadas. Correspondentemente, a igualdade importa também o *tratamento diferenciado* das situações da vida que se mostrem desiguais.

Em certas relações, é certo, “não é possível satisfazer aquilo que se deve em termos de perfeita igualdade, entendendo-se, por isso, que elas estão sujeitas a outras virtudes, afins ou anexas da justiça”². A eventual desigualdade não pode, todavia,

¹ Cfr. *Ética a Nicômaco*, tradução do grego por ANTÓNIO C. CAEIRO, Lisboa, 2004, p. 112: “se a injustiça é iniquidade, então a justiça é igualdade, coisa que é aceite por todos sem ser necessária demonstração”.

² Assim, MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO, *Introdução ao Direito*, vol. I, Coimbra, 1989, p. 81.

ir além daquilo que justifique a sua causa objetiva: é o que impõe outro princípio de Direito Justo: a *proporcionalidade*³.

Interessam-nos particularmente neste estudo as projeções do princípio da igualdade nas relações entre cônjuges. Iremos examinar o tema na perspectiva metodológica própria do Direito Comparado⁴, procurando identificar os principais *tipos* ou *modelos de soluções* que os diferentes sistemas jurídicos nacionais permitem discernir a este respeito e indagando da possível superação desses modelos à luz do exemplo dado por algumas legislações estrangeiras mais recentes.

b) O casamento como comunidade de pessoas ligadas entre si por laços de reciprocidade e solidariedade

O casamento consiste, ao menos na tradição jurídica em que se inserem os sistemas lusófonos, numa união entre duas pessoas que visa uma *plena comunhão de vida*⁵.

No que não pode deixar de ver-se – pese embora toda a evolução do Direito da Família contemporâneo no sentido da secularização do casamento – um legado da concepção cristã da família: marido e mulher formam, diz o *Evangelho de São Marcos*, “uma só carne”⁶; e o Código de Direito Canónico define o casamento como “consórcio íntimo de toda a vida”⁷.

³ Neste sentido, KARL LARENZ, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, tradução do alemão por LUIS DíEZ-PICAZO, Madrid, 1985, p. 138.

⁴ Sobre a qual pode ver-se, com mais referências, o nosso *Direito Comparado*, vol. I, 4.ª ed. Coimbra, 2018, pp. 37 ss.

⁵ Haja vista, por exemplo, ao artigo 1577.º do Código Civil português. Apesar das significativas alterações a que este preceito foi submetido desde a publicação do Código, mormente no tocante à diversidade de sexos dos cônjuges (suprimida em 2010), a referência à *comunhão plena de vida* como objetivo fulcral do casamento manteve-se intacta nele. Vejam-se também o artigo 20.º do Código da Família de Angola: “O casamento é a união voluntária entre um homem e uma mulher, formalizada nos termos da lei, com o objetivo de estabelecer uma plena comunhão de vida”; o artigo 1554.º do Código Civil de Cabo Verde: “Casamento é a união voluntária entre duas pessoas de sexo diferente, nos termos da lei, que pretendem constituir a família mediante uma comunhão plena de vida”; o art. 1462.º do Código Civil de Macau: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”; e o artigo 7.º da Lei da Família de Moçambique: “O casamento é a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher com o propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida”. No sentido de que esta é a ideia central do casamento, vide JOÃO CASTRO MENDES, *Direito da Família*, ed. revista por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Lisboa, 1991, p. 39.

⁶ Mc 10:7, 8: “Por isso, o homem deixará seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher, e serão os dois um só. Portanto, já não são dois, mas um só”.

⁷ Cánone 1055, § 1.

A família constituída através do casamento configura-se assim, nesta perspetiva, como uma *comunidade de pessoas* cujos fins transcendem os dos indivíduos que os compõem⁸. Daí a necessidade de cooperação e entreajuda e a complementaridade recíproca entre os membros do casal que o casamento implica.

c) O secular conflito entre os dois termos do binómio e os seus diferentes modelos de solução

O que dissemos acima permite-nos precisar o problema que constitui o objeto precípua deste estudo.

É que embora a aplicação estrita do princípio da igualdade pressuponha o tratamento dos cônjuges como indivíduos independentes e autossuficientes, cujos conflitos são arbitrados pelos órgãos jurisdicionais Estado, os cônjuges são membros de uma comunidade humana que se encontram ligados entre si por laços de *reciprocidade e solidariedade*, em que a interferência do Estado é em princípio indesejável.

Suscita-se assim um conflito potencial entre um princípio fundamental do Direito – que, como se viu, constitui um corolário da noção de Justiça – e as exigências próprias do funcionamento da sociedade conjugal e da consecução das finalidades essenciais a que ela vai dirigida; conflito esse que tem sido resolvido de diversas maneiras ao longo da História e nos diferentes sistemas jurídicos nacionais.

Iremos em seguida passar sucintamente em revista os diferentes modelos de relacionamento entre os cônjuges que o Direito Comparado nos revela. Estes, no essencial, podem resumir-se a dois: o *modelo hierárquico* e o *modelo igualitário*.

Procuraremos subsequentemente averiguar em que medida se pode entrever em alguns sistemas jurídicos contemporâneos o despontar de um novo modelo, que consubstancia uma superação dos anteriores.

⁸ Tal a conceção do matrimónio que GUSTAV RADBRUCH denominou *supra-individualista*: ver *Filosofia do Direito*, tradução portuguesa de LUÍS CABRAL DE MONCADA, 6.ª ed., Coimbra, 1979, p. 295.

II – O modelo hierárquico

a) Na tradição hindu

O Direito hindu clássico dá-nos porventura o exemplo mais extremo do modelo hierárquico de relacionamento entre cônjuges.

O estatuto da mulher casada segundo as escrituras hindus, em particular o *Código de Manu*⁹, apresenta entre outras as seguintes características: a) A mulher nunca deve ser independente¹⁰; b) Deve venerar o marido como a um Deus¹¹; c) Está sujeita a repúdio por ele¹²; e d) Se enviudar, não pode casar de novo¹³.

Mesmo nos territórios indianos onde lograram afirmar-se, como Direito comum, codificações civis europeias – consoante sucedeu em Goa onde vigora ainda, em matéria familiar, o Código Civil português de 1867¹⁴ – foram ressalvados certos usos e costumes hindus que se reconduzem àquele modelo. Assim sucedeu com o Decreto de 16 de dezembro de 1880, que preservou em Goa a chamada *sociedade familiar hindu*, definida no artigo 16.º como “a reunião de hindus gentios, de um e outro sexo, que habitam a mesma casa e vivem com a mesma economia domés-

⁹ Cujá datação é fixada por alguns entre os séculos II e III d.C. Existe tradução portuguesa, por JOSÉ DE VASCONCELLOS GUEDES DE CARVALHO, intitulada *Leis de Manu, Primeiro legislador da Índia: compreendendo o officio dos juizes; deveres da classe commerciante e servil: leis civis e criminaes; vertidas em portuguez do original francez*, Nova Goa, 1859. Veja-se também a edição crítica, acompanhada de uma tradução inglesa, da autoria de PATRICK OLIVELLE, com o título *Manu's Code of Law. A Critical Edition and Translation of the Mānava-Dharmasastra*, Oxford, etc., 2005, que citaremos em seguida.

¹⁰ Capítulo V, versículo 147: “Even in their own homes, a female – whether she is a child, a young woman, or an old lady – should never carry out any task independently”; *idem*, versículo 148: “As a child, she must remain under her father’s control; as a young woman, under her husband’s; and when her husband is dead, under her sons”.

¹¹ Capítulo V, versículo 154: “Although she may bereft of virtue, given to lust, and totally devoid of good qualities, a good woman should always worship her husband like a god”.

¹² Capítulo IX, versículo 77: “For one year let a husband tolerate a wife who loathes him; after one year, he should confiscate her inheritance and stop cohabiting with her”.

¹³ Capítulo V, versículo 158: “Aspiring to that unsurpassed Law of women devoted to a single husband, she should remain patient, controlled, and celibate until her death”.

¹⁴ Ver MANOHAR SINAI USGĀOCAR, *Family Laws of Goa, Daman and Diu*, 2 vols., Goa, 1979/1988; *idem*, *Civil Code in Goa*, Pangim, 2017; DÁRIO MOURA VICENTE e outros (orgs.), *O Direito da Família e das Sucessões no Código Civil Português de 1867: Uma Perspetiva do Século XXI/ Family and Succession Law in the Portuguese Civil Code of 1867: A 21st Century Approach*, Lisboa, 2.ª ed., Pangim, 2014; e F. E. NORONHA, *Portuguese Civil Code 1867*, Pangim, 2016

tica”, a qual, nos termos do artigo 18.º, é “regida, administrada e representada pelo membro varão mais velho em idade e civilmente capaz”: o denominado *maioral*¹⁵. É certo que o Direito hindu moderno, adotado na Índia após a independência do país, e em particular o *Hindu Marriage Act 1955*, mitigou um tanto a discriminação da mulher, impondo a monogamia, elevando a idade núbil da mulher para os 18 anos e admitindo o divórcio a seu pedido¹⁶.

Mas as práticas sociais discriminatórias mantiveram-se na Índia e noutros países de maioria hindu, sobretudo nos meios rurais, designadamente por força da limitação do casamento à própria casta, que é inerente ao hinduísmo, e da tendência para o casamento ser acordado entre os pais dos noivos, a qual limita muito significativamente o papel da vontade da noiva.

Por outro lado, o ritual do *sati*, banido pela administração inglesa da Índia em 1829, e de novo pelo Governo da República Índia no *Sati (Prevention) Act 1987*¹⁷, não foi completamente erradicado, havendo relatos de ocorrências ainda há menos de uma década¹⁸.

b) Na tradição chinesa

A mulher, de acordo com o pensamento de Confúcio (551-479 a.C.), segue e obedece ao homem:

“Na juventude, [a mulher] segue o pai e o irmão mais velho; quando casada, segue o marido; quando o marido morre, segue o filho.”¹⁹

¹⁵ Ver, sobre aquele diploma, LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *Direito hindu e mahometano. Comentário ao Decreto de 16 de Dezembro de 1880 que ressaltou os usos e costumes dos habitantes não cristãos do distrito de Góa na Índia Portuguesa*, Coimbra, 1923, pp. 295 s.; CARMO D’SOUZA, *Legal System in Goa*, vol. II, *Laws and Legal Trends (1510-1969)*, Pangim, 1995, pp. 211 ss.

¹⁶ Ver WERNER F. MENSKI, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford, 2003, pp. 292 ss.; MULLA, *Principles of Hindu Law*, 20.ª ed. (por S.A. Desai), Nova Deli, 2007, vol. II, pp. 17 ss.; PARAS DIWAN, *Modern Hindu Law (Codified and Uncodified)*, 22.ª ed., Faridabad, 2014, pp. 67 s.

¹⁷ Que define essa prática como: “The burning or burying alive of: (i) any widow along with the body of her deceased husband or any other relative or with any article, object or thing associated with the husband or such relative; or (ii) any woman along with the body of any of her relatives, irrespective of whether such burning or burying is claimed to be voluntary on the part of the widow or the women or otherwise”.

¹⁸ Veja-se, por exemplo, a notícia publicada no *Times of India* de 13 de outubro de 2008, intitulada “Woman jumps into husband’s funeral pyre”.

¹⁹ Cfr. CONFÚCIO *et al.*, *The Book of Rites. English-Chinese Version*, tradução do chinês por JAMES LEGGE, Beijing/Washington, 2013, p. 122 (a tradução portuguesa é da nossa responsabilidade).

A justificação deste princípio é formulada pela filosofia confucionista do seguinte modo:

“Só quando os papéis do homem e da mulher são diferenciados se estabelece uma relação apropriada entre marido e mulher.”²⁰

Também o rito chinês tradicional (*Li*), cuja inspiração fundamental radica precisamente no pensamento do referido filósofo, consagrou, portanto, o *modelo hierárquico* de relacionamento conjugal.

Por outro lado, de acordo com esse rito o casamento não é livre, mas antes acordado entre as famílias dos noivos; daí, por exemplo, que no Direito Imperial chinês o incumprimento do contrato de casamento pelo chefe da família da noiva fosse punido criminalmente²¹.

c) Na tradição islâmica

Outro exemplo, não menos significativo, de organização hierárquica das relações matrimoniais é dado pela tradição jurídica islâmica.

A primazia do marido na relação matrimonial é, com efeito, manifesta em diversos institutos da *Xaria*. Desde logo, no casamento poligâmico, admitido ainda hoje num largo número de países muçulmanos²², em virtude do qual o homem pode casar-se simultaneamente com até quatro mulheres. Depois, na figura do «casamento temporário» (*mut'a*), admitido pelos xiitas. Além disso, no direito de o marido corrigir a mulher e de a proibir de se ausentar de casa. Outro tanto pode dizer-se da possibilidade, que a *Xaria* consagra, de repúdio da mulher pelo marido (*talak*)²³. A mulher muçulmana tem, é certo, direito a uma doação nupcial (*mahr*)

²⁰ Veja-se, sobre o ponto, CHENYANG LI, *The Confucian Philosophy of Harmony*, Nova Iorque, 2014, p. 109.

²¹ Assim, o Código da Dinastia Qing, (traduzido para inglês por WILLIAM C. JONES com o título *The Great Qing Code*, Oxford, 1994), que vigorou até à queda do Império em 1911, mandava punir esse ilícito, no artigo 101, com cinquenta golpes de bambu.

²² Excetua-se a Tunísia, onde a prática foi proibida pelo artigo 18 do *Código do Estatuto Pessoal*, de 1956, que dispõe: “la polygamie est interdite”.

²³ Recentemente proscrita na Índia em decisão do Supremo Tribunal, proferida em 22 de agosto de 2017, sobre o caso *Sayara Bano v. Union of India*, em que foi julgado inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, o *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act (1937 Act)*, na parte em que admitia o *Talak*.

pelo marido, cujo pagamento pode ser adiado até à dissolução do casamento, mas que pode ser por ela exigido por inteiro no caso de ocorrer o divórcio por *talak se* o casamento se tiver consumado, o que limita a liberdade do marido de a repudiar. Mas essa circunstância não a exime, em muitos países muçulmanos, ao tratamento discriminatório e à situação de desproteção social e económica em que o repúdio definitivo (o triplo *talak*) inevitavelmente a coloca²⁴.

A própria *Declaração Islâmica dos Direitos Humanos*, de 1981, reflete a referida conceção hierárquica do casamento, ao dispor, no artigo 19:

“A) Toda pessoa tem o direito de contrair matrimónio, constituir uma família e criar filhos em conformidade com sua religião, tradições e cultura. Todo cônjuge possui tais direitos e privilégios, e responde por tais obrigações tal como são estipuladas pela Lei Divina.

B) Cada um dos cônjuges tem o direito a consideração e o respeito por parte do outro.

C) Todo esposo tem a obrigação de manter sua esposa e filhos de acordo com os seus recursos.

[...].”

Por seu turno, o artigo 20 da mesma Declaração estabelece que:

“Toda mulher casada tem o direito a:

A) Viver na casa na qual seu esposo vive;

B) Receber os meios necessários para manter um nível de vida que não seja inferior ao de seu marido, e, no caso de divórcio, receber durante o período estatutário de espera (*Iddah*); recursos para manter-se que sejam de acordo com as posses de seu ex-esposo, para ela própria e também para os filhos que eventualmente esteja amamentando ou cuidando, a despeito de qual seja sua condição financeira, fontes de renda ou propriedades que acaso possua;

[...].”

Não surpreende, assim, que num índice recente dos países com os regimes mais discriminatórios em matéria familiar figurem em lugar proeminente os que aplicam de forma mais estrita o Direito islâmico²⁵.

²⁴ Sobre o exposto, veja-se, por todos, JOSEPH SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1982, pp. 161 ss.

²⁵ Vide MALA HTUN/S. LAUREL WELDON, “State Power, Religion, and Women’s Rights: A Comparative Analysis of Family Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011, pp. 145 ss. (p. 158).

d) Na tradição africana

Dada a extrema diversidade dos Direitos africanos, é muito difícil reconduzi-los a uma tradição jurídica única e identificar instituições comuns a todos eles: pese embora as opiniões autorizadas expressas em sentido diverso, não existe verdadeiramente, como sustentámos noutra lugar²⁶, uma família jurídica africana (assim como não existe uma família jurídica europeia ou americana).

Não obstante isso, é possível discernir nos Direitos bantus tradicionais alguns traços identitários das relações matrimoniais, que as reconduzem também ao aludido modelo hierárquico²⁷.

Estão neste caso: *a)* A circunstância de o casamento ser, de acordo com o costume, fruto de acordos entre famílias ou, pelo menos, de o consentimento destas ser indispensável à sua celebração; *b)* O papel desempenhado no casamento pelo *lobolo* (em Moçambique) e pelo *alembamento* (consoante se denomina em Angola); *c)* O primado do marido sobre a mulher na direção dos assuntos familiares; *d)* O direito do marido ou da sua família aos frutos do trabalho da mulher; *e)* A disseminação da poligamia (de grande relevância, designadamente, na divisão do trabalho rural); *e f)* As práticas do *levirato* e do *sororato*, por força das quais, respetivamente, a viúva deve casar-se com um irmão do seu falecido marido e ao homem é dado casar-se com uma irmã da sua mulher, quando esta faleça ou seja estéril.

A medida em que estas práticas são consentâneas com os atuais Direitos africanos não é, todavia isenta de dúvidas. Porquanto, embora em diversos países africanos algumas delas sejam expressamente admitidas na lei²⁸ e diversas constituições de Estados africanos reconheçam genericamente a eficácia do costume como fonte de Direito, não deixam estas últimas de subordiná-la aos «valores e princípios fundamentais da Constituição»²⁹ ou à «dignidade da pessoa humana»³⁰, que algumas dessas práticas parecem afrontar.

²⁶ *Direito Comparado*, vol. I, cit., pp. 413 ss.

²⁷ Vide MUNA NDULO, "African Customary Law, Customs, and Women's Rights", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011, pp. 87 ss.

²⁸ Consoante sucede, por exemplo, na África do Sul, onde a poligamia foi legitimada pelo *Recognition of Customary Marriages Act 1998*.

²⁹ Está neste caso a Constituição moçambicana de 2004, art. 4.º.

³⁰ Consoante dispõe a Constituição angolana de 2010, no art. 7.º.

e) Na família jurídica romano-germânica

O modelo da família patriarcal, dirigida pelo *pater familias*, foi expressamente acolhido no Direito Romano.

O poder marital (*manus*) compreendia em Roma o direito de vida e de morte da mulher (*ius vitae necisque*), bem como o de a castigar e repudiar; por outro lado, estando submetida ao poder marital, a mulher não tinha capacidade patrimonial, revertendo tudo o que adquirisse para o *pater familias*³¹.

Esse modelo subsistiu, posto que de forma mitigada, nas codificações do século XIX que acolheram a soberania marital. Assim, por exemplo, não obstante a consagração do princípio da igualdade na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, o Código Civil francês de 1804 estabeleceu no artigo 213:

“Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.”

Esta fórmula inspirou manifestamente o Código Civil português de 1867, que dispunha no artigo 1185:

“Ao marido incumbe, especialmente, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher; e a esta a de prestar obediência ao marido.”

Como corolário desta regra, estabelecia-se no artigo 1193 do mesmo Código que a mulher não podia, sem autorização do marido, adquirir ou alienar bens, nem contrair obrigações, exceto nos casos em que a lei especialmente o permitisse.

O Código Civil português de 1966 aboliu a incapacidade da mulher casada; mas o artigo 1674 manteve o marido, até à reforma de 1977, como «chefe de família». Aí se dispunha:

“O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum [...].”

³¹ Ver, por muitos, MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 20.ª ed., Munique, 2014, pp. 333 s.

Enquanto chefe da família, o marido desempenhava, assim, um papel preponderante nas relações familiares, tanto de índole pessoal como patrimonial: cabiam-lhe, em primeira linha, as decisões sobre a fixação da residência conjugal, a educação dos filhos, a administração dos bens do casal (incluindo os próprios da mulher), etc.³². Essas decisões só a título subsidiário eram confiadas à mulher³³, a quem pertencia o «governo doméstico, conforme os usos e a condição dos cônjuges»³⁴. O exercício do comércio estava-lhe vedado sem o consentimento do marido³⁵.

III – O modelo igualitário

a) Na família jurídica anglo-americana

Passemos ao modelo das relações matrimoniais que denominamos igualitário.

Na sua raiz encontra-se, na família jurídica de *Common Law*, o individualismo que caracteriza o pensamento anglo-saxónico e o relativo enfraquecimento da concepção do casamento como comunhão daí resultante.

A defesa da igualdade dos sexos terá sido primeiramente levada a cabo em Inglaterra por JEREMY BENTHAM (1748-1832), em conformidade com o *princípio da utilidade* a que este autor subordinou o seu sistema filosófico³⁶.

Na mesma senda se inseriu o contributo de JOHN STUART MILL, cujo pensamento quanto a esta matéria está patente na sua obra *A sujeição das mulheres*. Com efeito, aí se pode ler:

³² Veja-se, para uma justificação desse regime, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol. 5.ª ed., Lisboa, 1999, p. 333, que escreve a este respeito: “A chefia da família, traduzida concretamente no poder de decisão final nos assuntos de interesse comum, continuou entregue ao marido, não por virtude do antigo *preconceito* masculinista da *incapacidade* da mulher, mas com o principal intuito de preservar a *autonomia* e a *unidade institucional* da família. Pretendeu-se evitar que, à menor discordância entre os cônjuges, qualquer deles fosse tentado a transportar a divergência para a barra do tribunal, devassando a *intimidade* da vida familiar e quebrando, através da decisão de um estranho (o juiz), a *autonomia* da sociedade familiar”.

³³ Art. 1678.º, n.º 2, do Código Civil, na redação original.

³⁴ Art. 1677.º, n.º 1, do Código Civil, na redação original.

³⁵ Art. 1686.º, n.º 1, do Código Civil, na redação original.

³⁶ Ver *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, 1789. Sobre o pensamento de Bentham em matéria de igualdade de sexos, pode consultar-se MIRIAM WILLIFORD, “Bentham on the Rights of Women”, *Journal of the History of Ideas*, 1975, pp. 167 ss.

“[T]he legal subordination of one sex to another – is wrong in itself, and now one of the chief hindrances to human improvement; and that it ought to be replaced by a system of perfect equality, admitting no power and privilege on the one side, nor disability on the other.”³⁷

As primeiras consagrações legislativas da ideia de igualdade entre marido e mulher encontram-se nos *Married Women Property Rights Acts* norte-americanos e ingleses do século XIX, que reconheceram às mulheres casadas o direito à propriedade e à administração dos seus bens próprios³⁸.

Essa ideia viria a ser fortemente potenciada pelo eclodir do feminismo, em particular graças à ação das *sufragistas* em Inglaterra no final do século XIX e nos primórdios do século XX.

Verdadeiramente decisiva nesta matéria seria, porém, a mutação de costumes subsequente à II Guerra Mundial, durante a qual o papel da mulher na sociedade sofreu uma evolução acentuada, particularmente em virtude da sua participação muito mais decisiva na atividade laboral e no esforço de guerra empreendido por muitos países.

Afirmou-se assim, nos sistemas anglo-saxónicos, em especial o norte-americano³⁹, a ideia do casamento como a união de dois indivíduos independentes, com iguais direitos e patrimónios separados; ideia essa que se encontra bem patente na decisão proferida em 1972 pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos no caso *Eisenstadt v. Baird*⁴⁰, em que o juiz BRENNAN, exprimindo a opinião maioritária do Tribunal, afirmou:

“the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional makeup.”

³⁷ Cfr. *The Subjection of Women*, Londres, 1869 (reimpressão, New Brunswick/Londres, 2001), p. 1.

³⁸ Referimo-nos em especial, pelo que respeita ao Direito norte-americano, ao *Married Women's Property Act* do Estado de Nova Iorque, adotado em 1848 e depois replicado em diversos outros Estados da União; e no tocante ao Direito inglês, ao *Married Women's Property Act 1870*, posteriormente substituído pelo *Married Women's Property Act 1882*.

³⁹ Sobre cuja evolução neste tema pode ver-se WALTER WADLINTON/RAYMOND C. O'BRIEN, *Family Law in Perspective*, Nova Iorque, 2011, pp. 32 ss.

⁴⁰ 405 U.S. 438 (1972).

b) Nos sistemas socialistas

Mas o modelo igualitário das relações matrimoniais encontrou também eco no extremo oposto do espectro ideológico:

“O sucesso de uma revolução», escreveu Lenine, «depende de quantas mulheres participarem nela.”⁴¹

Esse modelo obteve, assim, expresso acolhimento no Código da Família Russo de 1918, que consagrou a igualdade entre marido e mulher, equiparou a união de facto ao casamento, aboliu o casamento religioso, restringiu os deveres conjugais, eliminou a comunhão de bens e reservou à mulher os rendimentos do seu trabalho, atribuiu o exercício do poder paternal conjuntamente aos pais, previu a denominada «paternidade coletiva», quando não fosse conhecida a identidade exata do pai, e permitiu o divórcio por decisão unilateral de um dos cônjuges.

A concepção bolchevique da família viria, no entanto, a conhecer um acentuado retrocesso nas leis soviéticas da família de 1926, 1936 e 1944, a última das quais (da autoria de NIKITA KHRUSHCHEV) eliminou a equiparação da união de facto ao casamento e restringiu o divórcio, do mesmo passo que previu a concessão de maiores benefícios estatais à maternidade, procurando assim contrariar a quebra da natalidade contemporânea da II Guerra Mundial⁴².

Um fenómeno de certa forma paralelo ocorreu na China comunista. Atribui-se comumente a MAO ZEDONG a metáfora segundo a qual: “As mulheres seguram metade do céu”⁴³. Ora, a Lei do Casamento da República Popular da China, de 1950, consagrou, em conformidade com a nova ideologia prevalecente no país após a revolução comunista, a liberdade de casar, pondo termo à prática milenar de os pais ajustarem o casamento dos filhos; impôs o registo do casamento; consagrou a monogamia e baniu o concubinato; acolheu a igualdade de direitos entre marido e mulher; e admitiu a dissolução do casamento pelo divórcio. Mais recen-

⁴¹ Cfr. o discurso proferido por Lenine em 19 de novembro de 1918 no *I Congresso russo das mulheres trabalhadoras*, reproduzido em V. I. LENIN, *Collected Works*, volume 28, Moscovo, reimpressão, 1974, pp. 180 ss.

⁴² Ver LAUREN KAMINSKY, “Utopian Visions of Family Life in the Stalin-Era Soviet Union”, *Central European History*, 2011, pp. 63 ss.

⁴³ Cfr. JOHN K. LEUNG/MICHAEL Y. M. KAU (orgs.), *The Writings of Mao Zedong 1949-1976*, vol. II, Nova Iorque/Londres, 1986, p. 558.

temente, a Lei do Casamento de 1980 (revista por último em 2011), dispôs no artigo 2:

“O casamento baseia-se na livre escolha do cônjuge, na monogamia e na igualdade entre marido e mulher.”

A lei chinesa afastou-se assim, posteriormente à revolução comunista, da tradição milenar do “casamento arranjado” e da subordinação da mulher casada ao marido⁴⁴.

c) Na família jurídica romano-germânica

Na Alemanha, a consagração da igualdade (*Gleichberechtigung*) entre homens e mulheres surgiu primeiramente no artigo 3(2) da Lei Fundamental de 1949⁴⁵.

A Lei de 1957 sobre a igualdade de direitos de homens e mulheres em matéria civil deu-lhe expressão na lei ordinária⁴⁶. Essa lei não suprimiu integralmente, todavia, a diversidade de papéis do homem e da mulher nas relações familiares. O dever de o marido sustentar a família foi mantido. À mulher foi conferida a administração dos seus bens e o direito a metade dos ganhos patrimoniais do casal; e reconheceu-se-lhe o direito a trabalhar fora do lar sem o consentimento do marido, posto que sem prejuízo do governo doméstico e da atenção devida à família. Em caso de desacordo entre os membros do casal quanto à educação dos filhos, caberia contudo ao marido a última palavra.

A lei alemã de 1957 era assim expressão da ideia, sustentada por HANS DÖLLE num escrito publicado nos primórdios da década de 50⁴⁷, de *igualdade orgânica*

⁴⁴ Cfr. MANJIAO CHI, “Family, Marriage, and Succession”, in YUANSHI BU (org.), *Chinese Civil Law*, Munique, 2013, pp. 261 ss.

⁴⁵ Segundo o qual, na sua redação original: “Männer und Frauen sind gleichberechtigt”. Em 1994 foi aditado o seguinte trecho a este preceito: “Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin”. Ver, sobre esse preceito, JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5.^a ed., Munique, 2006, p. 43.

⁴⁶ *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, de 18 de junho de 1957.

⁴⁷ Cfr. “L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Étude de politique législative comparée”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1950, pp. 250 ss. (p. 258).

entre os membros do casal, a qual visava atender à diversidade de funções destes na família em razão das particularidades biológicas, psíquicas e sociais do respectivo sexo; a qual se distinguiria da denominada *igualdade mecânica*, adotada pelos sistemas socialistas, que o mesmo autor rejeitava.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão viria, porém, a pronunciar-se no sentido da inconstitucionalidade da primazia do marido no exercício do poder paternal⁴⁸, a qual foi entretanto erradicada da lei⁴⁹.

A recente consagração na Alemanha da admissibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo⁵⁰ poria definitivamente em causa a referida ideia de igualdade orgânica.

Por seu turno, o Código Civil francês passou a dispor no artigo 213, na redação que lhe foi dada pela Lei de 4 de junho de 1970:

“Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.”

Consagrou-se assim o *princípio da codireção da família*: os cônjuges tomam conjuntamente todas as decisões exigidas pela sua vida em comum; na falta de acordo, e a fim de se evitar conceder a qualquer deles um *ius prohibendi*, restará o recurso aos tribunais⁵¹.

Esse princípio é, no entanto, temperado pelo poder reconhecido a qualquer dos cônjuges de praticar os atos necessários à manutenção do lar e à educação dos filhos. Tal o sentido da regra constante do artigo 220 do mesmo Código, cujo primeiro parágrafo dispõe:

“Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants: toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.”

⁴⁸ BVerfGE 10, 59.

⁴⁹ Haja vista aos §§ 1627 e 1628 do BGB, que cometem atualmente o exercício da responsabilidade parental (*elterliche Sorge*) a ambos os pais e, na falta de acordo entre estes quanto a questões de importância fundamental, àquele que para o efeito for designado pelo tribunal de família.

⁵⁰ *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, de 20 de julho de 2017

⁵¹ Assim, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, vol. I, Paris, 2004, p. 1232.

Já anteriormente, em 1938, havia sido suprimida em França a incapacidade da mulher casada; e em 1965 fora consagrada a liberdade da mulher de exercer uma profissão sem que o marido a tal se pudesse opor. Em 1985 foram reconhecidos à mulher os mesmos direitos que ao marido na administração dos bens comuns; e em 2003 o apelido dos filhos deixou de ser imperativamente o do marido⁵².

Na mesma senda, o artigo 36.º, n.º 3, da Constituição portuguesa de 1976 estabeleceu:

•
“Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.”

Procurando conformar quanto a esta matéria o Código Civil com a lei fundamental, a reforma de 1977 introduziu no artigo 1671.º, n.º 1, daquele diploma a seguinte redação:

“O casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Como corolários desta regra, a direção da família passou a pertencer a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro (artigo 1671.º, n.º 2); foi suprimido o poder marital (artigo 1674.º); a mulher pôde passar a exercer qualquer profissão ou atividade sem o consentimento do marido (artigo 1677.º-D); e pertence-lhe agora também a administração dos seus bens próprios e dos comuns que haja levado para o casamento (artigo 1678.º)⁵³.

Esta evolução legislativa obteve acolhimento expresso no plano internacional. Assim, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* consagrou o princípio da igualdade entre cônjuges no artigo 16.º, n.º 1, nos termos do qual:

“A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.”

⁵² Ver, sobre esta evolução, ALAIN BÉNABENT, *Doit de la famille*, Paris, 2010, pp. 101 ss.

⁵³ Soluções paralelas encontram-se hoje consignadas no Código Civil de Macau: haja vista aos artigos 1532.º, 1542.º e 1543.º.

Por seu turno, a Resolução do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, de 27 de setembro de 1978, sobre a igualdade dos cônjuges no Direito Civil⁵⁴, “recomenda aos Governos dos Estados Membros que concedam ou promovam a igualdade dos cônjuges no Direito Civil no que respeita às matérias referidas nos parágrafos 1 a 19 da presente resolução”, nas quais se incluem as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges e os respetivos filhos comuns.

Consumou-se assim, também na família jurídica romano-germânica, o *modelo igualitário* das relações conjugais: “A igualdade dos cônjuges, proibindo a discriminação em razão do sexo, é uma trave mestra do casamento ocidental moderno”⁵⁵.

IV – A superação dos modelos

a) As insuficiências dos modelos

É inequívoco que o modelo hierárquico das relações entre cônjuges experimentou, sobretudo no segundo pós-guerra, uma acentuada usura, fortemente impulsionada pela legítima aspiração da mulher à independência financeira e à realização profissional (a qual tem respaldo no direito, consagrado constitucionalmente em diversos sistemas jurídicos, ao *livre desenvolvimento da personalidade*⁵⁶) e pela rapidez com que se processa a circulação das ideias na atual sociedade da informação, a qual levou o ideal igualitário mesmo aos países onde o princípio hierárquico se encontrava mais fortemente enraizado.

A implementação do modelo igualitário não deixou, todavia, de enfrentar dificuldades. “A igualdade”, observam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “tem o seu preço”⁵⁷.

Não nos referiremos aqui especificamente à questão de saber como resolver o desacordo entre os cônjuges sobre a orientação da vida familiar, matéria em que as leis nacionais adotam diferentes soluções, sendo de destacar, a este respeito, o sis-

⁵⁴ Resolução n.º (78) 37, disponível em <https://rm.coe.int>.

⁵⁵ Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª ed., Lisboa, 2013, p. 450.

⁵⁶ Vide o artigo 2.º da Lei Fundamental alemã e o art. 26.º, n.º 1, da Constituição portuguesa.

⁵⁷ *Curso de Direito da Família*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2001, p. 349.

tema de mediação familiar instituído em Portugal por iniciativa pública⁵⁸. Este último não dispensa, porém, nas situações em que persiste o desacordo, a intervenção judicial⁵⁹.

Interessa-nos sobretudo a dificuldade, que é inerente àquele modelo, da *conciliação dos deveres familiares e profissionais* dos cônjuges⁶⁰. A questão crucial que a este respeito se coloca é a seguinte: como podem a igualdade entre os cônjuges no que respeita aos seus deveres de contribuírem para o sustento da família e a sua liberdade de trabalharem e de exercerem qualquer atividade económica sem o consentimento do outro ser conjugadas com aquela que é, provavelmente, a tarefa mais exigente do casal: a de criar, educar e sustentar os filhos?

Este o ponto a que, o nosso modo de ver, muitas legislações nacionais que aderiram ao sistema igualitário não deram até hoje uma resposta satisfatória.

b) As limitações à regulação jurídica do casamento

Não pode a este respeito deixar de recordar-se a circunstância de a família ser uma unidade social que em larga medida “foge” à regulamentação jurídica: a informalidade que caracteriza as relações familiares inviabiliza a sua estrita sujeição à lei e a aplicação efetiva, no quotidiano dos cônjuges, de todos os ditames em que esta se desdobra⁶¹. A família é, para utilizar a conhecida expressão de um sociólogo do Direito francês⁶², o domínio por excelência do *non-Droit*.

Vem daqui um certo desfasamento, que tende a verificar-se um pouco por toda a parte, entre as regras legais que consagram o modelo igualitário e a realidade social; e a persistência do modelo hierárquico mesmo nas sociedades em que a lei há muito estabelece formalmente o princípio da igualdade.

⁵⁸ Cfr. o Despacho do Secretário de Estado da Justiça n.º 18.778/2007, de 22 de agosto de 2007.

⁵⁹ Haja vista, nomeadamente, aos artigos 1684.º, n.º 3, 1875.º, n.º 2, e 1901.º, n.º 2, do Código Civil.

⁶⁰ Sobre a qual pode ver-se, na perspetiva do Direito do Trabalho, o estudo de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Conciliação equilibrada entre a vida profissional e familiar – uma condição para a igualdade entre mulheres e homens na União Europeia”, *in eiusdem, Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra, 2003, pp. 269 ss.

⁶¹ Neste sentido, W. MÜLLER-FREIENFELS, “Equality of Husband and Wife in Family Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1959, pp. 249 ss. (p. 252).

⁶² Cfr. JEAN CARBONNIER, *Flexible droit*, 6.ª ed., Paris, 1988, pp. 24 ss., onde se pode ler: “nos maisons sont nos forteresses, et quoique le droit puisse y pénétrer, à l’occasion, par voie de perquisitions et visites domiciliaires, la pression juridique y est infiniment moins lourde que dans les rues ou les lieux publics”.

O que, não raro, se traduz no sacrifício da mulher, obrigada a contribuir financeiramente para o sustento da família através do trabalho fora do lar, mas continuando a tomar a seu cargo a maior parte das tarefas domésticas, no que se diria o *segundo turno* da sua labuta diária.

A este fenómeno não será alheia a acentuada quebra da natalidade registada em muitos países ocidentais nas últimas décadas⁶³. O *custo social* do modelo igualitário (ou, *rectius*, da sua inadequada implementação) é, pois inegável.

c) O despontar de um novo modelo?

É neste quadro que assume particular relevo a valorização do trabalho dos cônjuges em prol da família e o reconhecimento legal da possibilidade de uma diferenciação de funções dos cônjuges no seio da família⁶⁴.

Consagra-a, por exemplo, o § 1360 do Código Civil alemão, que dispõe, desde 1977:

“Os cônjuges têm o dever recíproco de contribuir adequadamente para a manutenção da família através do seu trabalho e do seu património. Sendo a administração do lar confiada a um dos cônjuges, este cumprirá em regra a sua obrigação de contribuir para o sustento da família através do seu trabalho levando a cabo a administração do lar.”⁶⁵

Esta solução não deixou de encontrar eco na lei portuguesa, onde o artigo 1676.º, n.º 1, do Código Civil⁶⁶ dispõe atualmente:

⁶³ De que Portugal é exemplo: em 1960, a taxa bruta de natalidade (medida pelo número de crianças nascidas em cada ano por cada mil residentes em território nacional) era de 24,1; em 2016, de 8,4 (cfr. <https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+bruta+de+natalidade-527>). Ou seja, em pouco mais de meio século essa taxa diminuiu em cerca de dois terços.

⁶⁴ Sublinham também a relevância deste aspeto ALECK CHLOROS/MAX RHEINSTEIN/MARY ANN GLENDON, “Persons and Family”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, Tubinga, etc., s.d., p. 189.

⁶⁵ Ver, sobre esse preceito, GERNHUBER/COESTER-WALTIEN, *Familienrecht*, cit., pp. 187 ss.; DIETER SCHWAB, *Familienrecht*, 18.ª ed., Munique, 2010, pp. 74 ss.

⁶⁶ A que corresponde o artigo 1537.º, n.º 1, do Código Civil de Macau.

“O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afetação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.”

O problema, no entanto, é que frequentemente esta diferenciação de funções entre os cônjuges se revela incompatível com as exigências económicas da vida contemporânea: os casais em que ambos os cônjuges trabalham fora do lar (*Doppelverdiener-Ehen*) tornaram-se assim a norma em muitos países, com as consequências já apontadas.

Estas últimas podem, no entanto, ser mitigadas através do apoio do Estado à maternidade e à paternidade, que alguns sistemas jurídicos hoje procuram assegurar.

Particularmente digno de menção a este respeito é o sistema francês do *complément de libre choix d'activité* (redenominado, em 2017, *prestation partagée d'éducation de l'enfant*), que visa permitir a um dos cônjuges cessar ou reduzir a respetiva atividade profissional a fim de se ocupar dos filhos do casal até ao terceiro aniversário destes, recebendo em contrapartida uma prestação pecuniária da Segurança Social⁶⁷.

Não são despidendos os resultados desse sistema: a taxa de fecundidade francesa é hoje a mais alta da União Europeia, tendo atingido as 2,1 crianças por mulher em 2015⁶⁸.

Será este o embrião de um *terceiro modelo* das relações matrimoniais, assente na livre repartição das tarefas entre os cônjuges e na igual valorização do trabalho dentro e fora do lar?

O futuro o dirá; mas parece certo que, em ordem a vingar, esse modelo não pode prescindir de um forte apoio do Estado às famílias, na linha daquele que a França já consagra. O que, de resto, estará em conformidade com a já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece no artigo 16.º, n.º 3:

“A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.”

⁶⁷ Cfr. os arts. L531-1 e L531-4 a L531-9 do Código da Segurança Social.

⁶⁸ A título de comparação, refira-se que em Portugal essa taxa era, no mesmo ano, de 1,23.

Por certo que as dificuldades experimentadas pelo *Welfare State* no contexto da recente crise económica internacional e a debilidade financeira dos Estados em muitos dos denominados *países menos avançados* não facilitarão esse apoio e, por conseguinte, a implementação de um novo modelo nas relações matrimoniais que supere as insuficiências dos anteriores.

Mas afigura-se não ser menos verdade que a sobrevivência económica, social e política dos Estados contemporâneos – sobretudo no *Velho Mundo* – não é condizente com a quebra vertiginosa da natalidade atualmente experimentada por alguns deles: os próprios Estados são, assim, os primeiros interessados em que um novo modelo prevaleça.

Poderá, em todo o caso, perguntar-se se o aludido modelo não será, afinal, uma derivação do modelo hierárquico ou, pelo menos, o reconhecimento legal de uma diferenciação de funções entre os cônjuges no seio da família, que possibilitaria a consagração fáctica do modelo hierárquico.

A resposta deve, a nosso ver, ser negativa. Primeiro, porque em qualquer comunidade humana – e também assim na família – a diferenciação de funções entre os respetivos membros não implica necessariamente uma hierarquia entre estes, sobretudo se as mesmas forem mutuamente complementares e tidas como de *igual dignidade*. Segundo, porque no referido modelo as diferentes funções em causa, e nomeadamente o trabalho de um dos cônjuges exclusivamente em prol do lar ou da educação dos filhos, não têm necessariamente de caber a *determinado género*, como sucede no modelo hierárquico, até porque a diversidade de géneros deixou de ser requisito do casamento justamente nos países onde esse modelo hoje desponta. Terceiro, porque o novo modelo é perfeitamente conciliável com o princípio da *codireção da família* e este último é, como se viu acima, fundamentalmente antagónico do modelo hierárquico.