



**A ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL E AS RELAÇÕES FAMILIARES NO SEIO DOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS ISLÂMICOS**

Dissertação de Mestrado em Ciências Jus-Civilísticas
apresentada à esta Faculdade de Direito para obtenção
do grau de Mestre.

Aluna: Jordana Amaral da Costa e Silva

Orientadora: Prof.^a Doutora Helena Maria Machado Barbosa da Mota

PORTO 2020

RESUMO:

A presente dissertação tem como tema principal a análise do instituto da Reserva da Ordem Pública Internacional e suas implicações nas relações familiares transnacionais em que pelo menos um dos participantes seja de origem islâmica. Essa análise consiste, inicialmente, em um breve estudo sobre o Direito Internacional Privado português, e a influência que a União Europeia exerce sobre este, passando por questões como o reenvio e autonomia conflitual. A segunda parte consiste na análise da Ordem Pública Internacional de fonte interna e de fonte europeia. A terceira parte faz uma análise comparativa entre a legislação portuguesa e a islâmica, utilizando-se como objeto o Código da Família marroquino, em matérias como casamento e seus requisitos essenciais, o divórcio e os efeitos patrimoniais dessa dissolução. O objetivo é demonstrar toda a problemática na aplicação da lei designada como aplicável pelo Direito Internacional Privado, quando essa se tratar da lei islâmica, sem deixar de abordar os pontos sensíveis dessa discussão, tendo sempre como pano de fundo o instituto da Reserva da Ordem Pública Internacional. Por fim, a quarta parte do estudo se debruça sobre alguma jurisprudência versando sobre os temas tratados na terceira parte, de maneira a apresentar a evolução das decisões dos Tribunais portugueses, da UE e de outros Estados-Membros sobre estas questões aqui levantadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado português; Ordem Pública Internacional portuguesa; Ordem Pública Europeia; La Moudawanna;

ABSTRACT

The present study has as its object the analysis of the International Public Policy Institute and its implications for transnational family relations, in which at least one of the participants is of Islamic origin. This analysis was conducted in 4 parts: the first consisted of a brief study on Portuguese Private International Law, and the influence that the European Union has over it, going through issues such as referral and conflict autonomy. The second part consisted of an analysis of the Portuguese International Public Policy from an internal source and from a European source. The third part deals with a comparative research between Portuguese and Islamic laws, using the Moroccan Family Code as an object, in matters such as marriage, its essential training requirements, divorce and the patrimonial effects of this dissolution. The purpose of this dissertation is to demonstrate the whole problem in the application of the law designated as applicable by the Private International Law, when this is about Islamic law, while addressing the sensitive points of this discussion, always having as a background the Institute of International Public Policy Reservation. Finally, the fourth part of the study focuses on some jurisprudence covering the themes dealt with in the third part, in order to present the evolution of the decisions of the Portuguese Courts, the EU and other Member States on the issues raised in this study.

KEYWORDS: Portuguese Private International Law; Portuguese International Public Policy; European Public Policy; La Moudawanna;

Índice

1. INTRODUÇÃO	4
2. RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	7
2.1 No Direito Internacional Privado Português de fonte interna	13
2.2 No Direito Internacional Privado Português de fonte europeia e a “Ordem Pública europeia”	18
3. RELAÇÕES FAMILIARES NO SEIO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ISLÂMICOS - REFLEXÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO MARROQUINA	21
3.1. Relações Matrimoniais	25
3.1.1 Requisitos essenciais	26
3.1.2 Dissolução por Divórcio.....	48
3.1.2.1 Aplicação do Direito Internacional Privado e da Reserva da Ordem Pública.....	52
3.1.3 Efeitos Patrimoniais após a dissolução por divórcio.....	57
a) Direito a alimentos.....	59
b) Direito de Alojamento.....	62
c) Pensão de “custódia” e “Salário de lactância”	63
d) Indenização decorrente do divórcio por repúdio masculino e por divórcio por discórdia.....	65
e) Outros efeitos patrimoniais decorrentes de acordo entre as partes.....	66
f) Dote.....	67
3.1.3.1. Aplicação do Direito Internacional Privado e da Reserva da Ordem Pública.....	68
4. A APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DA RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES DE ORIGEM ISLÂMICA – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	79
5. CONCLUSÕES	88
BIBLIOGRAFIA	91

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que as relações familiares constituem um ramo de suma importância no Direito Privado dos países, e não raros são os conflitos sobre a legislação aplicável, nomeadamente quando lidamos com relações familiares binacionais ou plurinacionais, impulsionadas pelo princípio da livre circulação de pessoas, dentro do contexto da União Europeia. Essa intensa movimentação de cidadãos de diferentes nacionalidades em território europeu causou e causa até hoje profundas mudanças nos ordenamentos jurídicos dos países, revelando a problemática causada por esse “tráfico jurídico internacional”¹.

Após os Tratados de Amsterdão e de Lisboa², a União Europeia passou a intervir legislativamente sobre matérias de direito civil, designadamente sobre conflitos de jurisdição e de leis, numa tentativa de harmonização jurídica internacional. Essa “harmonização” tem como escopo principal possibilitar que, em um mundo cada vez mais plural, as relações jurídicas transnacionais tenham uma regulação coesa³. É certo que, diante de uma inevitável aproximação de leis de origens distintas, a maneira mais concreta de harmonização é a criação de leis e regulamentos que possam solucionar os inúmeros conflitos entre leis de países e povos tão distintos. Logo, quando falamos de harmonização jurídica, não se trata de uma legislação e/ou constituição global, apesar desse movimento hoje ganhar cada vez mais adeptos, mas sim de mecanismos previstos em lei para que, num conflito concreto e real de legislações de dois ou mais

¹ MOTA, Helena. “A gestação de substituição no direito internacional privado português” in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida* – Artigo em Livro de Atas de Conferência Internacional, 2018, p.64;

² TRATADO DE AMSTERDÃO. Cfr o artigo 65º, disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf e TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Cfr os artigos 81º e art. 81º, n.º 2, que trata sobre as medidas de cooperação judiciária, em matéria civil, quando há conflitos de leis e de jurisdições, disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF;

³ O Direito Internacional Privado tem como função primordial criar valores de segurança jurídica, de forma que todos possam, em qualquer localidade que estejam, ter seu direito garantido. Logo, segundo FERRER CORREIA, “a vocação ecuménica é um axioma”. Sobre esse tema cfr: FERRER CORREIA, António. “O Novo Direito Internacional Privado Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972, p. 4; FERRER CORREIA, António. “Unidade do Estatuto Pessoal” in *Estudos Jurídicos III*, Coimbra, 1970, p. 293; FERRER CORREIA, António. *La Reconnaissance et exécution des jugements étrangers*, Coimbra, 1971, p. 4; BAPTISTA MACHADO, João. *Âmbito de Eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970, p. 180; OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23, entre outros.

países, o aplicador do direito possa encontrar uma solução e indicar qual legislação deverá ser aplicada.

Nesse sentido, o Direito Internacional Privado é a matéria jurídica responsável por regular as relações internacionais e/ou transnacionais, ou seja, é de responsabilidade desse ramo do direito indicar o caminho ou o procedimento adequado para se determinar qual a lei aplicável em determinada situação⁴, sendo seu o objetivo primordial salvaguardar a estabilidade das relações jurídicas, isto é, garantir a segurança jurídica, tanto em situações ocorridas no foro quer quanto para o reconhecimento de sentenças estrangeiras⁵, que devam ter seus efeitos vigentes na ordem jurídica de determinado Estado.

No presente estudo, todas essas questões sobre a escolha da lei aplicável pelo Direito Internacional Privado português serão relevantes para compreendermos as nuances da Exceção da Ordem Pública Internacional em face das relações familiares dos ordenamentos jurídicos islâmicos nas seguintes situações hipotéticas: 1. Quando da necessidade do reconhecimento de sentenças estrangeiras islâmicas, em Portugal; 2. Quando as partes envolvidas escolham a lei islâmica como lei aplicável à determinada situação, através da autonomia conflitual; 3. Quando a lei portuguesa entenda como aplicável a lei islâmica, e essa se considere competente.

Uma das principais questões relacionadas com a aplicação das leis islâmicas é a mitigação do princípio da igualdade, definido pelo Estado Português no art. 13º (princípio da Igualdade) da Constituição da República Portuguesa, bem como do artigo 36º⁶ (família, casamento e filiação) do mesmo diploma, uma vez que os estatutos islâmicos possuem um viés de desigualdade em razão do sexo, sendo a mulher normalmente considerada inferior ao homem, e

⁴FERRER CORREIA, António. “Homenagem ao Professor J.J Teixeira Ribeiro - Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado” in *Boletim da Faculdade de Direito*. Número Especial. Coimbra, 1983, p.4-5;

⁵ Sobre esse tema, nas palavras de FERRER CORREIA: “Dissemos acima que para nós a harmonia internacional de julgados representa o supremo ideal do direito internacional privado, e acrescentamos que este princípio não deixou (não podia deixar) de estar presente no espírito do legislador português. A mesma posição assumida perante o problema da qualificação, na medida em que se desenvolve a partir de uma atitude fundamental de aceitação da competência de os ordenamentos ligados à situação concreta da vida, e, por outra parte, na medida em que exprime adesão a uma ideia de paridade de tratamento entre os vários sistemas jurídicos – essa mesma posição já de si o evidencia. Mas é sobretudo a orientação adoptada em matéria de *reconhecimento e de aplicação de normas de conflitos estrangeiras* que mais cumpridamente nos esclarece a tal respeito”. FERRER CORREIA, António. “O Novo Direito Internacional Privado Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972, p.33;

⁶ O artigo 36º da CRP, n.º. 3, nos traz o princípio da igualdade entre os cônjuges;

como consequência, seus direitos são meras concessões da figura masculina no seu âmbito familiar. Em que pese essas questões, e tantas outras abordadas oportunamente, é dever do Estado Português a proteção da identidade cultural dos imigrantes⁷ que aqui residam e constituam família, bem como das sentenças proferidas no estrangeiro de acordo com leis respectivas.

É justamente diante dessa dicotomia entre o dever de afastar legislações contrárias à Ordem Pública Internacional do foro e o dever de proteção dessas mesmas leis, que a presente dissertação irá tratar sobre vários aspectos das Relações Familiares no Ordenamento Jurídico Islâmico, como as relações matrimoniais, abordando temas como a celebração e dissolução por divórcio, bem como os efeitos patrimoniais dessa dissolução, sempre com o intuito claro de demonstrar a relação entre a harmonização jurídica internacional, tendo como conexões as leis de origem islâmica.

Dentre desse contexto de harmonização jurídica internacional, há a figura da Reserva da Ordem Pública Internacional, que tem como desdobramento, dentro do presente estudo, uma reflexão acerca da Ordem Pública no Direito Internacional Privado Português de fonte interna e no Direito Internacional Privado Português de fonte europeia.

Apenas para introduzir o tema, que será oportunamente abordado, é importante destacar que a Exceção da Ordem Pública Internacional é um instituto usado como fundamento para se negar a aplicabilidade de uma lei que, pelas regras do Direito Internacional Privado do foro,

⁷ A constituição da República Portuguesa, além de impedir a discriminação, por ascendência, território de origem, religião, entre outros fatores no artigo 13º, trata sobre os estrangeiros por disposição do artigo 15º, que entre outras disposições, protege seus direitos, e de igual forma seus deveres, da mesma forma que um cidadão português (nº. 1), com exceção dos direitos políticos, exercício de funções públicas (a não se quer sejam meramente técnicos), e direitos exclusivos aos nacionais portugueses (nº. 2), entre outros. Já o Código Civil português, em seu artigo 14º, dispõe sobre o direito dos estrangeiros e em seu nº. 1 trata sobre a equiparação dos estrangeiros aos nacionais “quanto ao gozo de direitos civis, salvo disposição legal em contrário”. Já no nº. 2, o Código Civil trata sobre o princípio da reciprocidade, afirmando que não “reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias”. Sobre esse tema, Cfr MARQUES DOS SANTOS, António. "A Aplicação do Direito Estrangeiro" in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 45; BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 248; FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra, Almedina, 2000.p. 428; LIMA PINHEIRO, Luis. *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2.- Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 577;

foi considerada competente, quando tal aplicação cause um resultado totalmente contrário aos Princípios cogentes daquele próprio foro⁸.

Concluída toda essa discussão, torna-se interessante a demonstração de como os Tribunais portugueses, e outros Estados, estão a aplicar a Reserva da Ordem Pública em casos de conflitos de leis e de jurisdição, que tenham como base as relações familiares islâmicas, de modo a traçar um panorama geral acerca da questão objeto do presente estudo: A Ordem Pública Internacional e as Relações Familiares no Seio dos Ordenamentos Jurídicos Islâmicos.

De forma a facilitar o presente estudo, foi escolhida como legislação modelo, o Código da Família do Marrocos, conhecida como La Moudawana, uma vez que o Marrocos, entre os inúmeros países de origem islâmica, possui como fonte de direito a lei, ou seja, há no Marrocos uma legislação escrita e codificada, com a participação efetiva de um tribunal de família. Além disso, sua localização geográfica também se coloca como um ponto de relevância, uma vez que o Marrocos hoje é um dos principais articuladores nas negociações económico-políticas entre Europa e África.

2. RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

A Reserva da Ordem Pública Internacional tem como função principal⁹ evitar a aplicação de uma lei, indicada como competente pelas regras do Direito Internacional Privado de

⁸ Sobre esse tema, FERRER CORREIA nos diz: “Se o direito internacional privado possui a sua “justiça” própria, justiça diferente da do direito material, já que a escolha da lei competente se não faz em função do conteúdo da lei, senão da “localização” dos factos e das “ligações” dos sujeitos da relação jurídica, há todavia ocasiões em que, excepcionalmente embora, é a própria *justiça material* que invade o território do direito internacional privado, fazendo prevalecer aí os seus juízos de valor. Como é sabido, o juiz recusa em certos casos o “visto” a um preceito jurídico estrangeiro, todavia plenamente aplicável à factualidade controvertida, segundo as normas de conflitos da *lex fori*, com o fundamento de que a aplicação do mesmo preceito aos factos concretos conduziria a um resultado absolutamente intolerável para o sentimento ético e jurídico dominante, ou lesaria gravemente interesses de primeira grandeza da comunidade local”. FERRER CORREIA, António. “O Novo Direito Internacional Privado Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972, p. 13; Rui Manuel Moura Ramos, “L’Ordre Public International en Droit Portugais” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol.LXXIV, 1998. p.50; MARQUES DOS SANTOS, António. *Direito Internacional Privado*. Sumários, Lisboa, AAFDL, 1987, pp.184-186, entre outros;

⁹ Segundo Santiago Álvarez: “Existe otra forma de enfocar esta función, al menos desde la tesis de P. Lagarde, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959, según la cual el orden público tiené una función de coordinación de sistemas, una dimensión postivía que vendria a drescribirse como el establecimiento (en positivo) de los limites de tolerancia del producto extranjero (la opinión la extraigo de J. Foyer, ‘Remarques sur

um determinado Estado, cujo resultado, após a aplicação, seja contrário aos princípios fundamentais do sistema legal desse foro¹⁰.

Para além disso, é importante ter em mente que a sua concepção moderna é de índole aposteriorística, de exceção¹¹, uma reserva, ou seja, somente após a aplicação das regras de conflito, com a determinação da lei estrangeira aplicável, é que o aplicador do direito deverá analisar, não a lei estrangeira competente individualmente, dissociada de um caso concreto, mas sim o resultado da aplicação dessa lei naquele caso concreto específico. Por ser medida excepcional, a Reserva de Ordem Pública Internacional somente poderá ser utilizada se o resultado da aplicação da lei competente ao caso, seja inaceitável em contraponto aos princípios fundamentais da Ordem Pública Internacional do Estado competente¹². A consequência do afastamento da aplicação da lei estrangeira será, portanto, a aplicação de outras normas da legislação estrangeira mais apropriadas ou, em último caso, a lei interna do foro. Para Santiago Álvarez, essa função é chamada de função preventiva ou negativa, pois protege o sistema de determinado Estado contra a aplicação de legislações estrangeiras quando seus efeitos, no caso concreto, sejam profundamente contrários aos “princípios superiores do foro”¹³.

l'evolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde', *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, cit, p. 284-302, esp p. 296), em ÁLVAREZ, Santiago. “Orden público europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in “La gobernanza del interés público global” in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 153, nota 23;

¹⁰ Cfr nota 8;

¹¹ Cfr Rui Manuel Moura Ramos, *L'Ordre Public International en Droit Portugais*, BFDUC, Vol.LXXIV, 1998. p.50; FERRER CORREIA, António, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000,p.407; MARQUES DOS SANTOS, António. *Direito Internacional Privado*. Sumários, Lisboa, AAFDL, 1987, pp.184-186, entre outros;

¹² Cfr PEREIRA COELHO, F.M. E OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, vol. I - Introdução ao Direito Matrimonial*, - Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed., 2008, p. 719; BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ªed., 1992, p. 256; MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina. P. 262; MAYER, Pierre. *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien, 6ª ed., 1998, p. 134;entre outros

¹³ ÁLVAREZ, Santiago. “Orden publico europeo versus orden publico internacional de cada estado? in “La gobernanza del interés público global” in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 153;

Apesar de ser bastante clara a função desse instituto, o seu conceito é indefinido, uma vez que possui uma natureza complexa que envolve elementos não apenas jurídicos, mas também filosóficos, morais, relativos e alteráveis, sendo, desta forma, indefinível¹⁴.

Não obstante a dificuldade em definir e delimitar o conceito desse instituto, há 4 (quatro) características inerentes que o torna único¹⁵, sendo o primeiro deles o fato de que a Ordem Pública é **estatal ou nacional**. Ou seja, cada Estado possui em seu ordenamento um “conteúdo próprio” de Ordem Pública. Em segundo lugar, a Ordem Pública teria um **conteúdo mutável**, isto é, dependente da atualidade¹⁶, já que a “consciência estatal” se altera de acordo com o tempo, entre outros fatores. Além disso, a Ordem Pública é **“Internacional”** de maneira a diferenciar da Ordem Pública interna, que são o conjunto das leis internas, cogentes, que não podem ser afastadas pela vontade das partes¹⁷. E, por fim, é **excecional**, conceito esse já bastante debatido acima.

Decorre das premissas anteriores que se torna praticamente impossível uma delimitação geral e precisa de quais seriam essas “regras e princípios” invioláveis a ponto de se afastar a aplicação da lei estrangeira competente. É bem verdade que as legislações dos países que dispõem sobre a Ordem Pública Internacional, como Portugal, buscam fixar critérios gerais para a aplicação desse instituto, porém, conforme veremos, tais critérios têm caráter somente pedagógico,

¹⁴ DOLINGER, Jacob. “Ordem Pública Mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado” in *R. Inf. Legislativa*, ano 23, n. 90, Brasília, abr./jun. 1986, p. 209.

¹⁵ Cfr ÁLVAREZ, Santiago. “Orden público europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in “La gobernanza del interés público global” in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 153-154;

¹⁶ Santiago Álvarez usa como exemplo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, citando o exemplo espanhol e o francês. No presente caso, fácil perceber que um pedido de reconhecimento de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, ocorrido em país estrangeiro, sob suas próprias leis, não seria considerado casamento em Portugal antes de 2010 (quando Portugal passou a definir o casamento como a união entre pessoas, independente do sexo), porém hoje tal casamento será plenamente reconhecido. O reconhecimento de sentenças estrangeiras, pelo ordenamento jurídico português, terá como pano de fundo uma Ordem Pública Internacional atenuada. Sobre esse tema Cfr ÂNGULO RODRIGUEZ, M. *Du Moment auquel il faut se placer pour apprecier l'ordre public international*, Rev. Crit., 1972, p.369-399;

¹⁷ Nas palavras de Helena Mota: “Esta estende-se, por um lado, a todas as normas imperativas do ordenamento jurídico que não podem, por isso, ser afastada pela expressão da vontade das partes, mas, por outro, fica limitada, na sua aplicação, às relações internas ou às relações internacionais, que sejam, por força do sistema conflitual ou da consideração de uma norma de aplicação imediata, reguladas pelo direito interno do foro”. MOTA, Helena. “A Ordem Publica Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2011, p. 263;

e procuram somente traçar um caminho para o jurista, e não limitar a interpretação e reflexão sobre a lei estrangeira competente¹⁸.

Nesse sentido, por ter um conceito abstrato e indeterminado, e para fins operacionais, é importante distinguir o conteúdo da Reserva da Ordem Pública Internacional, como técnica de verificação dos efeitos da aplicação de uma lei estrangeira considerada aplicável pelas regras do Direito Internacional Privado de determinado foro, do conteúdo das chamadas “cláusulas de ordem pública”, que, nas palavras de Santiago Álvarez, “*serían la regla positiva que canalizaría la operatividad del orden público internacional*”¹⁹. Em Portugal, podemos citar como exemplo de cláusulas de ordem pública, a previsão dada pelo art. 22º, nº. 1 e nº. 2 do CC:

Artigo 22º - Ordem pública

1. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português.
2. São aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português.

Logo, é nítida a existência de uma problemática, uma vez que se torna dificultoso determinar qual seria, portanto, a extensão dos efeitos da Reserva da Ordem Pública Internacional, já que não há a definição de quais seriam especificamente os “princípios fundamentais” da Ordem Pública Internacional, daquele determinado Estado, vez que as cláusulas de ordem pública podem ser distintas de Estado para Estado.

Apesar disso, esse instituto é facilmente delimitado no espaço-tempo em que se aplica, uma vez que decorre, especialmente, do princípio da não transactividade e da não universalidade

¹⁸ RAMOS, Rui Manuel Moura. “L’Ordre Public International en Droit Portugais” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol.LXXIV, 1998, p.53;

¹⁹ ÁLVAREZ, Santiago. “Orden público europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in “La gobernanza del interés público global “ in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 151;

das leis de cada Estado²⁰, que determina que nenhuma lei deverá ser considerada aplicável, seja a do foro ou qualquer outra, quando não exista nenhum tipo de conexão com a situação controvertida. O princípio da não-transactividade assume, portanto, duas dimensões: a dimensão negativa, quando exclui todas as legislações que não apresentem pontos de conexão com a situação controversa, e a dimensão positiva, quando delimita quais os possíveis ordenamentos jurídicos aplicáveis para aquela determinada situação. É certo que o não-respeito a esse princípio, em conjunto com todos os princípios já aqui citados do Direito Internacional Privado, bem como tendo como pano de fundo a Reserva da Ordem Pública, poderá acarretar uma gravosa ofensa aos direitos adquiridos dos indivíduos.

Note-se, portanto, que o papel da Reserva da Ordem Pública é exercido sempre em segundo plano. Primeiro, a partir das regras das normas de conflito do foro, se determina qual a lei aplicável aquele caso concreto, levando-se em consideração todos os pontos acima delineados, e especialmente o elemento da conexão. Após ter sido definida a lei aplicável, o aplicador do direito deverá verificar se o conteúdo material da lei escolhida, trará resultados toleráveis ao sistema jurídico, ético e moral do foro, e especialmente se tal resultado será compatível com as normas constitucionais e com os princípios fundamentais constitucionais do foro²¹. Se a resposta for positiva, a lei escolhida será efetivamente aplicada. Caso a resposta seja negativa, a legislação será afastada, aplicando-se, segundo a cláusula de ordem pública do Estado português tomado aqui

²⁰ BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 15.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2006, p. 252; ASCENSÃO, José de Oliveira, *O direito – Introdução e teoria geral*, 13.^a Edição- Refundida, Almedina, 2005, p. 574-575;

²¹ Helena Mota, ao tratar sobre a relação entre o Direito Internacional Privado e a Constituição, afirma que: “Depois, é também preciso estabelecer comparação paralela já não com a Constituição do foro, mas com a Lei Fundamental do ordenamento a que pertence o direito estrangeiro mandado aplicar: o ordenamento *ad quem*. Se o primeiro problema é, rigorosamente, um problema emergente da relação a estabelecer entre o Direito Internacional Privado e a Constituição, já o segundo não passa da adequada consideração do artigo 23º do Código Civil e resume-se à correta aplicação do direito estrangeiro competente, isto é, saber se o juiz do foro deve atender à desconformidade da lei estrangeira em face dos princípios constitucionais do ordenamento a que aquela pertence, o que só poderá ser afirmado pelo artigo 23º do Código Civil, na medida em que nada distingue essa questão da que trata da aplicação do direito estrangeiro. Nesta perspectiva, o juiz do foro nada mais deve fazer senão aplicar o direito estrangeiro tal qual ele é aplicado nesse ordenamento, o que implicará o afastamento das normas estrangeiras que tiverem sido declaradas, com força obrigatória geral, inconstitucionais; a mesma atitude será tomada perante uma lei cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada e declarada, no caso concreto, por tribunais ordinários do ordenamento *ad quem*”. MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2011, p. 269; Cfr também MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise geral das suas relações*, (reimp.), Coimbra, 1980, p. 169

como exemplo, outras normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, a *lex fori* que trate sobre aquele tema, tendo como fundamento a Ordem Pública Internacional do foro²².

A verificação da aplicação da Exceção da Ordem Pública Internacional em determinado caso concreto deverá levar em conta todo o ordenamento jurídico, de maneira a evitar arbitrariedades e a utilização desse instituto como regra geral, o que poderá causar gravíssimos prejuízos aos direitos dos indivíduos em relações transnacionais. Isso significa que o resultado encontrado, caso a lei estrangeira considerada competente pelas normas de conflitos do foro seja aplicada ao caso, terá que ser intolerável de maneira a justificar a exclusão dessa legislação^{23/24}. Note-se que essa técnica de verificação dos possíveis resultados obtidos, face a Ordem Pública Internacional do foro, será atenuada quando se tratar somente de reconhecimentos de atos praticados no estrangeiro, bem diferente de quando se tratar de ações a serem constituídas no próprio território português.

Quais seriam, portanto, os efeitos da declaração da Reserva da Ordem Pública? Quando se declara que uma norma ou legislação é incompatível com a Ordem Pública Internacional daquele foro, a referida legislação deixa de produzir efeitos somente nesse território. Isso quer dizer que,

²² Nas palavras de FERRER CORREIA: “É evidente que a solução de tal problema, que só pode, pois, achar-se ao nível do caso, supõe da parte do juiz da causa uma liberdade de avaliação inconciliável com qualquer fórmula rígida. A ordem pública não é uma *medida objectiva* para aferir a compatibilidade *concreta* da norma estrangeira com os princípios fundamentais do direito nacional, mas a decisão de não aplicar as leis estrangeiras é alguma coisa que joga essencialmente com *avaliações subjectivas* do juiz, com a representação que na mente deste se forme acerca do sentimento à constituição ou reconhecimento do efeito jurídico dominante na colectividade e das reacções desse sentimento à constituição ou reconhecimento do efeito jurídico que se tem em vista” FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 410. Além disso, nem todas as cláusulas de Ordem Pública, presentes em outros Estados, indicará como aplicáveis normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente, como prevê o Código Civil português. Geralmente, a legislação considerada aplicável será a lei interna do foro.

²³ BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ª ed. 1992, p.257;

²⁴ Helena Mota complementa: “E essa decisão é tomada naquele momento, em face daquelas circunstâncias, e poderá não mais se repetir: por isso, para além do nexa espacial e da ligação objectiva com o foro, são também caras à figura da ordem pública internacional as características da atualidade, nacionalidade e compatibilidade concreta. MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho nº. 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2011, p. 265;

no país origem da lei, a referida lei continua a ser válida e eficaz, podendo também ter validade e eficácia em outros países que não afastem sua aplicação e competência²⁵.

A solução encontrada pelo Direito Internacional Privado português, em procurar manter a aplicação da legislação competente, através de outras normas mais apropriadas, é considerada por uma grande parte da doutrina como a melhor forma de se manter o elemento da conexão, devendo somente ser declarado ineficaz o conteúdo limitado e específico que contraria a Ordem Pública Internacional do foro, ou seja, mantendo a validade e eficácia de toda parcela que não contrarie²⁶.

Para melhor entendimento da presente questão, dentro de nosso estudo, importante distinguir a Ordem Pública Internacional de fonte interna portuguesa e a Ordem Pública Internacional de fonte europeia.

2.1 No Direito Internacional Privado português de fonte interna:

Como já indicado na introdução da presente dissertação, o Direito Internacional Privado é a disciplina jurídica responsável por regular as relações transfronteiriças, sendo de sua competência indicar o caminho ou o procedimento adequado para a designação da lei aplicável quando existir uma situação controvertida com elementos estrangeiros. Nesse sentido, a finalidade do Direito Internacional Privado é assegurar a estabilidade das relações jurídicas, isto é, salvaguardar a segurança jurídica, tanto em situações ocorridas no foro, quanto para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, que devam ter seus efeitos vigentes na ordem jurídica de determinado Estado²⁷.

²⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. 2ª ed. Atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. P. 338;

²⁶ “O desejável é que tanto quanto possível se resolva o problema no quadro ainda da lei designada como competente – naturalmente mediante recurso a outras normas dessa lei. Com efeito, esta legislação não foi afastada *in toto*, mas tão-só num preceito determinado. Se não se torna possível dar ao caso a solução que lhe seria dada no âmbito do ordenamento designado como competente pelo DIP do foro, tentemos afastar-nos o menos possível daquela solução – e para tanto o procedimento mais indicado consistirá em colmatar a lacuna através doutras normais da mesma lei”. FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra, 2000, p. 420.

²⁷ “O direito internacional privado é o ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem as normas a que se deve obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de caráter internacional. São essas relações (ou situações) aquelas que entram em contacto, através

Em sua vertente clássica, que remonta à Savigny²⁸, a solução encontrada pelo Direito Internacional Privado é aplicar a lei que tenha a conexão mais estreita com a situação²⁹, uma vez que as relações privadas internacionais apresentam elementos de contacto, que nos indicam quais legislações são conexas naquela relação, devendo estas serem fortemente consideradas como aplicáveis aos factos controvertidos³⁰. Apesar disso, essa conexão não é definida a partir de sua concepção material, mas sim de sua concepção espacial, o que, no mais da vezes, não soluciona a questão a partir da decisão “mais justa”³¹, visto que não se leva em conta, primordialmente, o conteúdo material da lei, mas somente a sua localização face os sujeitos da relação.

Importante destacar que, mesmo na versão clássica do Direito Internacional Privado português, ainda sob a visão de MACHADO VILELA³², que possuía um cunho nacionalista, sempre houve a ressalva de que, apesar do Estado ser livre e soberano para determinar os limites de suas normas de conflito, também está atrelado a reconhecer a validade, eficácia e a aplicabilidade de leis estrangeiras em seu território, além do dever de reconhecer também a personalidade jurídica dos estrangeiros e dos seus direitos adquiridos transfronteiriços.

dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo, mas a vários: são relações ‘plurilocalizadas’”. FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. ed out. 2000. 8ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, p.11;

²⁸ VON SAVIGNY, F. K. *System des heutigen römischen Rechts*. 1849, Vol. VIII, p.1 -3.

²⁹ Essa concepção clássica do Direito Internacional Privado apresenta algumas fragilidades quanto a sua aplicação prática, sendo difícil determinar, de forma antecipada pelo Direito Internacional Privado, qual seria a legislação que tenha a conexão mais estreita, a partir de um complexo exercício de ponderação entre todos os interesses envolvidos. Sobre esse tema, cfr FERRER CORREIA, António. *Direito Internacional Privado. Alguns Problemas*, Coimbra, 1981 (4.ª reimpr., Coimbra, 1996), separata dos volumes LI, LII, LIII, LIV do BFDUC. p. 103 e notas; Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais (art. 4º e art. 10º, respetivamente); Projetos de convenção elaborados pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado sobre legislação aplicável às obrigações de alimentos (02 de outubro de 1973), sobre a lei aplicável aos contratos de agência e à representação, e sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais (14 de março de 1978); CAVERS, David F. “A critique of the choice-of-law problem” in *Harvard Law Review*, Vol. XLVII, nº2, 1933, p. 193;

³⁰ BAPTISTA MACHADO, João. *Âmbito de Eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970, 1ª parte. Secções I e II;

³¹ FERRER CORREIA entende que o Direito Internacional Privado possui uma “justiça” própria, que não se vincula a justiça material da lei, ou seja, que não tem relação com o conteúdo da lei e sua aplicação em um caso concreto, mas sim da “localização dos factos e das ligações dos sujeitos da relação jurídica”. Porém, o mesmo autor indica a existência de exceções, quando o conteúdo material da lei indicada pela norma de conflito conduza a um resultado intolerável “para o sentimento ético e jurídico dominante, ou lesaria gravemente interesses de primeira grandeza da comunidade local. Esse fenómeno é o objeto da presente dissertação: A exceção da Ordem Pública Internacional. Sobre o tema cfr FERRER CORREIA, António. “O Novo Direito Internacional Privado Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972, p.12-13;

³² MACHADO VILELA, Álvaro da Costa. *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1921 – 1922, p. 34 a 38;

O facto é que, quando lidamos com conflitos de caracteres personalíssimos, como as relações familiares, essa tarefa se torna árdua, e muitas vezes impossível³³, especialmente quando há em conflito relações internacionais, com a presença de nacionais de países distintos e cuja legislação tenha elementos de estraneidade, como, por exemplo, as leis dos países islâmicos, que decorrem, na maioria dos casos, do Alcorão e de suas interpretações, sem que exista um código material e formal, que defina os direitos e os deveres dos cidadãos³⁴.

Atenta a essas dificuldades, a legislação portuguesa, com o intuito de se chegar a uma decisão “justa” quanto à lei aplicável, nos casos em que o cerne da questão seja o estatuto pessoal das partes, dispôs que, em virtude da natureza personalíssima de tais relações, a lei aplicável deve ser aquela que possua um vínculo efetivo e permanente, como a lei da residência habitual (caso essa se considerasse competente) ou a lei da nacionalidade³⁵.

A ordem jurídica portuguesa dispõe, como já dito no tópico anterior, no artigo 22º, nº1, do Código Civil sobre a aplicabilidade da Ordem Pública Internacional como técnica de afastamento de uma legislação estrangeira, designada como competente pelas normas de conflito portuguesas, por infração aos princípios fundamentais do Estado português.

Mas qual seria, portanto, o conteúdo material da Ordem pública internacional de fonte interna portuguesa? Quais seriam os princípios fundamentais do Estado português que justifiquem a aplicação da técnica de interpretação da Ordem Pública Internacional? É esse ponto que pretendemos aqui responder.

³³ Para MOTA, Helena. “O presente e o futuro das relações familiares internacionais no Direito da União Europeia” in *La famiglia nella società contemporanea*, p. 393, a dificuldade da aplicação das medidas de cooperação judiciária em matéria de direito de família justifica a excecionalidade do processo legislativo quanto a esse tema, que será de competência exclusiva do Conselho, cuja deliberação será por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu. No entanto, há também a possibilidade, através da cláusula “passerelle”, do Conselho, após proposta da Comissão, possa deliberar sobre tais assuntos por processo legislativo ordinário, podendo os parlamentares a possibilidade de opor-se a tal modalidade no prazo de 6 (seis) meses (art. 81º, n.º 3, do TFUE);

³⁴ O Marrocos reformou em 2004, o *La Mudawana*, o chamado Código da Família do Marrocos. Esse código mantém-se inspirado nos ditames do Alcorão, porém procura dar igualdade formal entre os direitos de homens e mulheres, o que efetivamente não ocorre materialmente e diante do contexto cultural e religioso do país. Apesar disso, há alguns avanços interessantes que serão oportunamente abordados.

³⁵ “O código civil português contém uma importante providência relativa ao reconhecimento das situações jurídicas de carácter pessoal constituídas no estrangeiro, ao abrigo da lei da residência habitual das partes: sem embargo de a lei pessoal competente ser a da nacionalidade, as referidas situações jurídicas serão plenamente reconhecidas em Portugal, com a única condição de a *lex domicilii* se considerar aplicável”. FERRER CORREIA, António. “O Novo Direito Internacional Privado Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972, p. 35; Cfr o artigo 31º, nº. 2 do CC português;

Conforme já detalhado repetidamente, a Ordem Pública consiste num conjunto de princípios fundamentais que, como tais, refletem nas normas de direito privado, regulando as relações de determinados grupos de pessoas, e que predominam sobre as convenções particulares. No caso da Ordem Pública interna, essa será, por um lado, o conjunto das normas e princípios do ordenamento jurídico, que não podem ser alterados/afastados pela expressão da vontade das partes, e está limitada, por outro lado, em sua aplicação, às relações nacionais e transnacionais que sejam reguladas, de acordo com as normas de conflitos, pelo direito interno do foro. Já a Ordem Pública internacional, que poderá ser de fonte interna e de fonte europeia, consubstancia-se na regulação das relações e/ou atos praticados no estrangeiro, que tenham repercussão em território nacional, ou constituídas em território português, com a aplicação de direito estrangeiro e somente nos casos excepcionais em que o resultado se apresente como intolerante aos valores e princípios fundamentais do direito do foro. Tal conteúdo é de determinação exclusiva do Estado Português, que pode diferenciar-se do conteúdo de ordem pública internacional de outro Estado, como Espanha, por exemplo^{36/37}.

Nesse sentido, as normas de ordem pública, tanto no direito interno quanto no direito internacional, constituem os princípios indispensáveis para a organização da vida social, garantindo uma perspectiva de singularidade das instituições de um determinado país, como Portugal. É bem verdade que a delimitação do conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional é um exercício complexo, mas é de fácil percepção que todos os princípios que fazem parte da estrutura da ordem jurídica portuguesa e que, como tais, integram o conteúdo material constitucional de Portugal, serão parte do conteúdo material da ordem pública internacional de fonte interna portuguesa³⁸.

A Constituição da República portuguesa, principal fonte interna da Ordem Pública Internacional portuguesa, colaciona alguns princípios que são indispensáveis para a ordem jurídica

³⁶ Como exemplo, podemos citar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre o tema Cfr o Acórdão 359/2009, de 09 de julho, que trata sobre um pedido de análise quanto à constitucionalidade do art. 1577º do CC (que à época definia o casamento como o contrato entre pessoas de sexo diferente) do Tribunal Constitucional português, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>

³⁷ Sobre esse tema cfr BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ªed., 1992, p. 255-257;

³⁸ PATRÃO, Afonso. *Ordem pública internacional e arbitragens submetidas a lei portuguesa - Acórdão do STJ de 26.9.2017*, Revista n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1, Cadernos de Direito Privado, n.º. 62, abril junho, 2018, p.41

portuguesa. É certo que tais princípios abrangem, além de outros ramos do direito, o direito civil português. Segundo DOLINGER, a ordem pública internacional de um determinado Estado, como Portugal, é constituído por todos os princípios que regem a vida de todos aqueles que estejam sob o manto estatal, em seus aspectos morais, religiosos, econômicos, políticos e jurídicos e são esses princípios que definem e delimitam o conteúdo material da ordem pública internacional de fonte interna portuguesa³⁹.

Nesse sentido, para o presente estudo, é importante delimitar, mesmo que não de forma permanente ou completa, o conteúdo material de normas de caráter de ordem pública (fonte interna) que tratem sobre as relações familiares e, que, portanto, poderão servir como fundamento para o afastamento da legislação estrangeira islâmica, na reflexão feita a partir do caso concreto.

O Código Civil português define, em seu art. 1576º, as fontes das relações jurídicas familiares como sendo o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Para o nosso estudo, ficaremos atentos às normas, materiais⁴⁰, que tratem sobre o casamento, previstas nos artigos 1577º (noção do casamento); 1587º a 1590º (modalidades de casamento); 1596º a 1614º (pressupostos da celebração do casamento), entre outros que serão oportunamente citados; bem como os artigos 1773º a 1793º-A (que trata sobre o divórcio e seus efeitos).

Importante destacar que a Ordem Pública Internacional de Portugal não é apenas constituída por fonte interna, mas seu conteúdo abrange também princípios considerados globais, como a normativa internacional sobre Direitos Humanos, por exemplo, que se configura como uma espécie de “denominador comum” entre as ordens públicas internacionais de outros Estados. Porém, apesar disso, cada um dos Estados pode ter resultados diferentes na aplicação do fundamento da Ordem Pública Internacional, na reflexão feita em um caso concreto⁴¹. Não obstante esses fatos, o que temos sentido nos últimos anos, é a existência de uma ordem pública internacional de fonte europeia e que vem provocando grandiosas mudanças nas decisões de cada

³⁹ DOLINGER, Jacob. *World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws*, Texas International Law Journal, 1982, p. 174;

⁴⁰ Iremos tratar das normas de designação da lei competente, arts. 49º a 51º, no terceiro capítulo do presente estudo.

⁴¹ ÁLVAREZ, Santiago. “Orden público europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional, Madrid, 2015, p 156; Para esse autor: “En este contexto, podemos decir, certamente, que la normativa internacional de derechos humanos es un factor de *atenuación* de la exclusividad del contenido del orden público internacional de cada Estado, sin duda, pero por si misma no llega a determinar un núcleo duro uniforme (con soluciones idénticas ante similares problemas)”.

um dos Estados membros que, na atualidade, passam por um controle, não do conteúdo interno de ordem pública, mas sim na utilização ou não da Ordem Pública Internacional do Estado do foro, quando em confronto com a Ordem Pública Internacional de fonte europeia, mais precisamente da Ordem Pública Internacional da União Europeia.

2.2 No Direito Internacional Privado português de fonte europeia:

As alterações trazidas pelo Tratado de Amsterdão⁴² ao Tratado de Funcionamento da União Europeia, trouxe como inovação a expansão da competência da UE para regular matérias de Direito Internacional Privado, como fora inclusive ratificado pelo Tratado de Lisboa, que reformulou o artigo 81º do Tratado de Funcionamento da União Europeia⁴³, com o intuito de garantir o exercício regular do Princípio da Livre Circulação de pessoas e bens, dentro do espaço comunitário⁴⁴. E, como consequência, alterou o sistema do Direito Internacional Privado português, como também o Direito Internacional Privado dos outros Estados-Membros, tornando-os desfragmentados.

Há na realidade, nos dias de hoje, uma nítida sobreposição de instrumentos normativos aptos a solucionar relações controvertidas transnacionais, quanto à designação da lei aplicável, “numa complexa e delicada teia de repartição de atribuições e competências”⁴⁵ entre os Estados-Membro e a UE. Além disso, a União Europeia criou no decorrer dos anos, cláusulas especiais de ordem pública, que são conteúdos que definem os fundamentos da aplicação da Reserva da Ordem Pública Internacional, e como tais concretizam princípios, que substituíram, sob algumas perspectivas, o próprio conteúdo das cláusulas gerais de ordem pública dos Estados-Membros, gerando a existência de um “conteúdo comum” de Ordem Pública Internacional entre todos os

⁴² Disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf

⁴³ Cfr o artigo 81º do TFUE, disponível em https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf, p. 100-101;

⁴⁴ MOURA RAMOS, Rui Manuel. *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 219;

⁴⁵ MATAIJA, Mislav. “Internal Situations in Community Law: an Uncertain Safeguard of Competences Within the Internal Market” in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 5, 2009, p. 35. Disponível em <https://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/89>;

Estados que compõem a União Europeia⁴⁶. Há uma clara diminuição no âmbito de aplicação da normativa de conflitos dos Estados-Membros, favorecendo a aplicação das normativas da União Europeia.

Note-se, porém, a aplicação dos Regulamentos e Diretivas da UE, em substituição à normativa de resolução de conflitos do foro, quando se tratarem de relações que envolvam direitos e/ou princípios protegidos pela UE (ou de países terceiros que a UE tenha relações), de acordo com o art. 81º do TFUE já descrito acima. Ademais, é imprescindível que exista um elemento supranacional/plurilocal na relação para justificar a aplicação do direito da União Europeia.

Por conta desse processo que vem ocorrendo por décadas, e que vem ganhando novos contornos nos últimos anos, através de um claro movimento de integração para uma regulamentação coesa dentro do espaço da UE⁴⁷, os Estados-Membros começaram a alterar suas próprias normativas, especialmente as que dizem respeito ao conteúdo material da ordem pública, fazendo com que exista nestes países, e também em Portugal, normas de ordem pública internacional de fonte europeia. Segundo Santiago Álvarez, o Direito da União Europeia causou e causa um grande impacto na ordem pública internacional de cada Estado-Membro, alterando seu conteúdo (como técnica), como dito acima, mas não apenas isso, alterando também a sua função ou operatividade, além de seu conteúdo material, ou seja, as cláusulas de ordem pública⁴⁸, seja através da própria alteração legislativa para uma coesão entre o foro e a UE, seja através da aplicação direta da própria normativa comunitária, sobre o tema.

Dito isto, podemos considerar os Regulamentos que versem sobre Direito Internacional Privado, em determinadas matérias, como um Direito Internacional Privado de fonte europeia, pois, mesmo em casos em que não houve uma efetiva alteração legislativa, de maneira a uniformizar o conteúdo formal e material ao direito comunitário, Portugal fica vinculado à aplicação desses Regulamentos nos termos acima expendidos. O fato é que, pela dinâmica definida pelos

⁴⁶ ÁLVAREZ, Santiago. “Orden público europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in “La gobernanza del interés público global” in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 162;

⁴⁷ Importante destacar, em relação ao início do movimento de integração, os Regulamentos da UE: Bruxelas I, Bruxelas II bis, Roma I e Roma II;

⁴⁸ ÁLVAREZ, Santiago. “Orden público europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in “La gobernanza del interés público global” in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 161;

Regulamento da UE hoje vigentes, é nítida a predominância da *professio iuris*, sendo considerada, inclusive, como regra nas relações em que esteja em cena o estatuto pessoal das partes⁴⁹.

Em matéria de direito de família, a União Europeia adotou 8 (oito) Regulamentos⁵⁰, e em todos eles há previsão sobre a Ordem Pública Internacional, são eles: Artigos **22º, 23º do Regulamento (CE) nº. 2201/2003**, que versava sobre decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, conhecido como Bruxelas II-A, que fora revogado pelo **Regulamento (UE) 1111/2019, de 25 de junho, do Conselho**, cuja previsão se encontra nos artigos **38º, 39º, 68º, nº. 1 e nº. 2**; Artigo **24º do Regulamento (CE) nº. 4/2009**, que trata sobre competência, lei aplicável, reconhecimento e execução das decisões e cooperação em matéria de obrigações alimentares; Artigos **10º e 12º do Regulamento (UE) nº. 1259/2010**, que criou uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, conhecido como ROMA III; Artigos **35º, 40º, 59º, nº. 1, 60º, nº. 3 e 61º, nº. 3 do Regulamento (UE) nº. 650/2012**, que versa sobre competência, lei aplicável, reconhecimento e execução de decisões, aceitação e execução de atos autênticos, em matéria de sucessões e também sobre a criação de um Certificado Sucessório Europeu; Artigo **31º, 37º, 39º, nº. 2, 58º, nº. 1, 59º, nº. 3, 60º, nº. 3 do Regulamento (UE) 2016/1103**, implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais; Artigo **31º, 37º, 39º, nº. 2, 58º, nº. 1, 59º, nº. 3, 60º, nº. 3 do Regulamento 2016/1104**, que trata sobre a implementação de uma cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas (União de facto); Artigo **38º, 39º, nº. 1, 68º, nº. 1 e nº. 2 do Regulamento nº. 2019/1111**, que versa sobre competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, que começou a vigorar em 22 de julho de 2019, mas que possui prazos distintos para cada uma de suas

⁴⁹ MOTA, Helena. “O presente e o futuro das relações familiares internacionais no Direito da União Europeia” in *La famiglia nella società contemporanea*, p. 396;

⁵⁰ Em todos esses Regulamentos, houve a preocupação em estabelecer a Reserva da Ordem Pública Internacional, com a estipulação de cláusulas de Ordem Pública, que servirão de fundamento para a análise de casos concretos, cujos resultados, após a aplicação da lei estrangeira competente, sejam intoleráveis perante os princípios fundamentais daquele foro.

matérias. Há ainda o **Regulamento de Execução (UE) nº. 1329/2014**, que estabelece os formulários indicados no Regulamento (UE) nº. 650/2012.

Além desses, pertinentes ao nosso tema, temos também o **Protocolo de Haia de 2007**, a **Convenção de Haia sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família**, além da **Convenção de Haia de 2019 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial**, que apesar de tratar sobre execução de sentença em matéria cível, exclui do seu âmbito de aplicação, as sentenças que verse sobre “matéria de estado ou de capacidade das pessoas ou de direito de família, incluindo os direitos e obrigações pessoais e pecuniários entre pais e filhos e entre cônjuges, além da **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**.”

Trataremos de forma mais detalhada sobre esses Regulamentos, Convenções e Protocolos, e suas cláusulas de ordem pública internacional, no próximo capítulo, quando iremos analisar a legislação portuguesa e a marroquina, em matérias como casamento, divórcio, efeitos patrimoniais do divórcio, além das relações controvertidas que a relação entre essas duas legislações possa apresentar.

3. RELAÇÕES FAMILIARES NO SEIO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ISLÂMICOS: REFLEXÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO MARROQUINA E A PORTUGUESA

O Sistema Jurídico Islâmico, em geral, diferente do sistema jurídico europeu, não tem a figura da lei como fonte de direito. O Estado Islâmico, na realidade, é um instrumento para manutenção e continuidade das tradições religiosas, estas sim fontes de direito, e que regem as relações nas comunidades islãs⁵¹. Como consequência, o Ordenamento Jurídico Islâmico,

⁵¹ Cfr WOLKMER, Antônio Carlos. “Fundamentos do Direito na Cultura Islâmica” in *Islamismo e Humanismo Latino – Diálogos e Desafios*, Ed. Vozes, 2004, p. 225; PANSIER, Frédéric-Jérôme e GUELLATY, Karim. *Le droit musulman*. Paris, Ed. PUF, 2000, p. 24-25;

ressalvadas suas exceções⁵², não possui como propósito a incorporação de direitos e deveres reconhecidamente universais, dentre eles o princípio da igualdade.

O direito muçulmano, como poderemos perceber, é primordialmente uma extensão da religião. As duas principais fontes de direito e da prática islâmica são o Alcorão, considerado a escritura sagrada⁵³, e a Suna⁵⁴, que é a trajetória do Profeta Maomé, entendida como modelo de conduta por aqueles que o seguem. Além dessas duas grandes fontes de direito, há ainda outras secundárias, como o *ijtihad*, exercício de analogia praticado pelo jurista muçulmano quando não há uma resposta definida nas duas primeiras fontes para aquele caso específico, e a *ijma*, que seria uma decisão pelo consenso da comunidade islâmica⁵⁵. Em anos relativamente mais recentes, a jurisprudência também vem ganhando contornos de fonte do Direito muçulmano. De forma geral, a jurisprudência muçulmana tem como objetivo suprir as lacunas entre as determinações das três fontes anteriores e a prática.⁵⁶

Talvez a grande diferença entre o mundo islão e o ocidente esteja no processo de secularização, com uma nítida separação entre a religião e o direito no mundo ocidental, hoje inclusive em processo de “pós-secularização ou ainda de dessecularização⁵⁷, e o Islão, em que não há uma distinção, ao menos não formal, entre religião e direito. Em seu conteúdo possui determinações, regras e instruções para quase todos os aspectos da vida humana: sociais, políticos, legais, militares, financeiros, ou seja, todas as relações interpessoais públicas e privadas dos muçulmanos. A partir desses dois livros, os muçulmanos criaram a Sharia⁵⁸, que é o conjunto das leis religiosas.

O mais interessante é perceber que a Sharia antiga para as atividades diárias dos muçulmanos era, em termos proporcionais, mais flexível que a Sharia hoje aplicada, e essa

⁵² O Marrocos, que será utilizado como objeto de estudo, tem o Direito da Família organizado em um Código jurídico e formal, chamado “la Moudawana”;

⁵³ ARNALDEZ, Roger. *La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques. Droit et religion*. Paris: Éditions Dalloz, 1993, p. 84.

⁵⁴ GILISSEN, John. *Introdução Histórica Ao Direito* - 2º Edição, Lisboa, 1995, p. 120;

⁵⁵ Cfr CUNHA, Agostinho Paiva da. “Conhecer o Islão” in *Cadernos do IDN*, nº. 3, II Série, julho 2009, p.6;

⁵⁶ MILLIOT, Louis e BLANC, François Paul. *Introduction à l'étude du droit musulman*. Paris, Dalloz, 2001, p. 149-150;

⁵⁷ PIERUCCI, Antônio Flávio. “Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido” in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 13, 1998, pp.2 e 3;

⁵⁸ MERVIN, Sabrina. *Histoire de l'islam: Fondements et doctrines*. Paris: Flammarion, 2001, p.15.

inflexibilidade se deve muito mais às jurisprudências islâmicas, chamadas de *fiqh*, do que às próprias determinações existente no Corão e na Suna. E isso estar a ocasionar um grande movimento, com graves oposições, de renovação da *fiqh*⁵⁹, de maneira que se essa fosse reformulada e pudesse se tornar praticável ao mundo moderno, um exemplo disso é o Estado Islâmico do Marrocos.

Esse movimento de renovação/reformulação da jurisprudência islâmica pode ser explicado pela pressão que alguns blocos econômico-políticos, como a União Europeia, fazem para que esses países possam enquadrar suas legislações no sistema jurídico ocidental, principalmente com relação ao respeito a princípios fundamentais, como o princípio da igualdade. No caso do Marrocos, modelo principal dessa reformulação – por ter como fonte de direito a legislação e possuir uma legislação codificada, com a participação efetiva de um tribunal da família – a sua localização geográfica também contribuiu muito para todas essas mudanças, uma vez que hoje esse país encontra-se como principal país articulador de negociações econômico-políticas entre Europa e África⁶⁰.

Numa rasa análise, e sob uma óptica ocidental legislativa, o Ordenamento Jurídico Islâmico não possui como escopo a incorporação de direitos e deveres universais, dentre eles o princípio da igualdade, acima citado. Mas isso não significa que o Sistema Jurídico, de maneira geral, não faça alusão a tais princípios⁶¹ ou que os desrespeite de forma sumária. A diferença consiste no significado que cada um dos princípios fundamentais possui para os muçulmanos e para a comunidade ocidental⁶².

⁵⁹ MERVIN, Sabrina. *Histoire de l'islam: Fondements et doctrines*. Paris: Flammarion, 2001, p.120;

⁶⁰ ALMEIDA, Rui Antônio Pereira de. *Interdependência e Segurança: uma década de relações entre Marrocos e a União Europeia*. 2012, p. 2;

⁶¹ Segundo GILISSEN: “Os poucos princípios jurídicos que se podem deduzir do Alcorão correspondem às finalidades políticas prosseguidas por Maomé: dissolver a antiga organização tribal dos Árabes e substituí-la por uma comunidade de crentes sem classes privilegiadas. As regras impostas tendem a uma maior moralidade: proibição do vinho, do jogo, do empréstimo a juros. Os juízes (*gâdi*) devem, nas suas decisões judiciais, procurar o que é justo: lutar contra a corrupção, impor o testemunha na justiça, fazer respeitar o peso e a medida exactos; os contratos devem ser executados fielmente; os fracos (mulheres, órfãos, escravos) devem ser protegidos” ⁶¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica Ao Direito* - 2ª Edição, Lisboa, 1995, p. 121; É interessante perceber que o entendimento do que seria “proteger” as mulheres é bem diferente da proteção dada por uma legislação ocidental, como Portugal, visto a lei muçulmana é nitidamente desigual nos direitos entre homens e mulheres, sempre as enxergando como um ser submisso ao homem.

⁶²Sobre esse tema, cfr *Dignidade humana, igualdade e liberdade no islamismo*, disponível em <https://parstoday.com/pt/radio/world-i21436->

Segundo Boaventura de Sousa Santos, se torna quase impossível “compreender determinada cultura a partir dos *topoi*⁶³ de outra cultura”, e há a necessidade de se reconhecer as grandes fragilidades existentes nas duas concepções de direitos humanos, a ocidental, e a islâmica, sem que se coloque qualquer uma delas como a mais legítima ou a mais correta⁶⁴, uma vez que esses conceitos devem ser compreendidos dentro de seu próprio contexto cultural⁶⁵.

Esse paradigma se torna ainda mais evidente quando lidamos com as relações familiares e com o lado mais frágil dessa relação: as mulheres⁶⁶. Além de serem segregadas, em algumas interpretações mais rígidas das escrituras, as mulheres são excluídas de toda a vida pública, sem nenhum direito político protegido⁶⁷. Essa questão da inexistência de igualdade de direitos entre homens e mulheres é muito grave e abrange vários outros aspectos da vida das

[dignidade humana igualdade e liberdade no islamismo \(pelo motivo do dia dos direitos humanos isl%C3%A2micos\)](#), consultado em 08 de setembro de 2020;

⁶³ Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: “Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tonam possível a produção e a troca de argumentos. Os *Topoi* tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando ‘usados’ numa cultura diferente”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos in *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.º. 39, 1997, p. 115;

⁶⁴ “É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Actualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefacto cultural, um tipo de invariante cultura, parte significativa de uma cultura global? Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais(...)”. SANTOS, Boaventura de Sousa. “Uma concepção multicultural de direitos humanos” in *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.º. 39, 1997, p. 112;

⁶⁵ “Imperialismo cultural e epistemicídio são parte da trajetória histórica da modernidade ocidental. Após séculos de trocas culturais desiguais, será justo tratar todas as culturas de forma igual? Será necessário tornar impronunciáveis algumas aspirações da cultura ocidental para dar espaço à pronunciabilidade de outras aspirações de outras culturas? Paradoxalmente – e contrariando o discurso hegemônico – é precisamente no campo dos direitos humanos que a cultura ocidental tem de aprender com o Sul para que a falsa universalidade atribuída aos direitos humanos no contexto imperial seja convertida, na translocalidade dos comopolitismos, num diálogo intercultural”. SANTOS, Boaventura de Sousa. “Uma concepção multicultural de direitos humanos” in *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.º. 39, 1997, p. 121;

⁶⁶ “Os homens são superiores às mulheres pelas qualidades com que Deus os elevou acima delas e porque os homens gastam os seus bens a dotá-las. As mulheres virtuosas são obedientes e conservam cuidadosamente durante a ausência de seus maridos o que Deus lhes confiou”. Alcorão, Lisboa, *Junta de Investigações Científicas do Ultramar*, 1979, Sura 4:38, p. 103

⁶⁷ AHMED AN-NARIM, Abdullahi. *Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, New York, Syracuse University Press, 1996, pp. 52, 54 e 87

muçulmanas; porém, para o presente estudo, essa análise terá como base as relações familiares⁶⁸, em um sentido estrito, ou seja, dentro do matrimônio e após sua dissolução.

Respeitadas as questões intrínsecas entre mundo ocidental e a comunidade islâmica, é certo que, no presente estudo, as relações jurídicas familiares serão analisadas a partir do conceito de Princípio da Igualdade definido, primeiramente, pelo Estado Português, e em segundo plano, pela União Europeia, em questões como casamento e seus requisitos essenciais de formação; divórcio e os efeitos patrimoniais dessa dissolução, de acordo com o Código da Família Marroquino.

3.1 Relações Matrimoniais

O direito ao casamento é considerado um direito fundamental da pessoa humana, e como tal, é previsto em diversas legislações internacionais, como exemplo, o artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas⁶⁹, entre outros. Já o conceito jurídico de casamento, que engloba, portanto, os pressupostos legais de sua existência e validade, é um conceito complexo, uma vez que, ao mesmo tempo, que é uma relação íntima entre duas pessoas, possui também efeitos em face de terceiros, da sociedade e está afeito a influências religiosas e culturais⁷⁰. Atenta a essa complexidade de fatores socioculturais, a União Europeia dispõe ser competência de cada um de seus Estados-Membros a determinação do conceito legal de casamento, através de suas próprias legislações, bem como do direito internacional privado⁷¹. Logo, é certo que há a possibilidade de nos depararmos com alguns conceitos que sejam

⁶⁸ “A crença europeia e norte-americana na igualdade perante a lei e os seus corolários no domínio das relações familiares não lograram obter aceitação em vários países muçulmanos, onde o estatuto da mulher casada se mantém largamente subordinado ao do marido em virtude da admissão da poligamia e do reconhecimento ao varão do direito de corrigir e repudiar a sua consorte”. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, vol 1, Introdução e Parte Geral*. Coimbra, Almedina, 2008, p. 7;

⁶⁹ Cfr a *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*, disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>;

⁷⁰ BLAZQUEZ RODRIGUEZ, Irene. “Matrimonio celebrado por el rito islamico, certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado” in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, nº 2, p.383.

⁷¹ BLAZQUEZ RODRIGUEZ, Irene. “Matrimonio celebrado por el rito islamico, certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado” in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, nº 2, p.383;

diferentes entre os países, como, por exemplo, a possibilidade de que a união de pessoas do mesmo sexo seja considerada casamento⁷², como efetivamente não ocorre em Marrocos.

Em território português, o casamento é um instituto nitidamente constitucional pois está previsto, no art. 36º da CRP, que todos possuem direito de casar e constituir família, e ainda garante e protege a igualdade de direitos e deveres civis e políticos, bem como a manutenção e educação dos filhos. Logo, todo o casamento ocorrido pelas leis portuguesas, devem respeitar as determinações constitucionais, além dos requisitos legais previstos pelo Código Civil e Código de Registo Civil. Para Portugal, o casamento, segundo o art. 1577º do Código Civil, “é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

3.1.1 Requisitos Essenciais:

O casamento vem se mostrando nos últimos anos, um instituto internacional, por conta disso, em virtude dos grandes fluxos migratórios, as relações familiares hoje são compostas muitas vezes por nubentes nacionais de Estados diferentes entre si⁷³, o que demonstra toda a problemática que o Direito Internacional Privado enfrenta quando há a necessidade de determinar a legislação aplicável a uma situação controvertida, especialmente quando as legislações conexas são tão distintas, e possuem enfoque principiológico díspares, como é o caso das relações entre a legislação portuguesa e a islâmica⁷⁴.

⁷² Em Portugal, a união entre pessoas do mesmo sexo somente foi definido como casamento perante a ordem jurídica portuguesa através da redação dada pela Lei nº. 9/2010, de 31 de maio, ao artigo 1577º do CC português, que passou a definir o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas”, retirando a referência sobre a diversidade de sexo. Antes desse marco, a ordem pública portuguesa coadunava com a legislação marroquina nesse ponto, sendo, portanto, considerado um casamento inexistente, nos termos do artigo 1628º do CC, alínea “e”, revogado em face da alteração legislativa acima indicada;

⁷³ BLAZQUEZ RODRIGUEZ, Irene. “Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado” in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 07, nº. 2, 2015, p. 384; SILVA, Nuno Ascensão. “Do Estatuto Pessoal – Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 Anos do Código Civil)” in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, v. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2006, Coimbra Editora, p. 549-649; BARATTA, Roberto. *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales in Recueil des Cours*, 2011, p. 272;

⁷⁴ A respeito desse tema, DEPRESZ, Jean. “Droit international privé et conflits de civilisations” in *R. Des C*, 2008, pp.36 e ss; LEDUC, Ariane, RABY, Mélanie e SCOTT, Valérie. “Le mariage polygame et le droit international privé

Para Irene Blázquez Rodríguez, mesmo diante da inexistência de um conceito autônomo universal para o casamento, são uniformes os seus três principais requisitos essenciais de formação: consentimento; capacidade matrimonial e a existência de um ato solene, de acordo com a legislação competente⁷⁵. Requisitos esses que são previstos pelo código civil português e também pelo código da Família Marroquina.

Antes de adentrarmos ao mérito do presente trabalho, é importante contextualizar o surgimento da La Moudawana (Código da Família Marroquina) e as mudanças que ela trouxe⁷⁶. A última reforma ocorrida em matéria de direito de família, no Marrocos, tinha sido em 1993 e, com raras exceções, tais mudanças não foram suficientes. A sociedade civil marroquina e, especialmente, o movimento das mulheres iniciaram uma pressão para que as mudanças fossem mais significativas, especialmente em relação ao Direito das mulheres e às imensas desigualdades de gênero⁷⁷, nomeadamente por que a reforma de 1993 não aboliu, de forma categórica, o repúdio, a poligamia ou a tutela matrimonial⁷⁸.

québécois dans une perspective de droit compare” in *Revue Québécoise de droit international*, volume 21-1, 2008. pp. 175-186;

⁷⁵ Cfr sobre esse tema ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª ed., 1.º volume, Petrony, Lisboa, 1999, p. 216, 217; PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, volume I, Introdução. Direito matrimonial, 4.ª ed., com a colaboração de RUI MANUEL MOURA RAMOS, Coimbra Editora, 2008, n.º 105, pg. 248; BLAZQUEZ RODRIGUEZ, Irene. “Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado” in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 07, n.º. 2, 2015, p. 383;.

⁷⁶ NOIR-AISSAOUI, Karina. *The Current Debate on the Moroccan Family Code Mudawwanat al-Usra in Morocco*” in *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* | Vol. 8, Iss. 1 (2020), p. 81

⁷⁷ “Faced with the intensity of growing pressure from civil society, first and foremost from the burgeoning women’s movement, the much-anticipated 1993 reform was soon to see the light of day. This was the year when King Hasan II took the decision to reform family law. His main objective was to ease tensions that could lead to a crisis in Moroccan society. Shortly afterwards, it became clear that the 1993 reform was too limited and therefore fell far short of meeting expectations that were held by a section of Moroccan society and that were increasingly influential on public opinion. The amendments concerned particularly the Articles 5, 12, 41, 48, 99, 102, 119, and 148. The legislature failed to categorically abolish repudiation, polygamy, or matrimonial guardianship, which affirmed the persistence of gender inequality in the social milieu. Although this revision was limited in terms of substance, it was crucial from the point of view of the removal of the sense of the inviolable nature of the text of the code as it stood” NOIR-AISSAOUI, Karina. *The Current Debate on the Moroccan Family Code Mudawwanat al-Usra in Morocco*” in *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* | Vol. 8, Iss. 1 (2020), p. 81.

⁷⁸ Conforme veremos, oportunamente, a tutela matrimonial, na figura do wali, correspondia, até 2004, a uma figura masculina que deveria tomar todas as decisões relativas ao matrimonial, no lugar da mulher, que era considerada como menor de idade, nesse aspecto. Com a reforma de 2004, a mulher passou a ser considerada maior de idade aos 18 anos, e a poder tomar todas as decisões sobre o casamento por conta própria;

Além desse fatores, havia também o fato que o Rei Mohammed VI tinha o desejo de colocar o Marrocos como principal articulador entre as negociações entre Europa e África, e para isso apoiava o conceito de igualdade de gênero e a transição democrática⁷⁹, enquanto pilares políticos da Europa e dos países ocidentais como um todo. O “sucesso” dos movimentos, mesmo que em minoria, se deu justamente pelo apoio real, uma vez que o direito de alterar o Moudawana é uma prerrogativa do Rei.

A reforma de 2004, no direito de família marroquino, baseou-se em 3 importantes princípios: a garantia dos direitos das mulheres; a preservação dos direitos e a dignidade do homem e o interesse da criança⁸⁰. Diante desse contexto, é inegável que o Código da Família do Marrocos melhorou sobremaneira a condição da mulher, porém mesmo com a vontade do Rei, ele não poderia ultrapassar alguns ditames do Islã⁸¹, o que não justifica, mas ao menos explica, a presença de algumas disposições onde ainda se encontra presente a desigualdade de gênero. Apesar disso, importante destacar a consagração da igualdade entre homens e mulheres na corresponsabilidade familiar⁸², como podemos perceber pela definição de casamento dado pelo La Moudawana, em seu art. 4º:

“O casamento é um contrato legal pelo qual um homem e uma mulher consentem mutuamente em se unirem em uma vida conjugal comum e duradoura. Seu objetivo é a fidelidade, a virtude e a criação de uma família estável, sob a supervisão de ambos os cônjuges de acordo com as disposições deste Moudawana”⁸³.

⁷⁹ NOIR-AISSAOUI, Karina. *The Current Debate on the Moroccan Family Code Mudawwanat al-Usra in Morocco* in Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 8, Iss. 1 (2020), p. 82;

⁸⁰ AFILAL, Rachida. “Do Moudawana ao Código da Família: processos e conteúdos de uma reforma estratégica” in *Cadernos Pagu no.30*. Campinas, 2008. p. 122;

⁸¹ NOIR-AISSAOUI, Karina. *The Current Debate on the Moroccan Family Code Mudawwanat al-Usra in Morocco* in Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 8, Iss. 1 (2020), p. 83;

⁸² NOIR-AISSAOUI, Karina. *The Current Debate on the Moroccan Family Code Mudawwanat al-Usra in Morocco* in Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 8, Iss. 1 (2020), p. 83.

⁸³ Cfr o art. 4º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

Para o Marrocos, o casamento também pode ser considerado um contrato, como ocorre no direito português, mas se trata muito mais de um pacto privado⁸⁴, o que permite, como veremos em momento oportuno, a estipulação de diversos acordos entre os nubentes, que poderão tratar sobre temas considerados de ordem pública para o direito português. É no art. 13º do Código de Família Marroquino, que são definidos os requisitos necessários para a formação e validade do casamento, que além dos três principais acima referidos por IRENE BLAZQUEZ RODRIGUEZ, ainda nos traz a presença de dois institutos nitidamente de origem islâmica, quais sejam: 1. Não tenham intenção ou acordo para supressão do dote (sadaq) e 2. A presença do responsável conjugal (wali)⁸⁵, em casos em que o Código assim o exija⁸⁶;

É bem verdade que a ideologia por detrás do conceito de casamento, dado pelo país de acolhimento (Portugal) como pelo país de origem (Marrocos) pode acabar por obstaculizar o exercício do direito fundamental de contrair matrimônio, seja para uma relação matrimonial constituída em Portugal, seja para o reconhecimento de um casamento ocorrido no Marrocos, sendo os principais obstáculos para esses casos: a subordinação da mulher ao marido; a existência do dote, como requisito de validade; a permissão para o exercício da poligamia; a existência do repúdio e a configuração do casamento como um pacto pessoal (contrato privado), com possibilidades de inúmeros acordos (estes dois últimos serão analisados quando tratarmos sobre divórcio e os efeitos de sua dissolução)⁸⁷.

⁸⁴ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 82 disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

⁸⁵ Cfr nota 79;

⁸⁶ Sobre esses temas, MURELO GARCÍA: “A further requirement necessary before a marriage pact is made is the inclusion of a dowry, understood here as the offering made by the groom as a manifestation of his wish to enter into marriage and to establish a stable Family. This offering has a symbolic or moral value, not a material one, given that no maximum economic value has been set, as we are not dealing here with a price paid for a wife”; e completa sobre o tutor marital: “Also, a marital tutor must intervene where necessary, given that the marriage can be annulled before and after consummation if it took a place without the presence of a marital tutor” MULERO GARCÍA, Juan Simón. “Issues of Family Law in Spanish-Moroccan Relationships” in *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 3, nº. 13, 2012, p. 45; Cfr também os artigos 26 e 61 do Código da la Moudawana, em inglês, traduzido pela HREA – Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>

⁸⁷ MARTOS QUESADA, Juan. *Derecho Islámico y Derechos europeos* in Revista de Ciencias de Las Religiones, Anejos, nº. 21, p. 177; Cfr ROCA, E. *Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio* in BORRÁS, A. Y MERNISSI, S. *El Islam jurídico y europa*, p. 245-264;

Nos matrimônios celebrados em Portugal, não há diferenças na aplicação das regras para casamentos entre nacionais; entre estrangeiros ou entre estrangeiro e nacional português. Em relação à forma do casamento, a legislação portuguesa determina, por disposição do artigo 50º do CC, que será a lei onde o ato seja celebrado. Porém, a legislação portuguesa, em seu artigo 162º do Código de Registo Civil, afirma que “o casamento de português, residente no estrangeiro ou em Portugal, previsto no artigo anterior deve ser precedido do processo preliminar de publicações⁸⁸. Isso significa que, mesmo que o casamento de nacional português seja celebrado no estrangeiro, a partir da lei do local da celebração em sua forma, o processo preliminar de publicações será imprescindível, o que é criticável e com consequências indesejáveis⁸⁹.

Conforme estudamos no tópico anterior, o Direito Internacional Privado dos países não tem como função regular materialmente as situações jurídicas, não havendo motivos legais para debruçar-se sobre a questão da obrigatoriedade ou não do processo preliminar de publicações, previsto pela legislação portuguesa. Tal exigência somente faria sentido, quando os casamentos fossem celebrados a partir das disposições dadas pelo artigo 51º, o que efetivamente é previsto pelo seu n.º 3. É certo, portanto, que o artigo 162º do Código de Registo Civil português ultrapassa o âmbito de competência da legislação do Estado Português, derogando, dessa forma, a previsão dada pelo artigo 50º do CC⁹⁰.

O processo preliminar de publicações foi substituído, atualmente, pelo processo preliminar de casamento, com os mesmos objetivos e tem como função, no direito português, a averiguação da capacidade matrimonial dos nubentes, através da apresentação do atestado de capacidade matrimonial. Helena Mota, nos explica sobre esse tema que “a averiguação prévia da capacidade jurídica não tem paralelo nos demais negócios jurídicos e tem como objetivo evitar que um contrato, com a importância social e individual do casamento e com os efeitos patrimoniais e

⁸⁸ Cfr artigo 134º do Código de Registo Civil;

⁸⁹ FERRER CORREIA, António. “Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, separata do BFD, III, Coimbra, 1983, p. 62; Para uma visão crítica desta imposição e das consequências que dela podem resultar, cfr MOTA, Helena. *O regime de bens dos casamentos celebrados por portugueses no estrangeiro – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1.7.2003, Rec. 1943/03*, Cadernos de Direito Privado, n.º 11, 2005, p. 42;

⁹⁰ Sobre esse tema, cfr MOTA, Helena. “O regime de bens dos casamentos celebrados por portugueses no estrangeiro – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1.7.2003, Rec. 1943/03” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, 2005, p. 42; p. 42;

peçoais que produz, se chegue efetivamente a realizar, padecendo de anomalias que poderiam conduzir, em momento posterior, à sua anulabilidade ou declaração de nulidade”⁹¹.

Assim, segundo o artigo 49º do Código Civil: “A capacidade para contrair casamento ou celebrar convenção antenupcial é regulada, **em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal**⁹², a qual compete ainda definir o regime da falta e dos vícios das vontades dos contraentes” (grifei). Segundo essa determinação, em casos de casamentos mistos (para o presente estudo, de um nacional do Marrocos e um nacional português) ou de um casamento de estrangeiros de origem marroquina, cada um dos nubentes deverá apresentar um atestado de capacidade matrimonial de acordo com sua lei pessoal, ou seja, no caso do nacional do Marrocos, a capacidade matrimonial deverá ser atestada a partir da capacidade matrimonial estipulada pela lei marroquina, ou seja, mais precisamente pelo artigo 19º e 20º do La Moudawanna⁹³.

Segundo o Código da Família do Marrocos, homens e mulheres (igualdade formal) podem casar-se desde que desfrutem de suas faculdades mentais e tenham completado 18 anos⁹⁴. Antes de 2004, a idade para casamento era de 15 anos, e a mulher, de qualquer idade, era considerada menor, o que significa que todas as suas decisões eram sempre tomadas pela figura masculina familiar: pai, irmão ou marido. Com a reforma de 2004, estabeleceu-se que a mulher também se tornava maior de idade aos 18 anos, tornando-se capaz, nessa idade, para o casamento, porém há possibilidade de casamento de menores de 18 anos, através da autorização do juiz competente, após a oitiva dos pais do menor ou de seu representante legal (art. 20 do CF)⁹⁵.

Como podemos perceber, o código da família do Marrocos, apesar de estipular que a idade núbil é de 18 anos, para homens e mulheres, dispõe que o casamento de menores de 18 anos poderá ocorrer, desde que haja uma autorização judicial, de acordo com o artigo 20º do La

⁹¹ MOTA, Helena. “O regime de bens dos casamentos celebrados por portugueses no estrangeiro – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1.7.2003, Rec. 1943/03” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, 2005, p. 43;

⁹² De acordo com o artigo 31º, n.º 1 do Código Civil, a lei pessoal será a lei da nacionalidade do indivíduo. Importante destacar sobre tal tema, que essa era a regra, porém a tendência moderna apresentada pelos Regulamentos da UE e Convenções Internacionais, é considerar a lei pessoal, a lei da residência habitual;

⁹³ Cfr MULERO GARCÍA, Juan Simón. “*Issues of Family Law in Spanish-Moroccan Relationships*” in *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 3, n.º 13, 2012, p. 45;

⁹⁴ Cfr o artigo 19º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

⁹⁵ Cfr o artigo 20º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

Moudawanna, e não estipula a idade mínima para tal pedido de autorização de casamento⁹⁶. Já a legislação portuguesa, no artigo 1601º, a), do Código Civil, que trata sobre impedimentos dirimentes absolutos, dispõe que: “São impedimentos dirimentes, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra: a) A idade inferior a dezasseis anos”⁹⁷. Segundo o artigo 1604º do CC, os nubentes menores de 18 (dezoito) anos prescindem de autorização dos pais ou do tutor para o casamento, podendo ainda essa autorização ser suprida pelo Conservador do registo civil.

Caso um nacional português tenha casado com um nacional do Marrocos, sob os ditames da La Moudawanna, e após a celebração, os dois decidam vir residir em Portugal, poderão solicitar a uma Conservatória de Registo Civil, a transcrição de seu casamento⁹⁸ para que esse possa ter efeitos na ordem jurídica portuguesa. Importante aqui, o destaque sobre a ressalva feita pelo artigo 6º, nº. 1 do Código de Registo Civil, de que “os actos de registo lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes podem ingressar no registo civil nacional, em face dos documentos que os comprovem, de acordo com a respectiva lei e mediante a prova de que não contrariam os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português”.

Porém, vamos supor que, quanto ao pedido de transcrição desse casamento acima referido, a nubente de nacionalidade marroquina tenha menos de 16 anos (idade mínima núbil para Portugal – art. 1601º, alínea “a” do CC português), poderá Portugal aceitar a transcrição do referido casamento⁹⁹?

⁹⁶ É bem verdade que a questão do casamento, sem a delimitação da idade mínima para tanto, demonstra uma clara discriminação entre homens e mulheres, pois há a crença de a mulher para casar precisa estar madura fisicamente e pronta para procriar (menstruação) e o homem teria que ser mais velho, por ser o chefe da família. Sobre esse tema cfr ARTHUR, Maria Jose, CRUZ E SILVA, Teresa, SITO, Yolanda e MUSSA, Edson. “Lei da Família. Antecedentes e contextos da sua aprovação” in *Outras vozes*, nº. 35-36, 2011, p. 21;

⁹⁷ Cfr PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 294; PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ªEd., Almedina, Coimbra, 2016, p. 331 e 332;

⁹⁸ Cfr artigo 6º, do Código de Registo Civil c/c artigos 10º e 11º do mesmo diploma;

⁹⁹ Sobre esse tema, MURELO GARCÍA, em comparação à legislação espanhola, nos diz: “Likewise, a person gains the legal capacity to contract marriage when they reach the age of eighteen, although on the basis of Articles 19 and 20 of the Family Code, a judge has the power to grant marriages in the case of minors. Although, there is no established minimum age to impede the authorization of marriage, it is understood that the couple must be Young but post-pubescent. However, for a marriage to be recognised unde Spanish law, the minor must have already twelve years of age and have the capacity of discernment, in wich case the approval will not be recognised, given that the minor lacks the capacity to act.” MURELO GARCÍA, Juan Simón. “*Issues of Family Law in Spanish-Moroccan Relationships*” in *International Journal od Business and Social Science*, Vol. 3, nº. 13, 2012, p. 46;

No Marrocos, não há imposição de idade mínima, devendo existir para o suprimento dessa idade, a figura do *wali*, que é o tutor marital¹⁰⁰, podendo ser considerado casamento, mesmo que a mulher, por exemplo, tenha 12 anos (desde que esteja apta para gerar um filho – já tenha menstruado). Em Portugal, a idade núbil é de 18 anos, podendo ser suprida por autorização dos pais ou tutor, ou ainda por decisão fundamentada do Conservador competente, porém é impedimento absoluto o casamento de pessoas menores de 16 anos, o que demonstra ser essa a idade mínima para o casamento.

Há vários motivos que justifiquem um pedido de transcrição de casamento para a ordem portuguesa, entre eles, o direito de circulação e residência para membros da família de cidadão europeu¹⁰¹, além de todos os efeitos oriundos da própria relação matrimonial. Porém, o casamento de menores de 16 anos, em Portugal, como já dito acima, é impedimento absoluto, sendo considerado, portanto, norma de ordem pública interna. Nesse caso, pensemos que o casamento não seria transcrito para a ordem jurídica portuguesa, com fundamento na Reserva da Ordem Pública Internacional portuguesa, nos termos do artigo 22º do CC c/c com artigo 6º, nº. 1 do Código de Registo Civil, até que o nubente menor tenha completado pelo menos 16 anos.

No entanto, importante destacar, que o não reconhecimento do casamento celebrado no estrangeiro não poderá ocasionar prejuízo em relação aos efeitos, como, por exemplo, não poderá impedir que o cônjuge estrangeiro viva regularmente em Portugal¹⁰². Dessa maneira, a Reserva da

¹⁰⁰ Cfr nota 79;

¹⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2004/38/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 29 de Abril de 2004 relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=PT>;

¹⁰² Para HELENA MOTA: “O carácter distributivo do artigo 49º transforma-a especialmente no que aos impedimentos bilaterais diz respeito, numa conexão cumulativa. De facto, há impedimentos matrimoniais que, mesmo sendo absolutos, podem bilateralizar-se e constituir um entrave à celebração do casamento mesmo que a lei pessoal do outro nubente os considere como tal” MOTA, HELENA. “*A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º. 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado*” in *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012, p. 276, nota 39; sobre esse tema Cfr LIMA PINHEIRO, Luís. *Direito Internacional Privado*, vol. II – Direitos e conflitos. Parte Especial – 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 519; MOURA RAMOS, Rui Manuel. “Limites à aplicação das regras de direito português: a recepção do direito internacional convencional e a aplicação do direito estrangeiro e do direito comunitário” in PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, vol. I - Introdução ao Direito Matrimonial*, - Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed., 2008, p. 729; BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ªed., 1992, p. 394; entre outros.

Ordem Pública seria aqui levantada e colocada em prática, mas em sua concepção atenuada, uma vez que somente nos exatos termos da legislação estrangeira que colide com norma de ordem pública interna portuguesa, mas não podendo ser aplicada em *totum* de maneira que prejudique os direitos consequentes do casamento em um país terceiro, como o Marrocos, cuja lei aplicável coaduna-se com a disposição portuguesa sobre o tema.

Ainda em relação aos requisitos da lei do Marrocos, temos a questão do dote, como requisito para a validade¹⁰³ de um casamento em Marrocos. Segundo a La Moudawanna, para que o casamento possa ser celebrado, não poderá existir acordo que verse sobre a supressão do dote¹⁰⁴. Boaventura de Sousa Santos¹⁰⁵, sobre esse tema, nos ensina que há a necessidade de compreender o instituto do dote dentro do contexto em que ele se insere, ou seja, dentro da cultura islâmica, e principalmente entender a sua importância dentro dos efeitos, para a mulher, da dissolução do casamento por divórcio, que serão estudados em tópico próprio. Logo, a questão da aceitação ou não do dote, sob uma suposta infração ao Princípio da Ordem Pública Portuguesa, deverá ser analisada com muito cuidado e passar pelo filtro acerca dos efeitos concretos para as partes.

Para Marrocos, o dote é entendido não pelo seu valor material, mas sim como uma manifestação do desejo de casar-se com aquela mulher, ou seja, é visto não como um pagamento, mas sim como um símbolo de expressão da promessa de casamento feita à mulher e que fora efetivamente aceita por ela¹⁰⁶. Importante destacar que, pelo La Moudawana, o dote pertence à

¹⁰³ Aqui não trataremos o dote como requisito essencial de formação do casamento islâmico no Marrocos, mas sim como um requisito de validade. Para isso, concordamos com a posição defendida por MARIA DOLORES CERVILLA GARZÓN; M.C FOBLETS; J.Y. CARLIER; entre outros. Sobre esse tema, CERVILLA GARZÓN afirma: Esta interpretación, la única que casa con el texto de la mudawana, es la mantenida por la escuela Hanafita. Como señala M.C.FOBLETS, J.Y. CARLIER, op, cit., p. 30: “l’écôle hanafite propose une interpretación plus souple selon laquelle le don nuptial constitue un effet du mariage et nin une condition pour la formation du lien matrimonial. Par conséquent, l’absence de désignation dans le contrat de mariage du don nupcial, n’en implique pas nécessairement l’absence effective...”. No así la Escuela Malcki que, si ben es cierto goza de una importante influencia en la Mudawana, no en este punto. Para esta escuela, la dote es un elemento esencial del matrimonio. Vid. Sobre la interpretación Malekí de la dote F. MAILLO SALGADO, Diccionario de Derecho islámico, Ediciones Tre, S.L, Gijón, 2005, op, cit, p.214. (CERVILLA GARZON, María Dolores. Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 84 disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁰⁴ Cfr o artigo 13º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

¹⁰⁵ Vide nota 67.

¹⁰⁶ Cfr nota 105 e o artigo 26º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

mulher e não a seu pai, ou tutor legal, e isso implica em uma atenuação sobre a questão da objetivação da mulher (o que não significa que isso ainda não possa ocorrer), uma vez que se assim o fosse, quem receberia o dote seria seu pai ou seu tutor legal.

Logo, sendo entendido aqui como requisito de validade e não como requisito para a celebração do casamento islâmico – uma vez que o que se exige não é o pagamento efetivo do dote, mas sim que não haja cláusula de exclusão do mesmo – não há vislumbre de situação controvertida em relação ao reconhecimento, na ordem jurídica portuguesa, de casamentos celebrados no Marrocos, somente em face da existência do dote, porém ele será levado em consideração, como dito acima, nas questões patrimoniais do divórcio.

O terceiro requisito previsto pelo Código da Família Marroquina ainda é um resquício de sua tradição religiosa patriarcal, a presença do *wali*, figura masculina que a representa no momento do consentimento do casamento (tutela marital). Com a reforma de 2004, o Código da Família Marroquina retirou a obrigatoriedade do *wali* para a expressão do consentimento da mulher maior de idade. Porém, ainda mantém sua obrigatoriedade para casamentos de menores de 18 anos (art.20 da CF), e faculta à mulher maior de idade a utilização dessa figura (art.25 do CF).

Em relação à legislação portuguesa, podemos fazer uma relação entre a figura do wali para os casamentos de menores de 18 anos, em que a legislação portuguesa exige o consentimento dos pais ou tutor para a celebração do casamento¹⁰⁷, não sendo relevante a sua existência quando o nubente menor não tenha menos de 16 anos de idade, situação essa que terá como resolução, a não celebração do casamento, como já discutido quanto ao atestado de capacidade matrimonial¹⁰⁸.

O facto de Marrocos manter a presença do *wali*, como requisito essencial de formação do casamento (art. 13, 3 do CF)¹⁰⁹, demonstra que, apesar da flexibilização e modernização da legislação familiar marroquina, ainda há resquícios de institutos que tem origem na tradição patriarcal da religião islâmica, principalmente que a mudança na lei não pressupõe uma mudança de mentalidade da comunidade islâmica marroquina, que acaba por ser incentivada pelas brechas

¹⁰⁷ Cfr artigo 1597º do CC português;

¹⁰⁸ Cfr nota 97;

¹⁰⁹ Cfr nota 79;

da própria La Moudawana. A questão do wali é agravada pela omissão em relação à idade mínima núbil, e não pela existência em si dessa figura¹¹⁰.

O quarto requisito essencial diz respeito à expressão do consentimento, sendo necessário que o consentimento seja reconhecido por dois notários públicos, ou seja, que a oferta de casamento e sua posterior aceitação sejam declaradas a dois agentes notariais públicos para que tenha validade. Esse ponto faz parte dos atos solenes que revestem o casamento que, no caso de Marrocos, inicia com o reconhecimento notarial público da expressão da vontade dos nubentes e termina com a ocorrência de todos os atos solenes da própria celebração do casamento.

Também em Portugal, o casamento prevê um processo preliminar de casamento¹¹¹ e somente após a expedição do atestado de capacidade para o casamento, que os trâmites civis podem ser finalizados até a celebração do casamento. O estrangeiro, como já discutido acima, também tem que apresentar o atestado de capacidade segundo sua lei pessoal, sendo dispensado em alguns casos específicos previstos na legislação.

O quinto e último requisito para a validade do casamento no sistema jurídico familiar islâmico do Marrocos é a ausência de impedimentos legais. Para Marrocos, os impedimentos são divididos em impedimentos permanentes (art. 36 a 38 do CF) e impedimentos temporários (art.39 a 45 do CF). Os impedimentos permanentes possuem relação com a consanguinidade dos nubentes; com os parentescos por afinidade em função do casamento. Todos os impedimentos referentes à consanguinidade e afinidade também são estendidos aos parentescos por amamentação, ressalvando que somente a criação amamentada será considerada filho da mulher que a amamentou, e de seu marido, para efeitos de impedimento de casamento¹¹². Já os impedimentos temporários são: 1. Casamento simultâneo com duas irmãs, ou uma mulher e sua tia paterna ou materna, por descendência ou amamentação; 2. Casamento com um número maior de esposas permitidas em

¹¹⁰ Cfr a Reportagem por STEVEN ERLANGER e SOUAD MEKHENNET, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/ny1409200915.htm>. Acesso em 18.08.2019;

¹¹¹ Cfr artigo 1610º do CC português;

¹¹² Cfr os artigos 36º, 37º e 38º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

lei; 3. Casamento em caso de divórcio de ambos os cônjuges três vezes seguidas, até que a mulher complete o período da *idda*¹¹³.

Nesse aspecto, a legislação marroquina deixa claro a possibilidade da poligamia, não sendo o casamento anterior motivo de impedimento para a celebração de um novo casamento. Apesar disso, de acordo com os artigos 40º a 46º do La Moudawanna¹¹⁴, a prática da poligamia está condicionada a uma autorização por decisão judicial, mesmo que não exista nenhuma cláusula que proíba o exercício desse direito pelo homem no acordo matrimonial dos nubentes¹¹⁵.

O facto é que, em virtude das condições econômicas do cônjuge varão, e da obrigatoriedade de se manter a igualdade de tratamento entre as esposas, o número de casamentos poligâmicos no Marrocos diminuiu consideravelmente nos últimos anos¹¹⁶. É bem verdade que também existiu uma mudança na consciência social sobre tal tema, na legislação marroquina. Não obstante tais fatos, a poligamia ainda continua a ser uma realidade tanto no Marrocos, como em outros países de origem muçulmana e, além de ser um instituto totalmente contrário aos princípios que, hoje, regem o mundo ocidental, a União Europeia e Portugal, também há seu bojo, mesmo que fosse aceito como um exercício regular, uma nítida desigualdade entre homens e mulheres, pois somente aos homens é dado o direito de casar-se com mais de uma mulher.

A legislação portuguesa, como é sabido, não permite a poligamia, uma vez que, segundo o artigo 1601º, “c”, do Código Civil português, o casamento anterior não dissolvido, seja ele civil ou católico, se consubstancia em impedimento dirimente absoluto e que, como tal, obsta

¹¹³ *Idda* é o período de espera em que uma mulher divorciada não poderá contrair novo matrimônio, cujo tempo varia de acordo com a circunstância em que cada mulher se encontra. Tem origem na Suna (65,1; 65,2; 65,4; 33,49). No Código de Família de Marrocos é previsto nos artigos 129º a 137º.

¹¹⁴ Cfr os artigos 40º a 46º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

¹¹⁵ sobre esse tema SAGHIR afirma que o próprio Maomé teria desaconselhado a poligamia, uma vez que se tornava impossível, mesmo com imparcialidade e justiça, de se tratar de forma igualitária todas as esposas, o que por si só, é causa de negativa ao exercício por parte do tribunal do marrocos. SAGHIR, Tijaniya. *Régimen jurídico del reconocimiento en marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero y de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio*, tese de doutorado apresentado na universidad de jaén facultad de ciencias sociales y jurídicas departamento de derecho público y derecho privado especial, sob a orientação de Gloria Esteban de la Rosa, 2013, p. 154;

¹¹⁶ SAGHIR, Tijaniya. *Régimen jurídico del reconocimiento en marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero y de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio*, tese de doutorado apresentado na universidad de jaén facultad de ciencias sociales y jurídicas departamento de derecho público y derecho privado especial, sob a orientação de Gloria Esteban de la Rosa, 2013, nota 300, p. 154;

à celebração do casamento¹¹⁷. Na realidade, no ordenamento jurídico português não há qualquer menção ao termo “poligamia”, o termo utilizado em relação à proibição de casamento, como referido, é “casamento anterior não dissolvido”, porém, no Código Penal¹¹⁸, há efetivamente a criminalização da prática de bigamia.

Nesse ponto, é importante questionar, a possibilidade da seguinte situação: Caso uma nacional portuguesa case, em Marrocos, com um nacional marroquino, já casado, uma vez que há permissão da poligamia sob a lei do Marrocos, e seu esposo case, por sua vez, no exercício da poligamia, com outra mulher, de origem marroquina, e após a celebração válida e regular pela lei do local da celebração, decidam, os três, passarem a residir em Portugal. Poderá a nacional portuguesa reconhecer seu casamento na ordem jurídica portuguesa? O seu esposo terá direito ao reagrupamento familiar, por ser cônjuge de cidadã europeia? E a segunda esposa? E se houver filhos menores oriundos das duas relações?

De acordo com o artigo 25º do Código Civil, as relações familiares são reguladas pela lei pessoal dos respectivos sujeitos. Para a determinação da lei pessoal, o artigo 31º, n. 1 do Código Civil, indica que a lei pessoal será a lei da nacionalidade do indivíduo¹¹⁹. Além disso, o artigo 49º do CC português afirma, como já discutido sobre o requisito da capacidade matrimonial, que quem determina a capacidade para casar-se é a lei pessoal do nubente. Sob o ponto de vista da legislação portuguesa, somente o primeiro casamento é válido, e somente esse casamento será reconhecido em Portugal para os fins a que se destinam. Quanto ao segundo casamento, sendo os dois nubentes de nacionalidade marroquina, a lei aplicável será a lei marroquina, conforme artigo 49º do CC, que considera válido o casamento.

Isso significa que, caso o cônjuge estrangeiro de origem do Marrocos, solicite a nacionalidade portuguesa, por exemplo, pelo vínculo do casamento sob o termos da lei da nacionalidade portuguesa e, posteriormente, solicite a transcrição de seu segundo casamento para

¹¹⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. ver. e atu. Coimbra: Almedina, 2010, p.163; PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico*. 2º ed. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69; Cf. Jean-Claude Rologne, *História do Casamento no Ocidente*, tradução de Isabel Cardeal, Lisboa, Temas e Debates, 1999, pp. 156-158.

¹¹⁸ Cfr artigo 247º do Código Penal português;

¹¹⁹ Cfr nota 92;

fins de reagrupamento familiar, por exemplo, será esse segundo casamento reconhecido pela Ordem jurídica portuguesa?

A resposta aqui passará por duas questões distintas. É certo que o segundo casamento não será reconhecido¹²⁰ em Portugal, uma vez que a legislação estrangeira aplicável (lei do Marrocos) infringe de forma gravosa os princípios fundamentais do Estado português¹²¹, quanto à permissão da poligamia. Logo, pensamos que esse casamento não poderia ser reconhecido em Portugal, já que a poligamia fere de forma gravosa os princípios fundamentais do Estado Português, sendo, portanto, invocada a Reserva da Ordem Pública Internacional, nos termos do artigo 22º, nº. 1 do CC, de maneira a não permitir o reconhecimento desse segundo casamento na ordem jurídica portuguesa, por infração dos artigos 1601º e 1631º, nº. 1 do CC português.

Para CASTRO MENDES, o impedimento do casamento anterior não dissolvido é insanável, ou seja, existindo um primeiro casamento válido e regular, jamais o segundo casamento poderá ser considerado válido, mesmo que existam causas supervenientes de dissolução do primeiro casamento, como morte ou divórcio, uma vez que o casamento é inválido desde a sua formação¹²².

Não terá essa mesma consequência, caso o primeiro casamento venha a ser, posteriormente à celebração do segundo casamento, declarado nulo ou anulável¹²³. Nesse sentido, o artigo 1633º, n. 1, “c” do Código Civil dispõe que “considera-se sanada a anulabilidade e válido o casamento desde o momento da celebração, se antes de transitar em julgado a sentença de anulação ocorrer algum dos seguintes factos: “c) Ser declarado nulo ou anulado o primeiro casamento do bigamo”. Da mesma forma, logicamente, caso o primeiro casamento seja declarado inexistente¹²⁴, não se manterá a causa de impedimento ao segundo matrimónio.

¹²⁰ A consequência para a celebração de casamento, com a existência de um anterior não dissolvido, é da anulabilidade do acto. Cfr artigo 1631º do CC português;

¹²¹ Cfr o Acórdão proferido pelo Tribunal de Évora nos autos do processo 899/14.3T8FAR.E1, parágrafos P, Q, R S, T e U, disponível em [http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/6c12bd701302862980257f170058c025?OpenDocument&Highlight=0,899%2F14.3T8FAR.E1](http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/6c12bd701302862980257f170058c025?OpenDocument&Highlight=0,899%2F14.3T8FAR.E1;);

¹²² MENDES, João de castro. *Direito da Família*, AAFDL, 1991, pág. 64.

¹²³ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da Família*, Livraria Petrony, Lisboa, 1987, p. 218;

¹²⁴ Cfr Artigo 1630º do CC português;

Nesse ponto, específico, a Conservatória de Registo Civil irá negar o reconhecimento e validade do segundo casamento, sob o fundamento da Reserva da ordem Pública Internacional portuguesa, nos termos do artigo 6º, nº. 1 do Código de Registo Civil, afastando a lei estrangeira designada e determinando a aplicação da lei material que trate sobre o tema, ou seja, o art. 1601º, c, do Código Civil.

No entanto, em atenção ao que já foi dito acerca do caráter aposteriorístico da Reserva da Ordem Pública, deve-se fazer uma reflexão caso a caso, sobre os efeitos oriundos desse segundo casamento e que tenha relevância para a ordem jurídica portuguesa, como o direito ao reagrupamento familiar¹²⁵, uma vez que o direito à constituição da família, não necessariamente o casamento, é também um direito consagrado pela Constituição portuguesa, conforme artigo 36º, n. 1, que afirmar que “todos tem direito a constituir família e contrair casamento”. Nesse sentido, é pertinente a constituição da relação familiar entre a primeira esposa e a segunda esposa em relação ao cônjuge, bem como aos filhos oriundos dessas relações.

Quanto aos filhos menores¹²⁶, nos parece que a situação, se torna um pouco menos complexa, visto que para a reunificação destes, basta que estejam sob a cargo do cidadão europeu, para que tenha direito à reunificação familiar e o conseqüente direito de residência regular no país de acolhimento, no caso Portugal, numa clara aplicação da Ordem Pública Internacional, em sua concepção atenuada¹²⁷.

¹²⁵ O termo reagrupamento familiar é dado pela Diretiva nº 2003/86/EC para se referir aos membros de nacionais de países terceiros, que residam legalmente em um país da UE, inclusive informam a não incidência dessa Diretiva aos familiares dos cidadãos da UE. Portugal também assim utiliza tal termo, de acordo com transposição da referida diretiva. Porém, para o presente estudo, o termo foi utilizado como sinônimo de reunificação familiar, em face do cônjuge varão, no caso dado como exemplo, ter adquirido a nacionalidade portuguesa, e solicitado a reunificação familiar de sua segunda esposa;

¹²⁶ Cfr também Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf;

¹²⁷ Sobre esse tema, conferir o caso Chemouni, proferido pelo Tribunal francês, em 1958. Tal decisão fora a primeira sentença a tratar sobre a poligamia, na Europa, e trata sobre o caso em que um cidadão da Tunísia se casou com uma francesa, na Tunísia, e após, casou-se novamente, em exercício da poligamia, com uma cidadã tunisiana. Posteriormente, ao residir na França, o cidadão tunisiano abandonou a segunda esposa e seus filhos. Por isso, a esposa abandonada solicita ao tribunal francês, o direito de alimentos para ela e seus filhos, sendo negado pelo Tribunal de primeira instância, com base na Ordem Pública Internacional, que somente reconhece o primeiro casamento como válido. A mulher apresentou recurso e o Tribunal de Recurso, afirmando a teoria do efeito atenuado da ordem pública internacional, admite a reclamação da segunda esposa. O Tribunal entende que a segunda mulher possui o direito de alimentos, uma vez que era considerada uma esposa legítima em face de sua lei pessoal. Ademais, admite o tribunal que o direito de alimentos não contraria a ordem pública francesa, e ainda está em consonância com a lei das nações e a noção de moralidade presente nas nações civilizadas. Com essa decisão, o marido condenado apresentou novo

Há, ainda, diversas discussões pertinentes para o presente estudo, oriundas da regra geral prevista no art. 49º do CC. Uma delas diz respeito à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Desde 2010, Portugal alargou o conceito de casamento, alterando sua definição, de maneira a não mais exigir a diversidade de sexo para sua existência, fazendo com exista, na ordem jurídica portuguesa, o casamento homossexual¹²⁸, cujo trâmite é o mesmo para casamento de casais heterossexuais, ou seja, será aplicada a lei portuguesa na forma dos casamentos celebrados em território português, de acordo com a regra geral estabelecida no art. 50º do CC, ressalvadas as exceções previstas no art. 51º do CCP.

Nesse sentido, caso um estrangeiro do Marrocos, por exemplo, cuja legislação pessoal não reconhece como casamento, a união entre pessoas do mesmo sexo (casamento inexistente), decida casar-se em Portugal, ele poderá se beneficiar da legislação portuguesa, que permite o casamento, e afastar a sua legislação pessoal?

Fácil perceber que, neste caso, o nubente estrangeiro do Marrocos não poderá cumprir o requisito de forma do casamento português, para instrução do processo preliminar de casamento. Nesse sentido, a consequência seria a negativa da celebração do casamento, em face da ausência de capacidade matrimonial do nubente nacional do Marrocos, de acordo com a legislação marroquina? Ou no presente caso, o nubente estrangeiro poderá invocar a aplicação do instituto da Reserva da Ordem Pública, de maneira a afastar o requisito de forma da apresentação do atestado de capacidade matrimonial, baseado na lei pessoal, aplicando-se, nesse caso específico em que não há “legislação estrangeira mais apropriada”, a legislação interna do foro?

Logo após a mudança da legislação portuguesa, que permitiu passou a definir o casamento como o contrato entre pessoas, sem o requisito da diversidade de sexo, o Instituto do Registo e Notariado de Portugal foi questionado sobre a controvérsia acima indicada e, através do

recurso, dando como fundamento a sua nacionalidade francesa. O acórdão do Tribunal considerou que, tanto com base no direito tunisino, aplicável em 1956, como no direito nacional comum dos cônjuges (francês), e com base no direito francês, as obrigações alimentares da segunda esposa baseiam-se diretamente na qualidade de esposa legítima que ela possui em decorrência da existência de um casamento válido, contraído no exterior nos termos da lei competente para o mérito e da forma com base no direito internacional privado francês (MARQUES DOS SANTOS, “Breves Considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 83-91)

¹²⁸ Cfr MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2012, p. 275, nota 36,37 e 38; Cfr nota 76;

Despacho n. 87/2010, de 19 de julho, e decidiu, de forma generalizada, que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo fere de forma taxativa e gravosa o disposto nos artigos 36º, n. 1 e 15º, n. 1 da Constituição da República Portuguesa, além do Princípio da Igualdade previsto no art. 13º da CRP. E, por conta desse entendimento, determinou:

“1. Que as Conservatórias de Registo Civil procedam à celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo ainda que ambos os nubentes ou um deles seja nacional de outro Estado que não admita esse tipo de casamentos, por respeito a princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português (artº. 13º e 15º da CRP e artº. 22º do Código Civil)

3. Quando o nubente estrangeiro não seja possível apresentar o certificado de capacidade matrimonial, por o respetivo país não admitir casamento entre pessoas do mesmo sexo, a sua capacidade deverá ser aferida nos termos do art. 22º do Código Civil, prestando o nubente a declaração expressa prevista no art. 136º, 2 do Código do Registo Civil¹²⁹. 3. As Conservatórias procederão à transcrição dos casamentos celebrados no estrangeiro, ainda que antes da entrada em vigor da Lei nº. 9/2010, de 31 de maio, entre portugueses ou entre português e estrangeiro do mesmo sexo e considerarão que os mesmos produzem efeitos à data da celebração (artº. 5º da Lei nº. 9/2010, de 31 de maio e artº.1670º, 1 do Código Civil)”¹³⁰.

¹²⁹ O artigo a que o IRN se refere não é o art. 136º,1 e sim o art. 166º, 1 e 2 do Código de Registo Civil, aqui transcrito. CÓDIGO DE REGISTO CIVIL. Art. 166º, 1: “O estrangeiro que pretenda celebrar casamento em Portugal, por qualquer das formas previstas neste Código, deve instruir o processo preliminar de casamento com certificado, passado há menos de seis meses, se outro não for o prazo de validade fixado pela entidade competente do país de que é nacional, destinado a provar que, de harmonia com sua lei pessoal, nenhum impedimento obsta à celebração do casamento. 2. Quando ao nubente, por não haver representação diplomática ou consular do país da sua nacionalidade ou por outro motivo de força maior, não seja possível apresentar o certificado, pode a falta do documento ser suprida pela declaração de que, de harmonia com a sua lei pessoal, nenhum impedimento obsta à celebração do casamento”;

¹³⁰PORTUGAL. Despacho n. 87/2010 de 19 de julho, disponível em <https://www.irn.mj.pt/sections/noticias/2010/despacho-87-2010/downloadFile/file/DESP087.pdf?nocache=1279538571.39>;

Nesse sentido, Portugal aplica a exceção prevista no Código de Registo Civil, em seu art. 166º, 2, e supre o atestado de capacidade matrimonial com uma declaração expressa, que deverá informar a inexistência de impedimentos para a celebração do casamento, afastando, portanto, o que dispõe na lei pessoal do nubente estrangeiro do Marrocos, quanto ao impedimento de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar disso, muitas são as críticas em relação a essa decisão do Instituto de Registos e do Notariado, vez que, ao contrário do que efetivamente se dispõe sobre a aplicação da Ordem Pública Internacional, se deveria existir uma análise individual de cada caso concreto, e não uma decisão uniforme para todo e qualquer casamento onde um dos nubentes seja estrangeiro, de um país que proíba o casamento homossexual.

Na realidade, há duas questões fundamentais que colocam em xeque a decisão proferida pelo IRN, através do Despacho n. 87/2010, de 19 de julho. A primeira delas e a mais fácil de se perceber, é justamente a aplicação indiscriminada, generalizada, sem uma interpretação feita caso a caso quanto à aplicação de um instituto de exceção, que é a Reserva da Ordem Pública Internacional. A segunda é o entendimento dado pelo IRN de que a permissão para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja considerado norma de ordem pública internacional, que justifique o afastamento da lei pessoal do nubente, quanto à capacidade matrimonial.

No primeiro ponto, como já amplamente discutido no segundo capítulo da presente dissertação, a Ordem Pública Internacional portuguesa possui carácter de exceção¹³¹, devendo ser utilizada como mecanismo de interpretação casuística, feita em segundo plano, após a escolha da lei aplicável para aquele determinado caso, e somente terá lugar se, e somente se, o resultado da aplicação da lei designada seja *intolerável* frente aos princípios de ordem pública portuguesa. Nesse sentido, não é possível aplicar de forma indiscriminada a Ordem Pública Internacional para **todos** os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, sem que seja feito o exercício de reflexão que a Ordem Pública Internacional exige¹³².

¹³¹ Cfr nota 11;

¹³² MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2012, p. 277;

Isso não significa dizer, por óbvio, que a Ordem Pública Internacional não poderá ser aplicada em casos como o que aqui se coloca em estudo, mas além do exercício de reflexão acima indicado, qual o elemento de conexão mais estreito, que justifique o afastamento da lei pessoal do nubente para a aplicação do direito interno português? Perceba que o Despacho n. 87/2010, não faz quaisquer ressalvas quanto ao elemento de conexão que justifique a aplicação da legislação interna do foro de celebração do ato e não da lei pessoal do nubente estrangeiro. Como já explicado, a legislação portuguesa, quando se trata de relações referentes ao estatuto pessoal, permite aos participantes da relação a escolha pela lei de residência habitual, em substituição à lei nacional.

É bem verdade que um dos fundamentos para a criação de legislações e regulamentos que uniformizem as regras de conflitos entre leis e entre jurisdições, é justamente a de evitar decisões conflitantes sobre o mesmo assunto, porém, tratando-se a ordem pública internacional de uma exceção, sua aplicação deverá sempre levar em consideração o contexto atual e individual de cada caso. Se assim não for, há o risco, nesse caso de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, de que as pessoas escolham a melhor jurisdição para celebrarem seus casamentos, em um nítido *fórum shopping*¹³³.

Nas palavras de Helena Mota:

“Segundo, porque a *inlandsbeziehung*, a avaliação do grau de proximidade entre a situação *sub judice* e o ordenamento jurídico português, não é feita. A possibilidade de celebração destes casamentos é determinada sem se saber quais os pontos de contacto entre a hipótese e o ordenamento do foro: os nubentes de lei pessoal estrangeira residem e/ou trabalham em Portugal? E há quanto tempo? Esta desconsideração da conexão mínima com o foro provocará uma demanda pelos serviços nacionais de registo civil para a celebração de casamento de pessoas do mesmo sexo, transformando

¹³³ Fórum shopping é a prática de escolher a jurisdição mais favorável ao caso concreto, de acordo com a regra de conflito entre legislações aplicada por determinado país, como Portugal, que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, indistintamente.

Portugal numa espécie de *Las Vegas*, um paraíso matrimonial sem qualquer justificação e que faz tábua rasa, sem uma avaliação ponderada, das regras de conflitos portuguesas. Isto, para além da criação exponencial de situações jurídicas “claudicantes”, i.e, que são válidas em Portugal, mas não nos outros ordenamentos, nomeadamente, nos Estados da nacionalidade dos cidadãos em causa”¹³⁴

Interessante perceber que, no decorrer dos anos, o *forum shopping* vem sendo entendido como uma conduta maléfica, que deve sempre ser evitada e desaconselhada. Um exemplo disso, são as palavras de Mario Giuliano e Paul Lagarde, que escreveram o relatório sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I): “Para prevenir este *forum shopping*, reforçar a segurança jurídica e prever mais facilmente o direito que será aplicado, seria desejável que as regras de conflito fossem unificadas nos domínios de importância econômica particular, de modo que o mesmo direito possa ser aplicado qual for o Estado em que for pronunciada a decisão”¹³⁵, em tradução livre.

O segundo ponto de análise quanto ao Despacho n.º. 87/2010 é o entendimento de que a permissão dada pela legislação portuguesa, para a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, havia sido alterado somente dois meses antes do referido Despacho. Ou seja, antes disso (2 meses antes), Portugal proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, por tal motivo, não permitia a celebração desse tipo de matrimónio e também não reconhecia casamento entre pessoas do mesmo sexo, celebrado em países onde não era proibido¹³⁶. Ademais, em mais de um acórdão, o Tribunal Constitucional português deixou claro que a configuração normativa do

¹³⁴ MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2012, p. 277; e notas 40 e 41;

¹³⁵ Cfr o original: “To prevent this “forum shopping”, increase legal certainty, and participate more easily the law which will be applied, it would be advisable for the rules of conflict to be unified in fields of particular economic importance so that same law applied irrespective of the State in which the decision is given” (Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I. *Official Journal of the European Communities* C 282 31.10.1980, p. 5. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1980:282:FULL&from=PT>. Acesso em 24.03.2020.

¹³⁶ MOTA, HELENA. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2012, nota 36, p. 275;

conceito de casamento, que pode permitir ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não é de índole constitucional¹³⁷. Segundo DUARTE SANTOS:

“A Constituição não exige a tutela positiva dos direitos dos homossexuais enquanto direito distintos daqueles atribuídos à generalidade dos cidadãos; o que a Constituição impõem, isso sim, é o respeito pelas opções de cada um, o que significa o direito de cada um à autodeterminação sexual”.¹³⁸

Diante de tudo o que foi exposto, em relação aos casamentos onde exista nubentes com leis pessoais estrangeiras, a aplicação da Reserva da Ordem Pública portuguesa, quando às referidas leis não permitirem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de forma generalizada e sem uma análise casuística, fere a disposição do artigo 22º do Código Civil, bem como os princípios do Estado português e o carácter de aposteriorístico do mecanismo da Ordem Pública Internacional. Nesse ponto, conclui HELENA MOTA:

“Ora, a aplicação de uma lei estrangeira que proíba o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é inconstitucional, da mesma maneira que, no ordenamento português, se entende que a mesma norma, quando existia no ordenamento jurídico português, não o era; a aplicação de uma lei estrangeira que proíba o casamento entre pessoas do mesmo sexo não viola princípios universais porque resulta não de qualquer objetivo de prejudicar determinado grupo de pessoas em detrimento de outras, em função da sua raça ou etnia ou impor um comportamento atentatório da liberdade religiosa, política ou ideológica, mas, tão-somente, respeitar a configuração

¹³⁷ Cfr Acórdão do Tribunal Constitucional n.º. 359/2009, de 9 de julho e Acórdão 212/2010, de 8 de abril, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt;

¹³⁸ DUARTE SANTOS. *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*. Coimbra Editora, 2009, p. 425;

do casamento, como instituto jurídico, tal como é feita pelo ordenamento da lei aplicável”.¹³⁹

Apesar dessas considerações, é importante repetir que a Reserva da Ordem Pública Internacional deve ser usada com parcimônia, caso a caso, em um mecanismo de interpretação, após a aplicação da lei estrangeira designada, dos resultados obtidos em contraponto aos princípios fundamentais do foro. Caso o resultado seja intolerante, a Reserva da Ordem Pública Internacional irá afastar a aplicação da lei designada, e encontrará ou partes mais apropriadas da lei estrangeira que trate sobre o tema, ou irá aplicar a lei interna do foro, conforme já amplamente discutido no presente estudo.

3.1.2 Dissolução por divórcio:

A questão do divórcio no Marrocos é um tema “caótico”, nas palavras de CERVILLA GARZÓN, uma vez que a La Moudawanna prevê, em seus dispositivos, pelo menos 5 (cinco) tipos de divórcio, sem contar os subtipos em que cada um se divide, e a diversidade de efeitos produzidos por cada um deles.

“La Moudawana contiene una prolija y farragosa regulación de los diferentes tipos de ruptura, algunos con consecuencias jurídicas propias. El resultado puede ser calificado, a nuestro juicio, como caótico, amén de dificultar la comprensión de las instituciones y sus efectos. Hemos de partir, pues, de que lo más importante no es la institución en sí misma considerada, sino los efectos que el Derecho de familia marroquí le reconoce, así como los controles a los que estos procedimientos quedan

¹³⁹ MOTA, HELENA. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*. Almedina, 2012, nota 36, p. 283-284;

sometidos, pues ello marcará su operatividad em la práctica. Y, sobre todo, su viabilidade o su modernidade”¹⁴⁰

Para início do estudo sobre o divórcio previsto pelo Estado do Marrocos, em contraponto com as previsões portuguesas, e as possibilidades de situações controvertidas tendo como pano de fundo a Reserva da Ordem Pública Internacional, é essencial indicar os tipos de dissolução do casamento trazidos pelo La Moudawana e, após, analisar suas implicações como lei aplicável designada em situações ocorridas em solo português, ou de situações ocorridas em solo marroquino e que, por diversos motivos, precisam de reconhecimento pela ordem jurídica portuguesa.

O Código da família do Marrocos indica a existência de 2 tipos de dissolução de casamento que aqui, nesse tópico, não possui relevância, visto que não se trata de dissolução matrimonial por divórcio: O casamento nulo, caracterizado pela ausência de requisitos essenciais estudados no tópico anterior, que não produz quaisquer efeitos. E o casamento anulável, caracterizado pela presença de alguns requisitos indicados pela legislação, como doenças incuráveis preexistentes e desconhecida do outro nubente; fraude para evitar o impedimento de novo matrimonio após três repúdios consecutivos; ausência do tutor matrimonial, nos casos em que seja obrigatória sua presença; falta dos requisitos do dote, ou ainda o casamento por coação ou engano, entre outros¹⁴¹.

Nesse sentido, partiremos para a análise somente daqueles tipos de dissolução por divórcio nos termos do Código da família do Marrocos, que são eles: 1)Repúdio, que pode ser de dois subtipos: *talaq* (repúdio por parte do homem) e *tamlik* (repúdio por parte da mulher); 2) Repúdio pago e/ou indenizado; 3) Divórcio Judicial, que pode ser de três subtipos: divórcio por motivo de discordância (*siqaq*); divórcio judicial a pedido da esposa ou divórcio por mútuo acordo (consensual).

¹⁴⁰ CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidade de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018, p. 145-146;

¹⁴¹ CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidade de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018, p. 146;

O primeiro tipo de dissolução matrimonial por divórcio, e o mais comum, é o repúdio masculino (*talaq*), previsto no artigo 78º do La Moudawana¹⁴². Note-se que o referido artigo nos dá uma falsa impressão de que o repúdio é um direito dos homens e mulheres, uma ideia que CERVILLA GARZÓN denominou de “aparência de igualdade”¹⁴³, isso porque o artigo 78º acima indicado afirma ser o repúdio “a dissolução dos laços matrimoniais exercidos pelo marido e esposa”¹⁴⁴, bem como o artigo seguinte que fala em “toda pessoa que quiser exercer o repúdio”¹⁴⁵. Porém, ao avançarmos na legislação, nos deparamos com a redação do artigo 89º¹⁴⁶ do Código da família do Marrocos que deixa claro que o repúdio somente poderá ser exercido pela mulher, se o marido tiver autorizado essa possibilidade no contrato matrimonial.

Logo, o primeiro tipo de repúdio, conhecido como *talaq*, é um repúdio exclusivamente dos homens e consiste na faculdade do marido de divorciar-se, unilateralmente, de sua esposa, sendo prescindível o consentimento ou a oposição desta¹⁴⁷. É um instituto tradicional islâmico¹⁴⁸, e é exercido no Marrocos através de uma manifestação oral (eu repudio-te, eu repudio-te, eu repudio-te), escrita ou por gestos, desde que inequívocos, na presença de duas testemunhas¹⁴⁹. Esse divórcio praticado pelo marido é um divórcio revogável, vez que o marido pode voltar atrás dentro do período da *idda*¹⁵⁰, previsto pelos artigos 129º a 137º do La Moudawana¹⁵¹. A *idda* tem duração

Cfr o artigo 78º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

¹⁴³ CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018., p. 147;

¹⁴⁴ Cfr nota 143;

¹⁴⁵ Cfr o art. 79º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

¹⁴⁶ Cfr o artigo 89º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

¹⁴⁷ ÁLVAREZ, Santiago Pérez. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español” in *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, p. 191;

¹⁴⁸ O *talaq* também é previsto e muito comum em diversos outros ordenamentos islâmicos, como o código do Iraque (art. 34/1), Código do Kuwait (art. 97), Código Omaní (art. 82), Código Yemení (arts. 58-70), o Código do Sudão (art. 128), entre outros. Sobre o tema cfr M. CHARFI, “Le droit tunisien de la famille entre l’islam et la modernité”, *RTD*, 1973, p. 29-30;

¹⁴⁹ Note-se que a maneira como é exercido o *talaq* pode ser diferente de acordo com a escola jurídica islâmica adotada por aquele determinado país muçulmano. Sobre esse tema cfr ESTEVEZ BRASA, Tereza M. *Derecho civil islámico*, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1981, p. 464;

¹⁵⁰ Cfr nota 113;

¹⁵¹ Cfr Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

de 3 meses (ou 3 menstruações da esposa) e serve como um período para comprovação de que a mulher não está grávida, ou caso esteja, para garantir a ascendência da criança¹⁵². Logicamente que, nos dias de hoje, não há necessidade desse tipo de mecanismo para saber se a mulher está grávida e a ascendência biológica da criança, caso a gravidez se confirme, em face dos avanços na área médica.

De início, já temos um ponto de grande controvérsia numa possível designação dessa previsão legal como aplicável a uma relação familiar transnacional, onde pelo menos uma das partes seja de origem marroquina, visto que tal norma é nitidamente contrária ao princípio da igualdade entre os sexos, prevista no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa. Apesar disso, tal instituto, como previsto pelo Código da família marroquino, somente será válido se houver intervenção judicial, com a função de dar validade ao repúdio e proteger os direitos econômicos da esposa¹⁵³, logo essa intervenção poderá ocasionar o reconhecimento do mesmo pela ordem jurídica portuguesa, em alguns casos específicos, que serão oportunamente analisados.

Note-se que, de acordo com a legislação vigente portuguesa, o repúdio como divórcio unilateral (sem consentimento) e sem necessidade de indicação de qualquer causa, não é contrário à legislação portuguesa, uma vez que, desde 2008, Portugal admite essa modalidade de divórcio¹⁵⁴. O problema do instituto islâmico é na restrição ao exercício do mesmo direito pela mulher e a sua possível revogabilidade no período da *idda*, uma vez que, caso o marido decida, dentro desse período, revogar o repúdio, a mulher será obrigada a retomar o casamento¹⁵⁵.

¹⁵² CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 93 disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁵³ Cervilla Garzón ressalva que a necessidade de autorização judicial para o repúdio não é uma novidade da Reforma de 2004 da La Moudawana, uma vez que já exista no código anterior. Porém, indica que a função dessa autorização judicial é fiscalizar o cumprimento dos direitos econômicos da esposa, sendo essa função sim uma grande e positiva inovação da Reforma de 2004. Ela afirma também que a necessidade de intervenção judicial é um fator que possibilita o reconhecimento de tal instituto na Ordem Jurídica Espanhola. CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018, p. 146, nota 7 e p. 153;

¹⁵⁴ Cfr Artigos 1773º, n. 1 e 1781º do CC português;

¹⁵⁵ Cervilla Garzón comenta sobre o divórcio revogável em relação à legislação espanhola: “La figura del divorcio revocable es desconocida en el Derecho Icidental y está conectada com la tradición islámica. A los efectos de dotar de efectos civiles, se ha de tener presente que, hasta que éste no hua adquirido la firmeza, transcurrido el período de *idda*, no debe tener eficacia em nuestro país, por tanto, el divorciado no podrá contraer nuevo matrimonio hasta que no devenga firme la disolución. CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine

O segundo tipo de repúdio previsto pelo Código da família do Marrocos, é o repúdio exercido pela mulher, após autorização de seu marido que deverá constar no contrato matrimonial. Tal repúdio é chamado de *tamlík*, e segue os mesmos ditames do *talaq*, a única questão aqui que merece relevância é somente a necessidade de que exista autorização para esse exercício, demonstrando como a mulher ainda é vista como um ser inferior e que necessita sempre de uma outorga da figura masculina para exercer seus direitos. Da mesma forma o repúdio pago e/ou indenizado, que é uma modalidade em que o marido autoriza o exercício do repúdio, desde que haja uma indenização para ele, pago pela mulher, para que ela possa exercer esse direito.

Quanto a outra modalidade de divórcio, que é o divórcio judicial (e os seus subtipos), o seu procedimento não apresenta grandes questões que possam entrar em desalinho com a carga principiológica de Portugal e da União Europeia, como um todo, não merecendo nesse tópico grande destaque, porém seus efeitos serão tratados oportunamente.

3.1.2.1 Aplicação do Direito Internacional Privado e da Reserva da Ordem Pública:

Delimitados os pontos controversos do repúdio, importante demonstrar agora em quais pontos de contacto com o Direito internacional Privado (formal e material) de fonte interna e de fonte europeia, que poderá justificar a aplicação do instituto da Reserva da Ordem Pública Internacional.

O Direito Internacional Privado português, de fonte europeia, representado nesta matéria pelo Regulamento 1259/2010, do Conselho, de 20 de dezembro, cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável ao divórcio e separação judicial e tem como escopo a autonomia conflitual. Nesse sentido, o Regulamento permite aos cônjuges a escolha da lei aplicável ao divórcio. Porém, essa *professio iuris* não é ilimitada, a escolha deverá recair sobre um conjunto de legislações que possuam uma conexão mais estreita, nomeadamente aquelas de natureza pessoal.

Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 93 disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN

Isso significa que não poderá ser escolhida uma lei, mesmo que favorável, que não tenha qualquer conexão pessoal entre os cônjuges¹⁵⁶. O Regulamento, portanto, determina que as partes poderão escolher entre a lei da residência habitual comum, a lei da última residência conjugal (desde que um dos cônjuges ainda lá resida), lei da nacionalidade de um dos cônjuges e pela lei do foro competente para julgar o processo de divórcio. Saliente que, em relação à competência do foro, a jurisdição será atribuída pelo Regulamento Bruxelas II-bis¹⁵⁷, sobre divórcios instaurados a partir de março de 2005. Porém, tal Regulamento fora revogado pelo Regulamento 2019/1111, de 25 de junho.

Sobre esse tema, há algumas discussões acerca da escolha pela lei da nacionalidade quando um dos cônjuges possua mais de uma nacionalidade¹⁵⁸, porém as decisões do Tribunal de Justiça¹⁵⁹, quando tratou de temas semelhantes, é uníssona sobre a possibilidade de escolha entre quaisquer das nacionalidades dos cônjuges, ou seja, se um dos nubentes, por exemplo, possuir mais de uma nacionalidade, a escolha poderá recair sobre qualquer uma delas, e não apenas por aquela considerada relevante pelo ordenamento interno do foro¹⁶⁰. Essa problemática não surge somente

¹⁵⁶ PATRÃO, Afonso. "A autonomia conflitual dos plurinacionais no Regulamento 1259-2010, sobre lei aplicável ao Divórcio" in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol3, 2017, p.439-449;

¹⁵⁷ Afonso Patrão, sobre a competência, nos diz: "Na verdade, mesmo a alínea d) do art. 5.", que permite aos cônjuges optar pela lei do foro, não é em princípio desligada de uma conexão pessoal, porquanto o Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio está articulado, neste ponto, com o Regulamento Bruxelas II-bis (Regulamento CE n. 2203/2001), que estabelece a competência internacional para o processo de divórcio no seu art. 3º. Assim, o foro seria, salvo no caso das competências residuais (art. 7º. do Regulamento Bruxelas II-bis), o Estado da residência (actual ou anterior) de um ou de ambos os cônjuges ou, em alternativa, o Estado de que ambos os cônjuges são nacionais. Neste sentido, CAMPUZANO Diaz, ibidemILARIA VIARENGO, "Il Regolamento UE sulla legge...", p. 615; GIACOMO BIAGIONI, "Articolo 5.o - Commentario al Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: Pietro Franzina (ed)", *Le Nuove leggi civili commentate*, Anno XXXIV, n.o 6, 2009. pp. 1470-1484, p. 1481. PATRÃO, Afonso. "A autonomia conflitual dos plurinacionais no Regulamento 1259-2010, sobre lei aplicável ao Divórcio" in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol3, 2017, p.421, nota 4;

¹⁵⁸ Cfr. MOURA RAMOS, Rui Manuel. "Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa" in *Estudos de Direito Portugues de Nacionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 473; KRUGER, Thalia e VERHELLEN, Jinske. "Dual Nationality Dual Trouble?" in *Journal of Prime International Law*, vol. 7, n.o 3, 2011, p. 601; GAERINER, Veronika. "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of Private International Law developments" in *Journal of Private International Law*, vol. 2, 2006, p. 124; RAITERI, Marco. "Citizenship as a Connecting Factor in Private International Law for Family Matters" in *Journal of Private International Law*, vol. 10, n.2, 2014, p. 320;

¹⁵⁹ cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1992, Micheletti proc. C-369/90 e Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Outubro de 2003, Garcia Avello, proc. C-148/02;

¹⁶⁰ Cfr artigo 27º da Lei da Nacionalidade Portuguesa – Lei nº. 37/81, de 03 de outubro;

quando tratamos da escolha da lei, mas também quando há a aplicação da lei de forma objetiva, por força do artigo 8º do Regulamento 1250/2010. No presente caso, e se os cônjuges tiverem duas nacionalidades comuns? E não apenas uma?

Ademais, consoante nos mostra AFONSO PATRÃO, “o cônjuge plurinacional estaria a ser prejudicado por ter outra nacionalidade para além daquela que quereria designar, o que parece consubstanciar uma discriminação que vem sendo proibida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça”¹⁶¹. Além do mais, pensar de maneira diversa, ocasionaria uma quebra na uniformização entre as decisões dos países, quanto à lei aplicável, gerando uma insegurança e imprevisibilidade jurídica, o que iria de encontro ao objetivo primordial do Regulamento 1259/2010.

Outrossim, o Regulamento 1259/2010 também prevê a possibilidade de não-aplicação da lei considerada aplicável, com base na Reserva da Ordem Pública, como podemos perceber através da disposição dada pelo artigo 12º:

Artigo 12º - Ordem Pública

A aplicação de uma disposição da lei designada nos termos do presente regulamento só pode ser recusada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro.

A partir desses pontos acima discutidos, temos a possibilidade das seguintes situações, exemplificativas, mas não exaustivas, que irá nos ajudar na problemática desse tema: uma mulher marroquina, divorciada em Marrocos, sob a lei do Marrocos, através do repúdio exercido pelo marido, passa a residir em Portugal e solicita o reconhecimento dessa sentença de divórcio ao Tribunal português. Ou ainda dois marroquinos, residentes em Portugal, decidem divorciar-se e escolhem como lei aplicável a legislação marroquina, nos termos do Regulamento 1259/2010, também através do repúdio exercido pelo marido. Há, ainda, uma terceira situação, caso uma mulher nacional do Marrocos, casada no Marrocos, e sem autorização do marido para o exercício do repúdio em seu contrato matrimonial, passam a residir em Portugal e os nubentes fizeram a

¹⁶¹ PATRÃO, Afonso. “A autonomia conflitual dos plurinacionais no Regulamento 1259-2010, sobre lei aplicável ao Divórcio” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol3, 2017, p.434;

escolha pela lei marroquina, essa mulher poderá solicitar ao tribunal português o divórcio unilateral e sem consentimento do marido? As duas primeiras situações hipotéticas¹⁶² aqui representadas seriam aceitas pelo tribunal português ou, com fundamento na Reserva da Ordem Pública Internacional, a legislação da nacionalidade dos cônjuges seria afastada? E quanto a última situação, a mulher poderá invocar a Reserva da Ordem Pública Internacional, afastar a aplicação da lei estrangeira (nacionalidade) e divorciar-se do seu marido, sendo aplicada a lei da residência habitual?

Na primeira hipótese, é importante destacar duas características dadas sobre a situação controvertida: 1) Foi a mulher quem solicitou o reconhecimento do divórcio; 2) O divórcio já havia se tornado definitivo, tendo já sido cumprida a *idda*. Diante desses fatos, os pontos controvertidos quanto ao instituto do repúdio foram sanados. Logo, o mecanismo de reflexão da Reserva da Ordem Pública, acerca dos resultados da aplicação da lei marroquina no reconhecimento da sentença estrangeira em Portugal, diante desse fato, demonstra que esse resultado poderá ser aceito, pois trata-se, apenas, da declaração de um divórcio e de seus efeitos. Além disso, sendo a própria mulher a pedir o reconhecimento, há ainda a demonstração de que, para ela, esse resultado é favorável, sendo necessário o reconhecimento para que possa produzir seus efeitos em Portugal, inclusive possibilitar um novo matrimônio em terras lusitanas.

Logo, no caso indicado aqui, não há resultado intolerável que justifique o não reconhecimento da sentença estrangeira de divórcio, sob as leis do Marrocos, no presente caso hipotético. Importante destacar que Portugal já julgou alguns casos sobre repúdio, que serão analisados no próximo capítulo, sendo que dois deles tiveram decisões opostas: um foi aceito em Portugal e o outro não reconhecido, em face de uma Ordem Pública Internacional de carácter processual, em virtude da ausência de respeito ao contraditório e paridade de armas, o que demonstra o carácter excepcional e caso a caso desse instituto.

Quanto à segunda hipótese, um casal de marroquinos residentes em Portugal, que vão divorciar-se em Portugal (que foi considerado competente para o julgamento de acordo com o

¹⁶² O capítulo 4 do presente estudo irá analisar as jurisprudências sobre os temas estudados na presente dissertação, tanto dos tribunais portugueses como de outros países-membros da UE, demonstrando a aplicação prática do nosso estudo.

Regulamento Bruxelas II-bis), e escolheram a lei do Marrocos (lei da nacionalidade) como lei competente. Portugal irá aceitar essa escolha? Como dissemos, exaustivamente, a análise será feita caso a caso, porém, é nítido que a revogabilidade do divórcio pelo período da *idda* e a própria *idda*, não se coadunam com a carga principiológica nem do Estado português e nem da União Europeia, isso sem falar na impossibilidade do exercício do mesmo direito por parte da mulher. Logo, é fácil perceber que, com fundamento na Ordem Pública Internacional, a lei islâmica seria afastada, mas seria afastada somente naqueles preceitos intoleráveis, numa nítida Ordem Pública Internacional atenuada¹⁶³. Ou seja, o divórcio poderia seguir o disposto na lei islâmica, com a intervenção do juiz, em relação à proteção dos direitos econômicos da mulher, mas este não seria revogável, mas não haveria *idda*, não existindo nenhum tipo de restrição semelhante até a decretação do divórcio pelo tribunal do Estado português, ou prejuízo para a mulher, relativo à sua condição de mulher.

Quanto ao terceiro caso, onde uma mulher marroquina, residente em Portugal, cuja lei aplicável ao divórcio seja a lei marroquina por escolha dos nubentes, mas que decida divorciar-se do marido, unilateralmente, poderá invocar a Reserva da ordem Pública e afastar a lei marroquina, que lhe proíbe esse exercício? Perceba que no presente caso, o elemento de conexão é a lei da residência habitual, ou seja, a legislação portuguesa. Assim, mesmo que a lei islâmica tenha sido a escolhida para o divórcio, de acordo com a *professio iuris*, entendemos que o Tribunal português irá aceitar o pedido de divórcio, vez que irá afastar a aplicação da legislação marroquina quanto à necessidade de outorga do marido para o exercício desse tipo de divórcio pela mulher, por ferir o Princípio da Igualdade e da não discriminação em virtude do sexo.

Quanto a esse último caso, imprescindível lembrar que tal análise deverá sempre levar em consideração a existência de um elemento de conexão estreito que justifique a aplicação de outros ditames da lei estrangeira, escolhida como aplicável ao caso, que sejam mais apropriadas ou a lei do foro. Se a escolha da lei aplicável pelos nubentes não puder ser exercida, em virtude de que a lei escolhida ofende a Ordem Pública Internacional do foro, de acordo com o artigo 12º do Regulamento 1259/2010, há a aplicação do artigo 8º desse diploma. No caso hipotético acima indicado, a lei do foro é a lei de residência habitual. Se assim não fosse, estaríamos diante da mesma problemática causada pelo Despacho n. 87/2010, de 19 de julho, do Instituto de Registos e

¹⁶³ Cfr nota 16;

Notariado, com a criação de um fórum shopping¹⁶⁴, em relação ao divórcio de mulheres que não possuem direito ao exercício do repúdio unilateral. Quanto à restrição do exercício do repúdio por parte da mulher, importante destacar que o artigo 10º do Regulamento 1259/2010, nos traz uma cláusula de ordem pública, mesmo que não se refira objetivamente a essa expressão, uma vez que o tal artigo determina que “sempre que a lei aplicável por força dos artigos 5º ou 8º não preveja o divórcio ou não conceda a um dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à separação judicial em razão do sexo, aplica-se a lei do foro”. Porém, como já explicamos e demonstraremos com a análise jurisprudencial, essa análise, em casos de reconhecimento de divórcios estrangeiros e não de decretação, se apresenta em sua concepção atenuada.

3.1.3 Efeitos patrimoniais da dissolução por divórcio:

Um ponto de grande estranhamento entre a La Moudawana e a legislação portuguesa é o fato de que a lei islâmica não possui normas que versem sobre os Regimes Matrimoniais, e essa matéria, como é sabido, tem consequência direta nos efeitos patrimoniais do divórcio, bem como frente a terceiros¹⁶⁵, vez que não há comunicação dos bens para efeitos de responsabilidade.

Em uma análise superficial e isolada, o artigo 49º do La Moudawana nos passa a ideia de que há um Regime matrimonial legal obrigatório de separação de bens, uma vez que tal artigo fala que cada um dos cônjuges possui seu próprio patrimônio¹⁶⁶. Mas, na realidade, como bem pontua CERVILLA GARZÓN, “no existe, pues, régimen ecocómico del matrimonio, en la medida que ni uno ni otro patrimonio deben ordenarse en función de las relaciones conyugales”¹⁶⁷. No

¹⁶⁴ Cfr nota 135;

¹⁶⁵ “Cada uno de los cónyuges responde con su propio patrimonio de las deudas que él genere en la administración, gestión y/o disposición del mismo. Asimismo, no existe (por no ser necesario), normas sobre la liquidación de bienes. Ni siquiera para establecer prioridad o preferencia en el cobro de las deudas que pudieran generarse en función del tipo de ruptura conyugal”. CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conyugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 81 disponível em

https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONYUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁶⁶ Cfr o artigo 49º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>

¹⁶⁷ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conyugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 81 disponível em

mesmo sentido, a inexistência de regime matrimonial, no fim das contas, sempre acaba por prejudicar sobremaneira a mulher, visto que, na grande maioria dos casos, a mulher trabalha somente em casa e não recebe, como é praxe, nenhuma remuneração ou incremento em virtude desse labor. Nesse caso, não possui direito a nenhum tipo de acréscimo em seus bens, em relação aos bens adquiridos pelo marido, com o seu apoio familiar¹⁶⁸.

Apesar da inexistência de regime matrimonial, o contrato de casamento previsto pela La Moudawana tem caráter de contrato privado, conforme já o dissemos no início do terceiro capítulo, o que permite os mais variados tipos de acordos¹⁶⁹, que farão parte da ata matrimonial. Logo, os nubentes poderão acordar sobre a disposição, fruição e partilha de seus patrimônios, sem que isso implique a escolha de um regime matrimonial, de maneira a determinar a forma como os cônjuges poderão gerir e administrar os bens comuns ou familiares, especialmente aqueles adquiridos na constância do casamento¹⁷⁰, com a indicação de distribuição ou partilha, ainda dentro do matrimônio ou, como normalmente ocorre, se houver divórcio.

Todas essas questões são importantes para o estudo dos efeitos patrimoniais da dissolução do casamento por divórcio, nomeadamente quando, em conjunto com essa ausência, também não há no La Moudawana nenhuma norma sistemática que trate sobre os efeitos da dissolução do casamento que, como veremos, são diversos. Inclusive, quase todos eles têm como alvo somente as mulheres e os filhos, raramente o marido.

https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN; Cfr também DIAGO, M.P. *Concepción islámica de la familia y sus repercusiones em Derecho Internacional privado* in Aequalitas, 2001, p. 5;

¹⁶⁸ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 82, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁶⁹ Sobre esse tema cfr JELLOUN, T. BEN. *La mujer en Marruecos*, disponível em https://www.mundoarabe.org/la_mujer_en_marruecos.htm;

¹⁷⁰ “Asimismo, el pacto también puede contener normas sobre su distribución o reparto, a aplicanto tanto constante matrimonio como cuando éste se disuelva. En virtud de los citados acuerdos, podrán atribuirse en propiedad al patrimonio de uno u otro cónyuge una vez se generen o, lo que es más lógicos, cuando se proceda a la disolución del vínculo” CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 83 disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN

Para o presente caso, vamos sempre partir do pressuposto de que Portugal é o foro competente para o julgamento de ações que, por fundamento legal, suscite questões sobre os efeitos patrimoniais do divórcio. Para facilitar o estudo, dividimos os efeitos patrimoniais do divórcio previstos pela legislação do Marrocos da seguinte maneira:

a) Direito a alimentos:

Na legislação do Marrocos, há dois tipos de direito à alimentos. O primeiro tipo é aquele que surge quando o marido se divorcia da mulher através do repúdio (*talaq*) e, durante o período de revogabilidade desse divórcio, a mulher tem direito a uma pensão alimentícia paga pelo marido durante o período de cumprimento da *idda*. Ou sendo irrevogável o divórcio, se a mulher estiver grávida¹⁷¹. Isso significa dizer que, quando existe, o direito de alimentos fica restrito ao período da *idda* (3 meses ou 3 menstruações) ou ao tempo de duração da gravidez.

Importante destacar que, somente nesses dois casos, a mulher terá direito legal a alimentos. Ademais, o direito de alimentos, quando o divórcio for revogável, não decorre do princípio da solidariedade familiar, mas sim do dever de prestar alimentos durante o matrimônio¹⁷², já que no primeiro caso, por ser revogável o divórcio, o marido poderá retomar o casamento, se assim o decidir. E no caso do divórcio irrevogável, quando a mulher estiver grávida, decorre somente da manutenção de uma gravidez saudável, em virtude da descendência.

O segundo tipo de direito à alimentos, é o direito de alimentos pago aos filhos menores, e que irá prevalecer sempre, independentemente do tipo do divórcio, caso a guarda não permaneça

¹⁷¹ CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018, p. 149;

¹⁷² Sobre esse tema, cfr Juan Martos Quesada. “La obligación de mantenimiento (nafaq) es otra de las obligaciones personales de contenido patrimonial, que recae sobre el marido en la sociedad musulmana, consistente en la obligación de mantenimiento de la esposa durante el matrimonio. Sólo el marido tiene la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio y mantenimiento de los miembros de la familia y, en particular, de su esposa. El derecho de la esposa a su mantenimiento no depende de su situación económica, debe aunque la mujer sea rica y él pobre”. MARTOS QUESADA, Juan. “Derecho Islámico Y Derechos Europeos” in *Revista de ciencias de las religiones*, Anejos, 2007, p. 180, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2572903>;

com o pai, e perdurará até a maioridade da criança¹⁷³. Importante aqui destacar que, no conceito de alimentos pela legislação marroquina, a moradia está incluída¹⁷⁴, logo se a mulher tiver a guarda dos filhos comum, irá também aproveitar da moradia aos filhos destinada, o que tem influência direta no tópico seguinte.

Já na legislação portuguesa, o dever de alimentos entre os cônjuges, com o fim do casamento por divórcio, tem caráter subsidiário, excepcional e temporário, mas decorre principalmente do princípio da solidariedade familiar. Segundo o artigo 2016º, nº 1 do CC, a regra geral é de que cada um dos cônjuges proverá sua própria subsistência, após o divórcio. Porém, logo no nº. 2, é garantido o direito a alimentos, entre os cônjuges, qualquer que seja o tipo de divórcio¹⁷⁵.

Logo, a regra sobre o dever de alimentos entre os cônjuges tem como escopo garantir que o ex cônjuge, que necessite, possa ser suprido de suas necessidades básicas, e permitir que tenha condições de reorganizar sua vida após o divórcio. O valor da prestação mensal, bem como seu tempo de duração, levará em conta todos os fatores previstos no artigo 2016º-A do Código Civil, como: duração do casamento; colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego; tempo de dedicação aos filhos comuns, rendimentos e proventos, novo casamento ou união de facto, entre outros. Note-se que o rol indicado nesse artigo não é taxativo, podendo o juiz competente analisar a partir de outras informações e circunstâncias.

É bem nítida a diferença de tratamento do direito de alimentos para o ex cônjuge entre as duas legislações aqui estudadas, a marroquina e a portuguesa. A legislação marroquina somente

¹⁷³ ORTIZ VIDAL, Ma. Dolores. “El Repudio en el Código de Familia de Marruecos y la Aplicación del Derecho Marroquí en la UE” in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 219 e 220;

¹⁷⁴ “El padre, pues, debe garantizarle, no sólo la pensión alimenticia, sino también un alojamiento digno, quedando obligado, bien a suministrárselo, o pasándole una cantidad con la que pueda pagar un alquiler y los gastos de uso de la vivienda alquilada. Lo que no existe es un derecho a que esa vivienda sea la vivienda familiar”. CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 95, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁷⁵ Cfr Artigo 2016º e ss do CC português.

dispõe do direito de alimentos para a cónjuge mulher e somente também por um período determinado: 3 meses ou 3 menstruações, durante a *idda*

, em casos de divórcios revogáveis; ou pelo período da gravidez quando, no momento da dissolução, a mulher estivesse grávida, mesmo em caso de divórcio definitivo. Já em Portugal, não há essa distinção, os alimentos podem ser recebidos e prestados por quaisquer dos cônjuges, apenas estando em causa, a necessidade. Além disso, apesar de ser fixado por um período determinado, o tempo será levado em consideração quanto à reorganização da vida do ex cónjuge, além de suas condições de saúde, idade, qualificações profissionais, conforme já indicado acima.

Quanto ao direito de alimentos aos filhos, na legislação portuguesa, origina-se a partir da relação de filiação que, como bem explica Rita Lobo Xavier, não se restringe somente a questões meramente sanguíneas¹⁷⁶, sendo dever dos pais, conforme a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 36º, nº. 3, o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

Já o Código Civil, que prevê o direito aos alimentos no artigo 2003º, dispõe também sobre seus pressupostos no artigo 2004º, e “define o critério geral de atribuição de alimentos no artigo 2004º do Código Civil quando refere que depende das possibilidades do alimentante e das necessidades do alimentado. No que concerne às capacidades do alimentante, haverá que atender aos rendimentos do trabalho e capital que tenha, às suas poupanças e valor dos seus bens, sem que atinja a chamada reserva de subsistência. No outro extremo temos as necessidades do alimentado, cuidando-se de aferir qual a sua situação social, sua idade, sua saúde ou possibilidade do menor prover à sua subsistência”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ “Quanto à densificação do conteúdo funcional e relacional das responsabilidades parentais, direi que, do meu ponto de vista, permanece a crença ainda forte num modelo de relação pais/filhos com estrutura bi-parental, simultaneamente encarado como modelo de relacionamento afectivo e de cuidados. Essa crença tem apoio em várias referências legais, principalmente no âmbito da adopção que visa estabelecer um vínculo ‘semelhante ao da filiação natural’ (arts. 1586.º e 1974.º do Código Civil), podendo ser decidida a confiança judicial com vista à futura adopção e dispensada a prestação do consentimento necessário à constituição daquela relação quando não existam ou não se encontrem seriamente comprometidos os ‘vínculos afectivos próprios da filiação’, conclusão que se retirará da verificação de qualquer das situações enunciadas na lei (artigos 1978.º, n.º 1, e 1981.º, n.º 3, al. b), do Código Civil).” XAVIER, Rita Lobo. “Responsabilidades Parentais no século XXI” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, n. 10, ano 5, jul.– dez. 2008. p. 18;

¹⁷⁷ CRESPO, Ana Marta. “Da fixação ou não de alimentos em sede de regulação das responsabilidades parentais quando nada se sabe das possibilidades do alimentante: breve abordagem jurisprudencial” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, n.11, ano 6, jan-jun. 2009. p. 80;

Logo, de fácil percepção que entre o direito de alimentos previsto no Código da Família Marroquina e o direito de alimentos previsto pelo Código Civil português, não há grandes diferenças que possam causar estranheza quando comparados.

b) Direito de alojamento:

Da mesma forma que o direito de alimentos para a ex esposa, o direito ao alojamento é um direito provisório concedido à mulher, quando tratar-se de divórcio revogável, durante o período de cumprimento da *idda*. Ou sendo o divórcio definitivo, caso a mulher estivesse grávida ao divorciar-se. Esse direito tem a duração da *idda* ou da gravidez¹⁷⁸, uma vez que não se trata do direito de uso da vivenda familiar, como previsto na legislação portuguesa, mas somente de um direito de ser alojada, na vivenda familiar, em casa de parentes ou em local distinto, desde que custeado pelo marido, enquanto há a possibilidade de revogação do divórcio, por parte do marido, ou o cuidado com a gestação, em face da descendência.

Já na legislação portuguesa, o direito à casa de morada de família, deve ser sempre definida antes da decretação do divórcio, seja através de acordo entre as partes, seja através de decisão judicial. O código civil português trata desse tema e determina que, caso a morada de família seja arrendada (artigo 1105º, nº. 1)¹⁷⁹, a decisão (ou acordo) terá como opção a transmissão ou a concentração em favor de um deles. Caso não haja um acordo, o tribunal decide levando-se em consideração, alguns requisitos como: a necessidade de cada um; os interesses dos filhos e outros fatores relevantes (artigos 1105º, nº. 2), devendo, em quaisquer dos casos, ser comunicado officiosamente o senhorio.

Já se a casa de morada de família for propriedade de um dos cônjuges, ou dos dois, a regra será aquela dada pelo artigo 1793º do Código Civil, que dispõe que “pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada de família, quer essa seja

¹⁷⁸ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 91, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁷⁹ Cfr o artigo 1105º, nº.2 do CC português;

comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal¹⁸⁰. Esse artigo se efetiva através de um processo de jurisdição voluntária, cujo procedimento é previsto pelo artigo 900º e ss do Código de Processo Civil, e corre apenso à ação de divórcio. O arrendamento, nesse caso, ficará da mesma forma sujeito às regras gerais previstas para o arrendamento para habitação, mas poderá ter termos e condições específicas, quanto à renda¹⁸¹ e a duração do contrato.

c) Pensão de “custódia”¹⁸² e “salário de lactância”:

A “custódia” dos filhos menores, segundo a La Moudawana, é de responsabilidade de ambos os progenitores durante a constância do casamento, conforme artigo 164º do referido diploma¹⁸³. Com a dissolução do divórcio, o filho menor poderá permanecer sob a custódia da mãe, do pai, da avó materna, ou de outros parentes, nessa ordem e de forma subsidiária, a depender de cada caso.

O responsável pela custódia do menor, segundo a lei do Marrocos, terá direito à uma compensação pecuniária, a uma pensão, em face do desempenho de cuidado e atenção com os menores a seu cargo. Essa remuneração não se confunde nem com o direito de alimentos e nem com o direito de alojamento, previstos para o período da *idda*. Sua existência independe do tipo de divórcio, desde que seja definitivo¹⁸⁴ e é pago pelo pai da criança. Porém, caso o pai não tenha meios econômicos para esse custeio, esse pagamento, igualmente como em relação ao direito de alimentos aos filhos, poderá recair sobre o patrimônio da mãe.

¹⁸⁰ Sobre esse tema cfr CARVALHO FERNANDES, L. *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, p. 390; SALTER CID, N. *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*. Coimbra, Almedina, 1996, p. 102 e ss; PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de., *Curso de Direito da Família I*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, nota 134, p. 674;

¹⁸¹ Em alguns casos, o Tribunal sequer determina o montante da renda. 03

¹⁸² A utilização desse termo, no Direito marroquino, faz sentido porque a ideia de guarda, no direito português, é amplo. No Direito do Marrocos, há uma diferenciação entre custódia (*hadana*) e tutela/guarda (*wilaya*). A custódia se refere ao cuidado, vigilância e atenção com o menor. Já a tutela/guarda, tem a ver com a autoridade sobre o menor e com a figura que irá tomar as decisões sobre o menor.

¹⁸³ Cfr o art. 164º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>:

¹⁸⁴ Cfr artigo 167º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>:

Quanto ao “salário de lactância”, ele é caracterizado por uma remuneração paga pelo ex marido à mulher que esteja amamentando os filhos, que pode ser tanto a própria mãe quanto outra pessoa escolhida para tanto, e essa amamentação deverá ser a amamentação natural, não havendo o que se falar em salário de lactância quanto a lactância foi artificial¹⁸⁵.

Na legislação portuguesa não há nenhum instituto que sequer seja parecido com o a pensão de “custódia” do direito marroquino, já que a La Moudawana faz uma diferenciação entre a dever de cuidado e vigilância, com a efetiva tutela/guarda da criança¹⁸⁶. Ele também não se confunde com o direito de alimentos entre os cônjuges definido pelo código civil português, pois não tem conexão com a relação conjugal, podendo ser inclusive paga a terceiros. Também não se confunde com o direito de alimentos aos filhos, visto que são remunerações distintas e que não possuem o mesmo fundamento. De igual forma, também não há nenhum instituto português similar ao “salário de lactância”. Note-se que, apesar de serem efeitos patrimoniais do divórcio, eles poderão beneficiar um terceiro, como a avó materna, caso seja esta a assumir a “custódia” das crianças¹⁸⁷ ou a amamentar.

Caso Portugal seja instado a manifestar-se, ou de forma declarativa de direito, ou para reconhecer uma sentença estrangeira do Marrocos que verse sobre tais temas, qual será o papel da Ordem Pública Internacional diante de institutos inexistente na ordem jurídica portuguesa?¹⁸⁸

¹⁸⁵ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, nota 35, p. 94 disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN

¹⁸⁶ Cfr nota 182;

¹⁸⁷ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 96, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁸⁸ Mesmo que tais institutos não sejam conhecidos pela legislação portuguesa, há a possibilidade da invocação à Reserva da Ordem Pública Internacional, e caso não haja normas da legislação estrangeira mais apropriadas, poderia se aplicar a legislação portuguesa mais apropriada, como por exemplo, as normas sobre as relações parentais, nesse caso.

d) Indenização decorrente do divórcio por repúdio masculino e por divórcio por discórdia:

Quando o divórcio for por repúdio do marido (*talaq*), a mulher, além do direito à pensão alimentícia e do direito ao alojamento, também terá direito a uma indenização, consoante o artigo 84º do Código da família do Marrocos¹⁸⁹, que estabelece 4 critérios para que o juiz possa definir o valor de tal indenização: a duração do matrimônio; a situação econômica do marido; as causas do divórcio e se o uso do repúdio, no caso concreto, fora arbitrário ou não.

CERVILLA GARZÓN afirma que a essa modalidade de indenização, no direito do Marrocos, assume um caráter de “pensão”, mesmo que não seja paga em prestações mensais, uma vez que os tribunais costumam determinar tal pagamento em parcela única, porém não há restrição para que sua determinação seja a prazo. Normalmente, a indenização será uma quantia determinada e única, e tem como um dos fundamentos, a quebra contratual do casamento, por ato unilateral de uma das partes¹⁹⁰ e surge em diversos tipos de divórcio, como veremos.

Quando a mulher exercita o repúdio (*tamlik*), desde que autorizado pelo marido no contrato matrimonial, os efeitos patrimoniais serão quase os mesmos, porém por ser irrevogável nessa modalidade, a mulher não terá direito aos alimentos do período da *idda* (exceção se estiver grávida), que deverá ser cumprido da mesma forma, na moradia conjugal ou em moradia de familiares.

Já no caso de divórcio por motivo de discórdia, após as tentativas de conciliação, o juiz competente irá fixar uma indenização que deverá ser paga pelo cônjuge “culpado” ao cônjuge inocente. Nesse caso, poderá o homem ser indenizado caso, após as devidas apurações judiciais, a mulher seja declarada a “culpada” pela discórdia que deu ensejo ao divórcio¹⁹¹. Já no divórcio por consenso das partes, apesar das partes poderem acordar sobre os direitos envolvidos e definir quais

¹⁸⁹ Cfr o art. 84º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

¹⁹⁰ CERVILLA GARZON, María Dolores. Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 99, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁹¹ Cfr Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, em seu artigo 97 e ss, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

os efeitos patrimoniais desse tipo de divórcio, o direito ao dote, por ser imprescritível e irrenunciável, deverá sempre ser considerado como patrimônio da mulher, que não poderá sofrer restrições no acordo entre os cônjuges. Por ser irrevogável, como já vimos, a mulher não terá direito aos alimentos no período de espera legal (a não ser que esteja grávida), porém no acordo para o divórcio por mútuo acordo, poderá existir essa previsão de alimentos, como outros tantos efeitos que as partes assim entenderem como cabíveis.

e) Outros efeitos patrimoniais decorrentes de acordo entre as partes:

A lei islâmica não possui normas que versem sobre os Regimes Matrimoniais, e essa matéria, como é sabido, tem consequência direta nos efeitos patrimoniais do divórcio, bem como frente a terceiros¹⁹², vez que não há comunicação dos bens para efeitos de responsabilidade.

Em uma análise superficial e isolada, o artigo 49º do La Moudawana nos passa a ideia de que há um Regime matrimonial legal obrigatório de separação de bens, uma vez que tal artigo fala que cada um dos cônjuges possui seu próprio patrimônio¹⁹³. Mas, na realidade, como bem pontua CERVILLA GARZÓN, “no existe, pues, régimen ecocómico del matrimonio, en la medida que ni uno ni otro patrimonio deben ordenarse en función de las relaciones conyugales”¹⁹⁴. No mesmo sentido, a inexistência de regime matrimonial, no fim das contas, sempre acaba por prejudicar sobremaneira a mulher, visto que, na grande maioria dos casos, a mulher trabalha somente em casa e não recebe nenhuma remuneração ou incremento em virtude desse labor. Nesse

¹⁹² “Cada uno de los cónyuges responde con su propio patrimonio de las deudas que él genere en la administración, gestión y/o disposición del mismo. Asimismo, no existe (por no ser necesario), normas sobre la liquidación de bienes. Ni siquiera para establecer prioridad o preferencia en el cobro de las deudas que pudieran generarse en función del tipo de ruptura conyugal”. CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conyugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: varations sur une connexion*, chapter 4, p. 81 disponível em

https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁹³ Cfr o artigo 49º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>

¹⁹⁴ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conyugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: varations sur une connexion*, chapter 4, p. 81 disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN; Cfr também DIAGO, M.P. *Concepción islámica de la familia y sus repercusiones em Derecho Internacional privado* in Aequalitas, 2001, p. 5;

caso, não possui direito a nenhum tipo de acréscimo em seus bens, em relação aos bens adquiridos pelo marido, com o seu apoio familiar¹⁹⁵.

Apesar da inexistência de regime matrimonial, o contrato de casamento previsto pela La Moudawana tem caráter de contrato privado, conforme já o dissemos no início do terceiro capítulo, o que permite os mais variados tipos de acordos¹⁹⁶, que farão parte da ata matrimonial. Logo, os nubentes poderão acordar sobre a maneira de gerir e administrar os bens comuns ou familiares, especialmente aqueles adquiridos na constância do casamento¹⁹⁷, com a indicação de distribuição ou partilha, na constância do casamento ou, como normalmente ocorre, se houver dissolução do matrimônio.

Nesse sentido, há expressamente, no artigo 49º do La Moudawana, uma liberdade de pactuação sobre gestão e administração de bens, muito similar a um pacto antenupcial do direito português, podendo tratar ainda sobre os frutos, e sobre qualquer incremento patrimonial ocorrido na constância do casamento, além de todos os outros direitos inerentes a tais bens. Ou seja, há infinitas possibilidades a depender do acordo entre os cônjuges. Tais acordos podem fazer parte do contrato matrimonial, como também podem ser formalizados em documento apartado e podem conter regras, inclusive, sobre a distribuição dos bens, seja na constância do casamento ou, principalmente, com a dissolução por divórcio.

Na última parte do artigo 49º, há uma regra que trata sobre um caso muito específico: quando não se tem como determinar o domínio de um referido bem (com exceção dos bens pessoais e móveis, que possuem regra própria definida no artigo 39º do La Moudawana), o juiz poderá fazer a atribuição, levando-se em consideração “o trabalho de cada um dos cônjuges, seus esforços e compromissos assumidos para explorar os ativos da família”.

¹⁹⁵ CERVILLA GARZON, María Dolores. “Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain” in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 82, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN;

¹⁹⁶ Sobre esse tema cfr JELLOUN, T. BEN. *La mujer en Marruecos*, disponível em https://www.mundoarabe.org/la_mujer_en_marruecos.htm;

¹⁹⁷ Cfr nota 112;

f) Dote:

O dote é considerado, no direito islâmico, como elemento essencial do matrimônio. Não se trata, pois, de um requisito de formação do casamento, mas para que o casamento seja válido, não poderá existir acordo de supressão do dote. Por conta disso, é um direito imprescritível e que, mesmo que não tenha sido estipulado o montante no contrato matrimonial, ou sequer pago no decorrer do matrimônio, é devido e obrigatório com sua dissolução por divórcio¹⁹⁸.

Na grande maioria dos casos, o dote é o único patrimônio da mulher, o que demonstra a sua importância no momento da dissolução por divórcio, uma vez que, como já vimos, a mulher não tem direito a uma pensão alimentícia nos moldes da legislação portuguesa, levando-se em consideração o princípio da solidariedade familiar, e também na grande maioria dos casos, não exerce nenhuma atividade remunerada, já que para trabalhar, a mulher necessita de autorização de seu marido¹⁹⁹.

Para CERVILLA GARZÓN, “desde esta perspectiva, la dote, en la medida que comporta una atribución patrimonial para la esposa, es una fórmula beneficiosa para ella. Aunque el ordenamiento jurídico marroquí es muy prolijo a la hora de establecer las consecuencias patrimoniales para la esposa derivada de la ruptura, en verdad, estas no tienen la entidad de las que conocemos en el Derecho occidental, por lo que la situación de una mujer divorciada en Marruecos, suele ser precaria. La dote cumple, pues, en el Derecho marroquí una función similar a la que realiza en nuestro ordenamiento jurídico la pensión alimenticia y/o a la pensión compensatoria, según las circunstancias patrimoniales de la esposa”²⁰⁰.

¹⁹⁸ Cfr o início do capítulo 3, que trata sobre os requisitos essenciais do matrimônio;

¹⁹⁹ MARTOS QUESADA, Juan. “Derecho Islámico y Derechos europeos” in *Revista de Ciencias de Las Religiones*, Anejos, n.º. 21, p. 180;

²⁰⁰ CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018, p. 162;

3.1.3.1. Aplicação do Direito Internacional Privado e da Reserva da Ordem Pública:

Após uma análise dos efeitos patrimoniais acima descritos, é fácil perceber que a mulher, após o divórcio, somente tem como efeito patrimonial garantido e não dependente de outros aspectos, o seu dote. Como vimos, os outros efeitos patrimoniais estão sempre sujeitos a outros elementos, como lactação, custódia dos filhos, ou indenização nos casos em que tenha sido repudiada pelo marido, ou em um divórcio judicial por discórdia, seja considerada a parte inocente.

Tratando-se de relações internacionais familiares, é imprescindível determinar a norma aplicável a determinado caso. A União Europeia, como vimos, possui um sistema jurídico específico e passou a ter competência em determinadas matérias. Nessas matérias, ditas internacionais, os Estados-Membros passam a aplicar a legislação europeia (Direito Internacional Privado de fonte europeia) em detrimento de suas próprias legislações, uma vez que a competência destas foram transferidas para a UE, logo para facilitar o estudo iremos discutir a aplicação do Direito Internacional Privado e da Reserva da Ordem Pública Internacional **nos aspectos mais relevantes dos efeitos** acima estudados.

Quanto ao direito de alimentos, além das previsões dadas pelo Código da Família do Marrocos e do Código Civil português acima detalhadas, é importante destacar sobre esse tema, o Regulamento n.º 4/2009, do Conselho, de 10 de janeiro, que entrou em vigor em 18 de junho de 2011, e que tem como âmbito de aplicação as “obrigações alimentares decorrentes das relações de família, de parentesco, de casamento ou de afinidade”, o Protocolo de Haia de 2007 e a Convenção de Haia sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família, que Portugal é signatário e que entrou em vigor em 01 de janeiro de 2013.

Atualmente, todas as questões controversas sobre lei aplicável em matéria de cobrança de alimentos serão tratadas sob o prisma do Regulamento 4/2009, do Conselho, de 10 de janeiro, tendo como pano de fundo o Protocolo de Haia de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos, por remissão dada pelo Regulamento em seu artigo 15º, abaixo transcrito:

Artigo 15º - Determinação da lei aplicável

A lei aplicável às obrigações alimentares é determinada de acordo com o Protocolo de Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares (a seguir designado ‘Protocolo de Haia de 2007’) nos Estados-membros vinculados por esse instrumento.

De acordo com tal Protocolo, em seu artigo 3º, nº. 1, a lei aplicável será a lei da residência habitual do credor. Já no nº. 2 do mesmo artigo, ressalva que, caso haja mudança de residência, a lei do Estado da nova residência será aplicada a partir do momento em que a mudança tenha sido efetivada. Ademais, o Protocolo indica a possibilidade de aplicação da lei do foro, se em determinadas situações o credor não puder obter alimentos do devedor por força do determinado no artigo 3º. As situações são as seguintes: a) Dos pais relativamente aos filhos; b) De pessoas, que não os pais, relativamente a menores de 21 anos, excepto no caso de obrigações decorrentes das relações referidas no artigo 5º e c) Dos filhos relativamente aos pais (artigo 4º, nº. 1, a, b e c; e nº. 2). Ainda em relação à lei do foro, e às situações indicadas no nº. 1 do artigo 4º, o nº. 3 do mesmo artigo dispõe que, caso o credor tenha acionado a autoridade competente do Estado em que o devedor tem residência habitual, também será a lei do foro a aplicável. Porém, se por essa lei, o credor não puder obter alimentos do devedor, será aplicada a lei do Estado da nacionalidade comum do credor e do devedor, caso exista. Já o artigo 5º traz a previsão de uma regra especial quanto aos cônjuges e ex-cônjuges, determinando que a regra do artigo 3º (lei da residência habitual do credor) não poderá ser aplicável se houve oposição por quaisquer das partes. Nesse caso, caso exista uma conexão mais estreita com o casamento, a aplicável será a lei da última residência habitual comum²⁰¹.

A partir dessa análise sobre a lei aplicável, é de fácil percepção que o legislador deu tratamento favorável ao credor, por ser considerada a parte hipossuficiente, dando especial atenção ao princípio da solidariedade familiar e à dignidade da pessoa humana. Quanto às relações entre os cônjuges, nem sempre a regra prevista pelo artigo 5º será favorável, já que se a lei da residência

²⁰¹ Para Rui Manoel Moura Ramos, a regra prevista pelo artigo 5º do Protocolo de Haia de 2007, “dá assim um efeito (póstumo, nalguns casos) à lei reguladora dos efeitos do casamento, fazendo-se porém depender esse efeito da oposição de uma das partes à aplicação da lei designada em primeiro lugar e da competência mais forte (em termos de proximidade com a relação matrimonial) de uma outra lei”.

habitual do credor permitir os alimentos, mas houver oposição por parte do devedor, e a lei da última residência habitual comum, não permitir esse tipo de alimentos, o credor, em tese, perderá tal direito. A regra prevista no artigo 6º do Protocolo de Haia não tem relevância para o presente estudo, pois trata-se de alimentos diferentes das obrigações de pais e filho ou entre cônjuges.

Além de todas essas regras, o Regulamento 4/2009 prevê ainda a possibilidade da escolha da lei aplicável, conforme disposto no artigo 8º do referido diploma legal, devendo recair essa escolha em algumas dessas leis indicadas: a) lei do Estado do qual uma das partes seja nacional aquando da designação; b) a lei do Estado da residência habitual de uma das partes aquando da designação; c) a lei designada pelas partes como aplicável ao seu regime matrimonial ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo ou d) a lei designada pelas partes como aplicável ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo. Essa escolha da lei deverá constar de um acordo escrito ou registrado em qualquer suporte digital, para posterior consulta, e deverá ser assinado pelas partes. O citado artigo 8º, nº. 3, exclui os menores de 18 anos e os que apresentem “insuficiência das suas faculdades pessoais” do exercício dessa *professio iuris*. Quanto à renunciabilidade de alimentos, essa somente será determinada pela lei da residência habitual no momento da designação. O nº. 5 desse artigo afirma que, somente se seja comprovado de que as partes estavam plenamente informadas sobre as consequências da escolha da lei aplicável, a *professio iuris* será desconsiderada caso a lei escolhida acarrete “consequências manifestamente injustas ou pouco razoáveis para quaisquer das partes”.

Já em relação à Reserva da Ordem Pública Internacional, o Regulamento nº. 4/2009, do Conselho, de 10 de janeiro, em seu artigo 24º, a) deixa claro que, em relação à competência, não há espaço para a invocação da Reserva da Ordem Pública:

Artigo 24º- Motivos de recusa do reconhecimento

Uma decisão não é reconhecida:

- a) Se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro em que é pedido o reconhecimento. O critério da ordem pública não pode ser aplicado às regras de competência.

Com o Regulamento, o credor poderá realizar a cobrança dos alimentos (através de um pedido de alimentos ou de reconhecimento e execução de alimentos já fixados) sem necessitar deslocar-se ao país de residência do devedor.

Apesar disso, em relação ao estudo objeto da presente dissertação, é importante destacar que o Regulamento é aplicável para decisões proferidas em todos os Estados signatários do Protocolo de Haia de 2007, bem como do Estados signatários do Regulamento n.º 4/2009. O Marrocos, apesar de ser membro da Convenção de Haia, não é Estado participante do Protocolo de Haia de 2007, logo o Regulamento 4/2009 não será aplicado para a escolha da lei aplicável, quando estivermos diante de sentenças proferidas por esse Estado.

Logo, a lei aplicável será encontrada a partir do artigo 52º do Código Civil, que trata sobre as relações entre os cônjuges, e que indica para esse fim a lei nacional comum, quando exista. Ou, caso os cônjuges tenham nacionalidades diferentes, a lei da residência habitual comum, ou subsidiariamente, “a lei do país com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas”.

Nesse sentido, o que irá nos dizer qual a lei reguladora sobre a lei aplicável, será a existência ou não de decisão proferida pelo Estado do Marrocos, sobre o referido tema, o que efetivamente não ocorrerá, visto que o Marrocos não prevê o direito de alimentos entre os cônjuges. Para facilitar o estudo, iremos apresentar algumas situações hipotéticas.

As hipóteses previstas pelo regulamento acima indicado podem ser resumidas em: 1) o credor ainda não possui sentença ou acordo que fixe pensão de alimentos e o devedor reside em outro país; 2) o credor já possui uma decisão judicial ou um acordo homologado que fixou a pensão de alimentos, mas o devedor, que reside em outro país, não paga voluntariamente. Perceba que o Regulamento serve para cobranças de alimentos entre os países signatários, desde que credor e devedor residam em países diferentes.

Em relação à competência, o artigo 3º do regulamento n.º 4/2009, estabelece que como regras principais ser o local de residência habitual do credor ou devedor, além de outras hipóteses previstas do artigo 3º ao artigo 7º. Não há no Regulamento citado nenhum dispositivo que limite sua abrangência em relação à nacionalidade do requerente e/ou do requerido, nos fazendo crer que, mesmo em relações de nacionais de Estados terceiros, que residam em um Estado-membro, será esse Estado competente para manifestar-se sobre tais temas.

Pois bem. Quanto ao direito de alimentos para a c njuge mulher, de nacionalidade marroquina, a lei do Marrocos   clara no sentido de que essa só tem lugar pelo período da *idda*, quando se tratar de divórcio revogável, ou até o fim da gravidez, mesmo em divórcios definitivos. Porém, nós podemos nos deparar com alguns casos, que merecem atenção. Por exemplo, poderá uma mulher marroquina, residente habitual em Portugal, divorciada definitivamente e com divórcio plenamente válido na ordem jurídica portuguesa, sem filhos, que esteja em condições de necessidade de alimentos, solicitar ao tribunal português alimentos a seu ex marido, também de nacionalidade marroquina e residente habitual em Portugal?

Segundo o artigo 52  do CC, a lei aplicável será a lei da nacionalidade marroquina, que como já dissemos, não prevê o direito de alimentos entre os cônjuges, após o divórcio. Nesse caso, poderá a requerente invocar a reserva da Ordem Pública Internacional e solicitar o afastamento da aplicação da lei da nacionalidade comum, e aplicar a lei do foro, já que não existe na lei marroquina normas mais apropriadas? Depende do caso em concreto, já que as circunstâncias pessoais do caso poderá indicar a aplicabilidade desse instituto ou não. Porém, entendemos que há essa possibilidade, visto que o princípio da solidariedade familiar, em relação ao direito de alimentos entre os cônjuges, funcionará aqui como fundamento para a aplicação da Reserva da Ordem Pública Internacional, podendo Portugal proferir uma sentença de fixação de alimentos de maneira a obrigar a esse ex marido ao pagamento de alimentos a sua ex esposa, atendendo ao bin mio de necessidade-possibilidade, previsto pelo artigo 2004  do Código Civil português, mesmo que não exista essa previsão legal no direito da nacionalidade comum.

Quanto   execução dessa sentença em Portugal, ela será amplamente executável. Mas e se o ex marido, após a decisão ter sido proferida, decidir mudar-se para a Espanha. Poderá essa sentença ser executada em Espanha? A resposta agora se dará pela aplicação do Regulamento 4/2009, visto que as decisões proferidas por um dos Estados participantes (do Protocolo de Haia de 2007 e do Regulamento) se dará, inclusive, “sem necessidade de recurso a qualquer processo e sem que seja possível contestar seu reconhecimento”, uma vez que tanto Portugal quanto Espanha ratificaram o Protocolo de Haia de 2007. Mas e se esse ex marido decidir voltar para o Marrocos? Como já dito acima, o Marrocos não é Estado participante do Regulamento 4/2009, do Conselho, de 10 de janeiro, e por isso não terá que reconhecer a sentença proferida por Portugal, ainda mais

que, como sua legislação não permite esse tipo de direito de alimentos, a referida sentença não será reconhecida pelas regras do Direito Internacional Privado do Marrocos.

Quanto ao direito de alimentos aos filhos menores, em que pese todas as questões acerca da legislação aplicável, é certo que não haverá grandes discussões quanto ao reconhecimento de sentenças proferidas em Marrocos ou em Portugal, sobre o reconhecimento entre esses dois países, visto que o instituto é bastante similar em um ou outro país. A única diferença aqui, baseada na estrutura dos países islâmicos, é a de que a obrigação principal, pelo direito islâmico, recai sobre o pai (e não aos progenitores). No entanto, segundo interpretação do artigo 167º do La Moudawna²⁰², se o pai não puder cumprir com sua obrigação, em face de não ter meios para tanto, a obrigação irá recair sobre o patrimônio da mãe, em caráter subsidiário²⁰³. Ademais, nesse caso, a definição da lei aplicável se dará pela regra do artigo 57º do Código Civil, lei nacional comum do país, ou na falta desta, pela lei da residência habitual comum. Se os pais residirem em Estados diferentes, aplica-se a lei pessoal do filho. O n.º. 2 do mesmo artigo ainda faz uma ressalva acerca de casos em que a filiação tenha sido estabelecida somente entre um dos progenitores. Nesse caso, a lei aplicável será a lei pessoal deste; e em caso de morte de um dos progenitores, a lei aplicável será a lei pessoal do cônjuge sobrevivente.

Quanto ao reconhecimento de uma sentença de divórcio declarado em Marrocos, e que tenha estabelecido o direito à alimentos da mulher pelo período de 3 meses. Se durante esse período, a mulher fixar residência em Portugal (por ter também nacionalidade portuguesa, por exemplo) e considerando que essa residência foi considerada como local de cumprimento da *idda*. Portugal poderá reconhecer esse direito, mesmo sendo este provisório e incluído em um instituto como a *idda*, que fere de forma gravosa os princípios basilares do Estado português? É nítido que, quanto aos alimentos em si, a sua concessão não infringe nenhum tipo de princípio fundamental de direito do Estado português, e seu reconhecimento, de forma apartada, também não causaria maiores delongas, diante de tudo o que fora discutido no presente trabalho. A questão aqui será a

²⁰² Cfr o artigo 68º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

²⁰³ CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018, p. 150;

principal, quanto ao divórcio, que nesse período, ainda será revogável e, conforme já discutimos em tópico próprio, não será aceito na ordem portuguesa, o que culminará no não reconhecimento desses alimentos, por consequência, uma vez que faz parte da sentença de divórcio.

Em relação ao direito de alojamento, quando estivermos em causa, portanto, uma relação internacional, em que pelo menos uma das partes seja de nacionalidade marroquina, que verse sobre direito de alojamento, qual seria a lei aplicável? A lei aplicável será definida pelo artigo 52º do Código Civil que, como já vimos, determina ser a lei da nacionalidade comum, ou caso sejam os cônjuges de nacionalidades diferentes, a lei da residência habitual, e na falta desta, a lei do país que tenha conexão mais estreita com a vida familiar.

Da mesma forma que o disposto no tópico anterior, a problemática aqui se dá pelo fato de que tal direito está atrelado a dois institutos não aceitos pelo ordenamento jurídico português: a *idda* e o divórcio revogável. Apesar disso, em face da Reserva da Ordem Pública Internacional ser uma exceção, que somente deverá ser aplicada aos casos em que o resultado se torne intolerável, é fácil perceber que enquanto o divórcio for revogável e a mulher tenha seus direitos limitados (já que está divorciada, porém impedida de contrair novo matrimónio, durante a *idda*), qualquer sentença que verse sobre temas, não será reconhecida.

Podemos, ainda, nos deparar com a seguinte situação hipotética: uma mulher, de nacionalidade marroquina, residente em Portugal, divorciada em Marrocos e com sentença de divórcio reconhecida pela ordem jurídica portuguesa, cujo ex marido, também de nacionalidade marroquina e residente em Portugal. Essa mulher poderá acionar o tribunal português solicitando ao mesmo um direito sobre uso de morada de família (após o período da *idda*), uma vez que, por estar longe de sua família, não tem onde morar, em face de seu ex marido, e invocar a Reserva da Ordem Pública Internacional, afastar a aplicação da lei marroquina e beneficiar-se da legislação portuguesa?

De acordo com o artigo 52º já citado, a lei aplicável será a lei da nacionalidade comum, nos termos do nº. 1 do referido artigo. Já em relação à Reserva da ordem Pública, o artigo 22º, nº. 1 do Código Civil português indica essa possibilidade, porém, como já amplamente discutido, somente se os resultados encontrados forem intolerantes em relação ao arcabouço principiológico do Estado português. No caso hipotético indicado, acreditamos que sim, que o tribunal português poderá afastar a aplicação da legislação do Marrocos e aplicar a legislação portuguesa. Porém, é

importante destacar que a tal sentença não seria reconhecida em Marrocos, tornando-se inócua, caso o ex marido voltasse para o Marrocos. Porém, sendo o ex marido residente habitual em Portugal, surtiria os efeitos almejados pela ex esposa, uma vez que o bem de família, no caso dado, está situado em Portugal.

Quanto à indenização por divórcio, também não há essa modalidade na legislação portuguesa, porém, tal direito pode ser comparado a uma pensão alimentícia, que será paga não em prestações mensais, mas em um montante único. Importante destacar que, nos casos de divórcio por discórdia, em que a mulher tenha sido considerada culpada, quem receberá essa indenização será o homem. Logo, nesse ponto, podemos qualificar tal efeito patrimonial como uma espécie de pensão alimentícia, especialmente, em relação à mulher, parte hipossuficiente no direito marroquino, inclusive em virtude da existência de requisitos²⁰⁴ para a determinação do *quantum debeat* por parte do juiz competente. Logo, a discussão aqui seguirá a mesma linha da discussão do direito de alimentos acima.

Por fim, em relação aos efeitos patrimoniais, vamos tratar agora dos possíveis acordos sobre a gestão, administração e distribuição dos bens comuns e familiares, que poderão existir nos contratos matrimoniais, ou em documento formal apartado, mas que possui relação com o casamento.

Em matéria de regimes matrimoniais e de pactos antenupciais, que têm influência direta nos efeitos patrimoniais da dissolução por divórcio, a legislação portuguesa dispõe sobre algumas regras para designação da legislação aplicável nos artigos 52º, 53º e 54º do Código Civil, que possuem índole nitidamente personalista. Ou seja, utilizam a lei pessoal como lei designada a partir da aplicação, obrigatória, da conexão domicílio ou nacionalidade²⁰⁵.

Em relação aos regimes matrimoniais, o Direito Internacional Privado de fonte interna portuguesa somente será aplicado para casamentos celebrados antes de 29 de janeiro de 2019, uma vez que, a partir dessa data, passou a vigorar em Portugal o Regulamento (UE) 2016/1103, do

²⁰⁴ Cfr artigo 84º do Código de Família Marroquino, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>;

²⁰⁵ MOTA, Helena. *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade conflitual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento* in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge ribeiro de Faria, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 311;

Conselho, de 24 de junho, que implementou a cooperação reforçada no domínio da lei aplicável, da competência, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Logo, todos os Estados-membros, como já dito acima, deverão aplicar a legislação europeia referente a essa matéria. O principal ponto, talvez, de controvérsia com a aplicação desse Regulamento é a exclusão sistemática do reenvio²⁰⁶, uma vez que tal mecanismo previsto pelo Direito Internacional Privado possibilita a “harmonia jurídica internacional”²⁰⁷. No entanto, como bem ressalva Helena Mota, “se a lei aplicável nos termos do Regulamento 2016/1103 é a lei de um Estado Membro participante desaparece a ameaça dessa desarmonia pois a lei aplicável será a mesma em todos os Estados Membros participantes, por força do Regulamento, mas, como o Regulamento 2016/1003 tem aplicação universal, a lei aplicável pode ser a de um Estado Membro não participante ou a de um Estado terceiro, em ambos os casos com eventuais soluções conflituais distintas e que, por conseguinte, aplicarão lei(s) diferente(s), eventualidade que deixa de ter relevância para o Estado Membro participante do foro que, nos termos do art. 32º, não poderá fazer o reenvio e tentar a harmonia jurídica internacional”²⁰⁸.

Ademais, a competência internacional dos tribunais portugueses é definida pelas regras previstas pelos artigos 62º, 63º e 94º do Código de Processo Civil. Para o presente caso, vamos sempre partir do pressuposto de que Portugal é o foro competente para o julgamento de ações que, por fundamento legal, suscite questões sobre os regimes matrimoniais, para analisar os efeitos patrimoniais do divórcio.

Pois bem. Consoante já foi dito e explicado acima, o Código da família do Marrocos não possui nenhum tipo de previsão legal que trata sobre regimes matrimoniais, porém os cônjuges possuem total autonomia para acordar sobre a gestão, uso, partilha e distribuição dos bens pessoais e familiares, em face do caráter de contrato privado que o casamento assume nesse país. Esse também é o caso, por exemplo, da Inglaterra e do País de Gales, onde o casamento não altera em nada a propriedade dos cônjuges, nem mesmo contra terceiros. Porém, em casos de divórcio, tais

²⁰⁶ Cfr Regulamento(UE) 2016/1103, do Conselho, de 24 de junho, em seu artigo 32º: “Exclusão do reenvio. Entende-se por aplicação da lei de um Estado designada pelo presente regulamento a aplicação das normas jurídicas em vigor nesse Estado, com exclusão das suas normas de direito internacional privado”, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=EN>;

²⁰⁷ Cfr nota 3;

²⁰⁸ MOTA, HELENA. *Casamento e patrimônios nas relações privadas internacionais*. Almedina, 2020, p. 12;

países permitem que o juiz competente para o divórcio possa decidir sobre a distribuição dos bens familiares, independente de quando foram adquiridos, recebidos por doação ou herança²⁰⁹, ou ainda que existam pactos nupciais²¹⁰, o que não ocorre com o divórcio pela lei do Marrocos, visto que o juiz, apesar de proteger os direitos econômicos da mulher, somente poderá estipular uma indenização, caso não seja ela a culpada pela dissolução, e estipular medidas provisórias, em relação ao direito de alojamento e de alimentos, não tendo nenhuma ingerência sobre os bens patrimoniais, na ausência de um acordo matrimonial que verse sobre tal questão.

Temos, aqui, inicialmente, um problema de qualificação desses acordos, diante da ordem jurídica portuguesa, qualificação essa essencial para a determinação da lei aplicável. Tais acordos, portanto, serão qualificados como regime matrimonial primário, devendo ser aplicado aos casamentos celebrados até 29.01.2019, a regra prevista pelo artigo 52º do CC? Ou como pactos antenupciais, fazendo incidir a regra prevista pelo artigo 53º do CC? Em quaisquer dos casos, para casamento celebrados após 20.01.2019, a lei aplicável será determinada pelo Regulamento (UE) 2016/1103, do Conselho, de 24 de junho. Ainda não há em doutrina abalizada discussão sobre tal matéria, ficando aqui uma questão ainda aberta e que merece um aprofundamento maior sobre o tema.

Apesar disso, e somente em caráter casuístico e de pesquisa, entendemos serem qualificados tais acordos como pactos antenupciais, uma vez que, não existindo Regimes Matrimoniais prevista pelo Código da Família do Marrocos, e sendo tais acordos nítidos pactos antenupciais, que possuem ligação direta com o matrimónio, já que há uma efetiva negociação entre os cônjuges, que podem definir, inclusive, a ocorrência ou não do casamento.

Assim, sendo qualificados como pactos antenupciais, a escolha da legislação aplicável será determinada pela regra do artigo 53º do Código Civil, que indica como lei aplicável, a lei nacional dos nubentes ao tempo da celebração do casamento (nº. 1). Ou a lei da residência habitual

²⁰⁹ MOTA, HELENA. *Casamento e patrimônios nas relações privadas internacionais*. Almedina, 2020, p. 42;

²¹⁰ Cfr GARETTO, Roberto, PASCUCI, Frederico e SGUBIN, Elisa in RUGGERI, Lucia, KUNDA, Ivana e WINKLER, Sandra. “Family Property and Succession” in *EU Member States. National Reports on the Collected Data University of Rijeka*, faculty of Law, 2019. Acesso em 09.05.2020, disponível em https://www.euro-family.eu/documenti/news/psefs_e_book_compressed.pdf;

comum à data do casamento, quando os nubentes não tiverem a mesma nacionalidade ou, em falta desta, a lei da primeira residência conjugal (nº. 2). Ou, ainda, quando a lei aplicável seja estrangeira, mas um dos cônjuges residam habitualmente em Portugal, pode ser convencionado um dos regimes admitidos pela legislação portuguesa. Percebemos, nessa última parte do artigo 53º, um favorecimento da aplicação ao Direito português, através da autonomia conflitual²¹¹, em especial aos artigos 1721º a 1736º do Código Civil.

Esse ponto é interessante, uma vez que, como no Marrocos não há regime de bens, a lei portuguesa permite, por regra do nº. 3 do artigo 53º, aplicar a legislação portuguesa, quando um dos nubentes resida habitualmente em Portugal. HELENA MOTA, sobre tal tema:

“Para afirmar tal visão autonomista do ar. 53º, nº. 3, do CC, teremos de aceitar que esta escolha se faz apesar ou contra a lei considerada competente pela mesma regra de conflitos. Isto é, se a lei estrangeira contiver normas imperativas que proibam, por hipótese, o regime da comunhão de bens, os cônjuges poderão, ainda assim, escolher este regime. Então a escolha de lei fundar-se-á na própria regra de conflitos (art. 53º, nº. 3) quando a lei aplicável é a que resulta do art. 53º, nºs 1 e 2. Chegar-se-á ao mesmo resultado se a lei estrangeira desconhecer o regime de bens da lei portuguesa”²¹²

²¹¹ MOTA, HELENA. *Casamento e patrimônios nas relações privadas internacionais*. Almedina, 2020, p. 75;

²¹² MOTA, HELENA. *Casamento e patrimônios nas relações privadas internacionais*. Almedina, 2020, p. 75-76;

4. A APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DA RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES DE ORIGEM ISLÂMICA – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL:

O Acórdão n.º. 10602/2005-2 do Tribunal da Relação de Lisboa, será a primeira jurisprudência analisada, e esse acórdão, proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, analisou o instituto do repúdio masculino (*talaq*), de um cidadão português, que se casou com uma mulher de nacionalidade marroquina, no Tribunal de Rabat, Marrocos, no ano de 2000. Após 4 anos do matrimônio, o requerente repudiou sua esposa, tendo sido decretado o divórcio pelo mesmo tribunal, seção notarial, sendo este revogável pelo período da *idda*. Na data do divórcio, o requerente já residia em Portugal e sua esposa, no Estado do Marrocos. O requerente, portanto, intentou ação de revisão e reconhecimento de sentença estrangeira, com base nos artigos 978º ao 985º do CPC.

A decisão proferida analisou o instituto do repúdio sob a ótica da legislação portuguesa, de acordo com os requisitos previstos no artigo 980º do CPC, especialmente sob a ótica da Reserva da Ordem Pública Internacional, artigo 980º, f) c/c artigo 22º do CC e, para tanto, se valeu das palavras de FERRER CORREIA, para fundamentar a possibilidade de invocação da Reserva da Ordem Pública Internacional para recusar a aplicação de uma lei estrangeira (o reconhecimento do divórcio pelo rito islâmico) “na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local”. Para melhor entendimento, o acórdão deixa claro, ainda, de que “não é, portanto, a decisão propriamente que conta, mas o resultado a que conduziria o seu reconhecimento. A decisão pode apoiar-se numa norma que, considerada em abstracto, se diria contrária à ordem pública internacional do Estado português, mas cuja aplicação concreta não o seja”. Por fim, destacou a possibilidade da aplicação da Reserva da Ordem Pública Internacional em seu efeito atenuado.

Após deixar claro, portanto, essa prerrogativa do Estado português, o acórdão passou a analisar o repúdio, sob a ótica da legislação portuguesa, referindo que, em Portugal, no ano de 2007 (antes da alteração legislativa, portanto, de 2008), não havia previsão legal sobre o divórcio unilateral, sem motivos – logo se estivéssemos diante de um pedido de decretação de um divórcio

unilateral pela lei do Marrocos, junto ao tribunal português, o mesmo não seria aceito – porém, não havia, também, nenhuma disposição constitucional que proibisse esse tipo de dissolução. Para demonstrar a mudança de pensamento da sociedade portuguesa, o acórdão citou ainda a existência do projeto de lei nº. 232-x, que tratava justamente sobre o pedido de divórcio a pedido de um dos cônjuges, mas que havia sido negado.

Quanto ao repúdio, o acórdão cita de forma resumida o procedimento do tribunal do Marrocos para a decretação desse tipo de divórcio, com a indicação dos artigos do La Moudawana, e ressalva que a mulher também poderá exercer esse direito, mas somente se o marido assim autorizar previamente, no contrato matrimonial. Por conta disso, o Tribunal da Relação de Lisboa afirma que o procedimento adotado pelo Código da Família do Marrocos infringe o princípio da igualdade, especialmente entre os cônjuges, previstos nos artigos 13º e 36º da Constituição da República portuguesa, além do art. 5º do Protocolo nº. 7 à Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificado por Portugal.

Em seguida, o tribunal da Relação da Lisboa segue dando exemplos de decisões, que versavam sobre o repúdio, ocorridas em França, com negativa de reconhecimento por ter existido oposição da mulher, e Espanha, que reconheceu a eficácias das sentenças, quando se tratava de divórcio definitivo, mas negando essa eficácia quando se tratava de divórcio revogável, por atentar contra a ordem pública internacional daquele país.

Ultrapassada toda essa discussão, o tribunal se volta para a sentença objeto da lide, para que possa analisar de forma individual e concreta, os efeitos da sentença na ordem jurídica portuguesa, caso seja reconhecida. Informa tratar-se de uma sentença que decretou, por homologação, um divórcio intentado pelo cônjuge marido. Afirma que tal efeito, divórcio, é admitido na ordem jurídica portuguesa, ressalva que o fundamento da sentença, a vontade exclusiva de um dos cônjuges, não afronta de forma intolerável a ordem pública portuguesa. Explica que, apesar da sentença ter sido proferida dentro de um sistema que infringe o princípio da igualdade, quando restringe o direito de exercício do repúdio à mulher a uma autorização por parte do marido, a violação do princípio da igualdade ocorre quando é negada a mulher o exercício de tal direito. Porém, não é sobre esse fundamento que a sentença versa. Inclusive, como bem assinala o relator, não houve oposição da mulher quanto ao divórcio junto ao tribunal competente. Apesar disso,

consta que o divórcio decretado era revogável, podendo o requerente retomar o casamento, antes do fim do prazo da espera legal, por força de sua exclusiva vontade.

Nesse ponto, o relator do processo é claro ao afirmar que essa revogabilidade é desconhecida no direito português, e atenta contra o princípio da igualdade entre os cônjuges e contra a dignidade da pessoa humana, que são princípios basilares da ordem jurídica portuguesa (artigo 1º da Constituição da República). Porém, segundo a lei do Marrocos, o período de espera tem início da decretação do divórcio e prolonga-se por 3 períodos menstruais, ou seja, expirado tal prazo, o divórcio tornar-se definitivo e, por consequência, irrevogável. No caso dos autos, conforme explica o Acórdão, o referido prazo já havia expirado, logo tratava-se de um divórcio irrevogável e definitivo. Assim, segundo o relator, que a sentença em análise não conduz a um resultado intolerável com a ordem jurídica portuguesa, ou seja, a “decisão a rever não colide com a barreira da ordem pública internacional do Estado Português”. E, por fim, conclui que “não há obstáculos à pretendida revisão da sentença”. O processo de revisão e reconhecimento da sentença estrangeira de divórcio, proferida pelo Tribunal de Rabat, Marrocos, foi julgado procedente, tornando-se válida e eficaz perante o Estado Português.

No presente caso, é fácil perceber que, analisado o caso concreto e seus meandros, passando por todas os possíveis pontos de confronto da legislação aplicada ao caso, no momento da decretação do divórcio, com a ordem jurídica portuguesa, chegou-se a conclusão de que o repúdio, como ato de divórcio unilateral, por si só, sem que esteja em voga a restrição do mesmo direito por parte da mulher, que fica restrita a uma prévia autorização de seu marido para tanto, bem como não sendo mais revogável o divórcio, o resultado encontrado não conduziria a um resultado intolerável, sendo, portanto, reconhecido pelo Estado português. Interessante perceber que, no ano de 2007, o tipo do divórcio analisado (unilateral e sem motivos) ainda não era previsto pelo direito português, o que efetivamente somente foi incorporado à legislação portuguesa no ano seguinte, após a alteração de 2008.

Porém, como veremos a seguir, tal decisão não pode e nem deve ser utilizada como parâmetro ou regra de decisão acerca de outros casos que tratem sobre o mesmo tema. Há de sempre realizar o exercício em segundo plano e analisar, caso a caso, o resultado do reconhecimento da sentença objeto, de maneira a decidir se tal resultado poderá causar efeitos intoleráveis pela Ordem Pública Internacional do Estado português. Tanto é assim, que a seguir, analisaremos um acórdão,

também do Estado português, em que foi denegada a pretensão de revisão e reconhecimento de uma sentença de repúdio.

Em contraponto temos o Acórdão nº. 1378/18.YRLSB-7 do Tribunal da Relação de Lisboa, que tratou sobre um pedido de revisão e reconhecimento de sentença estrangeira, com base nos artigos 978º a 985º do CPC. Dos autos resulta que: AUK E SPS casaram-se em 26.01.2011, e no decorrer do casamento, tiveram dois filhos, ainda menores. A requerida fora notificada pessoalmente, mas não apresentou oposição. A *declaração* do divórcio ocorreu em 24.09.2017, na presença de um notário, da cidade de Bangladesh, a partir do *talaq*, por parte do marido, que pronunciou 3 vezes: “A partir de hoje ela já não será minha mulher e eu não serei seu marido”. Durante o período de 90 dias (ou 3 menstruações), o divórcio poderá ser revogado.

Segundo o relator, não houve prova dos seguintes pontos: 1) A mulher repudiada tenha tido direito ao contraditório; 2) Tenham sido resguardados os direitos e interesses relativos aos filhos menores do casal ou do patrimônio do cônjuge mulher. Além disso, há ainda questões a resolver que versam sobre: A) Se o divórcio constante da sentença objeto, de carácter definitivo, e com fundamento na declaração unilateral de repúdio masculino, de acordo com a lei islâmica de Bangladesh, está incluída no âmbito da alínea e) do artigo 980º do CPC²¹³; B) Se a Ordem Pública Internacional do Estado português impede o reconhecimento do divórcio constante da sentença sob análise.

Feitas essas considerações, o acórdão se debruça sobre os requisitos do artigo 980º do CPC para a revisão e reconhecimento de uma sentença estrangeira. Quantos às alíneas “a” a “d”, o Tribunal da Relação de Lisboa deixa claro que não há dúvidas sobre a autenticidade da referida decisão em análise. Porém, faz uma ressalva acerca das dúvidas que existiram sobre se as decisões administrativas estão ou não inseridas no âmbito de aplicação do artigo 980º do CPC, mas que hoje já estão ultrapassadas, sendo aceitas as decisões proferidas pela entidade competente pela legislação do país competente, sejam administrativas ou judiciais.

No entanto, conforme detalha o Acórdão, o documento apresentado para fins de revisão e reconhecimento não se trata de uma decisão, mas tão somente de uma declaração prestado pelo cônjuge marido, e requerente, perante um notário. Ocorre que, segundo recentes acórdãos do STJ,

²¹³ Cfr o artigo 980º e ss do CC português;

excluem do âmbito de aplicação as declarações, como é o caso do documento objeto de análise: uma declaração unilateral, “à margem de qualquer processo judicial ou procedimento administrativo, no âmbito do qual tenha sido viabilizado o exercício do princípio do contraditório”. E é justamente por tal motivo que entende não ser possível o reconhecimento da decisão apresentada pelo requerente, uma vez que “o documento prova que o requerente (e só ele) fez a declaração de repúdio, perante o notário, sem demonstrar a observância de qualquer procedimento, sem a intervenção do cônjuge mulher e sem que tenha sido emitido qualquer juízo, ainda que de carácter homologatório, por parte da entidade administrativa responsável pelo acto”.

Por cautela, o Tribunal analisou também os outros requisitos do artigo 980º do CPC, mais precisamente às alíneas “e” e “f” que, de igual forma, não permitem o reconhecimento da declaração sub judice. Quanto a alínea “e”, que trata sobre o contraditório e igualdade das partes, e no caso dos autos verifica-se que: “o divórcio operou por mera declaração; a mulher não interveio no procedimento de divórcio; a lei aplicada ao divórcio não permite, segundo entendimento do Tribunal, sequer essa possibilidade”. Logo, conclui o tribunal que, pelo procedimento adotado pela legislação de Bangladesh, há uma clara violação ao princípio do contraditório, bem como ao princípio da igualdade de armas. Já em relação à alínea “f”, que trata especificamente da Reserva da Ordem Pública Internacional, o Tribunal passa a analisar se a declaração apresentada pelo requerente para fins de reconhecimento, operada pela lei islâmica do Bangladesh, infringe as disposições de ordem pública internacional do Estado português.

Nesse ponto, o relator traz à tona novamente a questão da exclusão da mulher no procedimento do divórcio – violação do princípio do contraditório e da igualdade de armas – bem como a ausência de salvaguarda dos interesses dos filhos menores – contrariando as convenções internacionais e o direito europeu. Logo segundo o Tribunal da Relação de Lisboa, além do resultado do reconhecimento desse divórcio conduzir a um resultado intolerável, em face de tudo o que foi estudado sobre a Ordem Pública Internacional, a decisão, por seu procedimento, compromete a “própria formação do resultado, visto que o divórcio não decorreu perante um tribunal ou uma entidade administrativa que garantisse a equidade do tratamento dos cônjuges ou que tivesse na base a observância do contraditório”. Por tais motivos, o processo fora julgado improcedente, com a denegação do reconhecimento do divórcio por repúdio, nos moldes específicos desse caso concreto.

Nota-se, portanto, o caráter de aposteriorístico da Reserva da Ordem Pública Internacional, bem o caráter casualista, pois temos aqui duas decisões proferidas pelo mesmo Tribunal, que tem como objeto de fundo a dissolução por repúdio, mas que tiveram decisões completamente contrárias, em face das particularidades de cada caso. No primeiro acórdão, a decisão havia sido proferida por um Tribunal, que tem como escopo a tentativa de conciliação entre as partes, o direito de contraditório por parte da mulher, além da proteção de seu patrimônio e dos interesses dos menores, se houver. Já no segundo caso, a declaração era unilateral, sem a participação da mulher, e sem nenhuma salvaguarda quanto o interesse dos filhos menores e do patrimônio da mulher. Ou seja, apesar de se tratarem de pedidos de reconhecimento de divórcio por repúdio, os casos específicos conduziram a resultados diferentes, sendo o primeiro deles compatível com a Ordem Pública Internacional do Estado português e o segundo, a um resultado intolerável obrigando à invocação da Reserva da Ordem Pública Internacional portuguesa, de modo a impedir que tal decisão possua validade e eficácia no ordenamento jurídico português.

Mais recente, em decisão singular de 07 de abril de 2020 proferida pelo Dr Pedro Martins (Acórdão 405/19.3YRLSB-2 do Tribunal da Relação de Lisboa), em que estava em causa um divórcio por repúdio, decretado pelo Tribunal de 1ª Instância de Z, Reino do Marrocos, do ano de 1995, e onde após toda a discussão pertinente ao caso, o divórcio fora reconhecido, passando a produzir efeitos na ordem jurídica portuguesa. Tal decisão demonstra que a participação de um Tribunal, com o exercício do contraditório e da proteção dos interesses da parte suficiente, facilita o reconhecimento de institutos estranhos à legislação portuguesa, visto a decisão não conduz, geralmente, a um resultado intolerável. Porém, por não ser despidendo repetir, a análise deverá sempre ser feita em segundo plano, a partir da análise do resultado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Já sobre os requisitos essenciais do casamento, a Sentença de nº. EWFC 54, Case Nº: ZC16D00278, da England and Wales Family Court Decisions (High Court Judges), há uma discussão acerca da validade de um casamento, celebrado em cerimônia religiosa, pelo rito islâmico, no ano de 1998, na Inglaterra. Da união, nasceram x filhos. A requerente, a esposa, requereu o divórcio de seu marido, em 04 de novembro de 2016, ao Tribunal da Família da Inglaterra e País de Gales. Seu marido, em oposição, ratificou o pedido de divórcio, e o fundamentou na presunção do casamento, em face da coabitação, visto que não houve casamento

válido pela lei inglesa. Em réplica, a mulher fundamentou a validade do casamento, na presunção de sua existência, em face da coabitação. Em pedido alternativo, fundamentou ser o casamento entre as partes, um casamento nulo, de acordo a lei inglesa de 1973.

Disto isto, há duas questões centrais a serem respondidas pelo Tribunal da Família competente: a) As partes devem ser tratadas como casados, ao abrigo da lei inglesa? B) O casamento é nulo, é a sentença deverá ser de declaração de nulidade de casamento?

Ao iniciar a discussão, o Tribunal ressalva que irá tratar a requerente como esposa e o requerido como marido, uma vez que os dois consideram-se casados, e “se apresentam para o mundo” como assim fossem. Apesar disso, no decorrer do processo, há uma mudança de tratamento quanto à cerimônia religiosa de celebração do casamento por parte do marido, que passou a ser chamado apenas de “benção”. Já segundo a esposa, enquanto residiram em Dubai, foram considerados pelas autoridades dos Emirados Árabes, como casados de forma válida.

A questão primordial, segundo o acórdão, é saber se uma cerimônia “nikah”, ou seja, uma cerimônia religiosa pelo rito islâmico, cria um casamento inválido ou um casamento nulo, pela lei inglesa. O problema aqui, como bem ressalva, é a existência do casamento inexistente, do não casamento.

Segundo a lei inglesa, se o casamento for considerado válido (porque foi comprovado, ou realizado no Reino Unido, cumprindo as leis inglesa, ou realizado no estrangeiro, cumprindo as leis do local da celebração), os cônjuges tem direito a todos os efeitos da condição legal de casados, que podem variar entre benefícios fiscais, direito a pensões, vantagens de herança, entre outros. No caso de fracassar, as partes poderão solicitar ao tribunal competente a separação judicial ou o divórcio, podendo tratar sobre direitos sobre a habitação da morada de família, alimentos, divisão de bens, entre outros. Porém, caso não tenha o casamento cumprido todos os requisitos essenciais de formação, o ato poderá ser objeto de uma ação de anulabilidade, pode ser considerado nulo ou anulável. Enquanto não houver a declaração sobre o ato, o casamento é considerado válido, tendo direitos aos mesmos benefícios de um casal, e após a anulação, poderão ainda dividir os bens e tratar sobre questões de alimentos. No entanto, sendo um casamento inexistente, um não-casamento, não há tais direitos.

Ressalva, o relator, que existem casos que efetivamente devem ser tratados como não-casamento, com direito apenas pela coabitação, mas há casos em que, segundo o tribunal, o termo

não-casamento parece inadequada e “até pejorativa”. Esse são os casos em que os cônjuges passaram por uma “cerimônia pública de casamento, conduzida por um oficial, testemunhado por outros, em que confirmaram que não havia impedimento para o casamento, que se consentiram e que se comprometeram um com o outro, o que ele, sua família e comunidade aceitaram, levou ao casamento. Eles podem ter vivido uma vida de casados e foram aceitos como casados por suas comunidades e pelo estado. Eles podem ter tido filhos. Para todos os efeitos e propósitos, eles foram casados. Caracterizar tudo isso como um não-casamento legal parece instintivamente desconfortável em 2018 e pode ser considerado um insulto por muitos (embora não todos) dos participantes. Se não houver casamento que falhe, eles podem descobrir que não têm recurso à lei civil e aos recursos que ela prevê. As partes não podem divorciar-se porque não têm um casamento válido ao abrigo da lei inglesa, mas também não podem anular o casamento porque não têm um casamento que é nulo segundo a lei inglesa. E assim as partes – e geralmente a parte que perde é a esposa – não podem pedir a um tribunal para lidar com questões de propriedade, pensão alimentícia, variação de trusts”. Após essa reflexão, o juiz competente salientou que o casamento objeto dos autos durou 18 anos, período em que os cônjuges tiveram e criaram 4 filhos.

Dos autos restaram comprovados de que, pelas provas apresentadas, a cerimônia religiosa de casamento, pelo rito islâmico, não poderia produzir um casamento válido pelas leis inglesas, situação essa ratificada pelo Procurador-Geral e pelos inúmeros casos semelhantes citados na sentença. Por conta disso, o juiz concluiu que não se operava, no presente caso, a presunção de casamento válidos nos termos do direito inglês.

Quanto à questão da nulidade do casamento, o juiz competente analisou as disposições do direito inglês sobre tal tema, bem como a questão sobre o não-casamento, ressalva que a requerente invoca a análise do presente processo com base nos direitos fundamentais previstos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, conforme fora implementado pela Lei dos Direitos Humanos de 1998. Nesse ponto, o juiz indica os fundamentos da referida lei que foram invocados pela requerente, e afirma que “o tribunal não deve agir de maneira incompatível com um direito da convenção”, lembrando que a jurisprudência da Convenção exige soluções reais e eficazes, mesmo que seja a de tomar medidas positivas para garantir os direitos dos indivíduos. Ademais, havia ainda que considerar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1990, ratificada pelo Reino Unido em 1991, com vigência a partir de 15.01.1992, bem como a Convenção

das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as mulheres (1979), que entrou em vigor como um tratado internacional, sendo ratificada pelo Reino Unido em abril de 1986. Após diversas reflexões sobre os argumentos levantados pelas partes diante dessas convenções, o juiz passa para a análise sobre a lei e a aplicação ao caso. Para tanto, afirma, como base na interpretação e aplicação da seção 11 da Lei de Causas Matrimoniais de 1973, e em diversos casos semelhantes, o juiz concluiu, baseado em sua própria interpretação mais flexível sobre a seção 11 da lei acima referida, além dos argumentos de direitos fundamentais, que o casamento objeto dos autos se enquadra no âmbito da seção 11 e foi um casamento celebrado em descon sideração de requisitos quanto à formação do casamento, sendo, portanto, um casamento nulo e a esposa tem direito a um decreto de nulidade.

Esse acórdão é muito interessante, uma vez que o casamento fora realizado no Reino Unido, pelo rito islâmico, e as partes tinham ciência de que para ser considerado casamento, pelo direito inglês, teria que ser sucedido de uma cerimônia civil, o que não foi feito. Apesar disso, perante o direito islâmico, aplicado ao ato, o casamento era válido, o que ficou comprovado pelo fato de que toda a comunidade, entidades e organismos, reconheciam o as partes litigantes como marido e mulher, durante o período de 18 anos, em que coabitaram e tiveram 4 filhos. Em sua análise individual do caso, o juiz entendeu que a ideia de casamento inexistente para o caso dos autos, usurparia direitos fundamentais das partes, especialmente da mulher e de seus filhos e para tanto, aplicou a Reserva da Ordem Pública Internacional (que sequer fora citada no caso, mas que fazia-se presente) em sua concepção atenuada, ao não entender como válido o casamento, mas também não o entender como “não-casamento”. Optou, o juiz, pelo caminho do equilíbrio, em declarar a nulidade do casamento e permitir que a mulher e os filhos tivessem os direitos, que tal modalidade abrange, garantidos.

Percebam aqui que o exercício em segundo plano, feito pelo juiz competente ao caso, permitiu uma reflexão sobre os efeitos da qualificação do ato celebrado entre as partes como casamento inexistente, entendendo ser este resultado incompatível com os direitos previstos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1990 e Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as mulheres. Assim, ampliou a interpretação da legislação inglesa aplicada ao caso, com o fito de incluir o ato religioso celebrado pelo rito islâmico em suas exceções,

permitindo que o casamento seja considerado nulo, por ausência de um dos requisitos legais (ausência de celebração civil). Interessante aqui, que não houve efetivamente um exercício de não se aplicar a legislação islâmica, vez que o casamento continuou a ser válido perante a lei islâmica, mas sim de flexibilizar o entendimento da legislação inglesa, com o fito de permitir um resultado tolerável em face dos princípios fundamentais internacionais, previstos pelas Convenções acima citadas.

5. CONCLUSÕES:

Após a reflexão apresentada, e diante das jurisprudências analisadas, podemos concluir:

Houve um grande aumento no fluxo migratório de e para Portugal, o que demonstra a pertinências das questões aqui estudadas, bem como a necessidade de se manter mecanismos que tenham por finalidade a regulação das relações internacionais e transfronteiriças, como o Direito Internacional privado dos Estados-membros, como Portugal, bem como do Direito Internacional privado de fonte europeia, que se consubstancia nos Regulamentos, Diretivas e Convenções Internacionais ratificadas pela UE ou pelos Estados-membros individualmente, que tem por finalidade a “harmonização jurídica internacional”.

Dentre esses mecanismos, a Reserva da Ordem Pública Internacional é de suma importância, porém sua aplicação deve ficar restrita ao caso concreto, analisado individualmente, não em relação a lei estrangeira efetivamente aplicada ao caso, mas sim em relação aos resultados apresentados após a aplicação da lei estrangeira, perante a ordem jurídica do foro. Caso os resultados sejam intoleráveis, a invocação da Ordem Pública Internacional será imprescindível, evitando assim que sejam contrariados os princípios fundamentais do Estado do foro.

A legislação do Marrocos, apesar da tentativa de adequação de sua legislação ao estado democrático de direito, ainda apresenta institutos ligados à tradição islâmica, em que a mulher é sempre colocada como um ser inferior, que deve respeito e obediência a figura masculina da família, seja o pai, o marido ou ainda os irmãos, tios, entre outros.

Apesar disso, ter a lei como fonte de direito, além da intervenção judicial em todas as matérias de família, facilita a aceitação/reconhecimento de seus institutos perante a ordem jurídica de outros Estados²¹⁴, mas não a garante.

Em relação aos pontos especificamente analisados, casamento, dissolução por divórcio e efeitos patrimoniais, a aplicação prática deve sempre levar em consideração o contexto em que a lei se insere, bem como os possíveis prejuízos que a não aplicação da lei pessoal possa gerar às partes. Para isso, o direito interno português, os Regulamentos, Convenções Internacionais, em matéria de direito de família, demonstram a primazia pela lei pessoal, que tem como princípio fundamental, atualmente, a primazia da residência habitual em detrimento, muitas vezes, da lei da nacionalidade. Além disso, há também uma maior flexibilização, permitindo às partes, em muitos casos, a escolha da lei aplicável através da autonomia conflitual.

Quanto ao casamento, e os seus requisitos essenciais de formação, podemos concluir que a poligamia e a idade núbil são pontos sensíveis e que poderão causar a invocação da Reserva da Ordem Pública Internacional, com o consequente afastamento da legislação estrangeira islâmica, ou de alguns de seus preceitos, tendo a Ordem Pública Internacional um efeito atenuado. Em relação ao divórcio, percebemos que hoje a figura do repúdio, quando já definitivo, não causa necessariamente um resultado intolerável em relação ao ordenamento jurídico português, porém o procedimento e a intervenção judicial são elementos essenciais para que o reconhecimento de seus efeitos, o que demonstra a relevância do Código da Família do Marrocos, perante o direito islâmico, uma vez que, na grande maioria dos Estados Islâmicos, a legislação é esparsa, e muitas vezes resulta somente da interpretação do Alcorão e da Suna²¹⁵, o que poderá causar o não reconhecimento das decisões proferidas por tais países²¹⁶. Por fim, em relação aos efeitos patrimoniais, concluímos que há uma dificuldade na qualificação de alguns de seus efeitos, principalmente aqueles que decorram de um acordo matrimonial, previsto pela Lei do Marrocos, e que é de suma importância para a

²¹⁴ CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional” in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, 2018, p. 153;

²¹⁵ Vide Acórdão n.º 1378/18.YRLSB-7 do Tribunal da Relação de Lisboa, estudado no capítulo 4;

²¹⁶ A ausência de intervenção estatal em países islâmicos não se restringe aos divórcios, mas em todos os aspectos relevantes da presente dissertação;

definição da lei aplicável, bem como da análise em segundo plano da Reserva da Ordem Pública Internacional.

Quanto às jurisprudências, é de fácil percepção de que os tribunais portugueses ainda não se debruçaram por completo sobre tais matérias, o que pode ser explicado em face do menor número de imigrantes muçulmanos em Portugal, quando comparado a nossa vizinha, Espanha, e à França. Não obstante tais fatos, as jurisprudências analisadas confirmam a problemática aqui analisada e comprovam que o resultado não depende, e nem pode depender, da aplicação da legislação ou não, mas de uma análise casuística e detalhada, e especialmente uma análise do resultado.

BIBLIOGRAFIA

AFILAL, Rachida. “Do Moudawana ao Código da Família: processos e conteúdos de uma reforma estratégica” in *Cadernos Pagu no.30*, Campinas, 2008. p. 121-135. Acessado em 30.04.2020, disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332008000100010&lng=pt&tlng=pt;

ALMEIDA, Rui Antônio Pereira de. *Interdependência e Segurança: uma década de relações entre Marrocos e a União Europeia*. 2012.

ÁLVAREZ, Santiago Pérez. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español” in *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, p. 183-223, 2008.

ÁLVAREZ, Santiago Pérez. “Orden publico europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional, Madrid, p. 146-181, 2015.

AN-NARĪM, Abdullahi Ahmed. *Toward na Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, New York, Syracuse University Press, 1996.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARNALDEZ, Roger. “La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques” in *Droit et religion*. Paris: Éditions Dallooz, 1993.

ARTHUR, Maria Jose, SILVA, Teresa Cruz e, SITOIE, Yolanda e MUSSA, Edson. *Lei da Família. Antecedentes e contextos da sua aprovação*, Outras vozes, nº. 35-36, p. 15-25, 2011. Acesso em 23.05.2020, disponível em <https://docplayer.com.br/136904773-O-longo-caminho-para-a-igualdade.html>;

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O direito – Introdução e teoria geral*, 13.ª Edição- Refundida, Almedina, 2005.

BARATTA, Roberto. “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales (volume 348)” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2011.

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASA, Tereza M. Estevez *Derecho Civil musulmán. Precedido de una introducción al advenimiento del Islam*. Ed. Depalma. Buenos Aires, p. 404-41, 1981.

BUCHER, Andréas. “L’Ordre Public e lê But Social des lois en Droit Internacional Privé”, Apud ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. ver. e atu. Coimbra: Almedina, 2010.

CAVERS, David F. “A critique of the choice-of-law problem” in *Harvard Law Review*, Vol. XLVII, nº2, p.173-208, 1933.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, vol. I - Introdução ao Direito Matrimonial*, - Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed., 2008.

CORREIA, António Ferrer. “Unidade do Estatuto Pessoal” in *Estudos Jurídicos III*, Coimbra, p. 101-130, 1970.

CORREIA, António Ferrer. *La reconnaissance et exécution des jugements étrangers*, Coimbra, 1971.

CORREIA, António Ferrer. “O Novo Direito Internacional Privado Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972.

CORREIA, António Ferrer. “Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, separata do BFD*, III, Coimbra, 1983.

CORREIA, António Ferrer. *Direito Internacional Privado. Alguns Problemas*, Coimbra, separata dos volumes LI, LII, LIII, LIV do BFDUC, 4.ª reimpr., Coimbra, 1996.

CORREIA, António Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra, Almedina, 2000.

CRESPO, Ana Marta. “Da fixação ou não de alimentos em sede de regulação das responsabilidades parentais quando nada se sabe das possibilidades do alimentante: breve abordagem jurisprudencial” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, n.11, ano 6, 2009.

CUNHA, Agostinho Paiva da. “Conhecer o Islão” in *Cadernos do IDN*, nº. 3, II Série, 2009.

DEPREZ, Jean. “Droit international privé et conflits de civilisations” in *R. Des C*, 2008.

DIAGO, Maria del Pilar Diago. *Concepción islâmica de la família y sus repercusiones em Derecho Internacional privado* in *Aequalitas*, p. 6-13, 2001.

Dignidade humana, igualdade e liberdade no islamismo, disponível em <https://parstoday.com/pt/radio/world-i21436->

[dignidade humana igualdade e liberdade no islamismo \(pelo motivo do dia dos direitos humanos isl%C3%A2micos\)](#), consultado em 08 de setembro de 2020.

DOLINGER, Jacob. "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws" in *Texas International Law Journal*, p. 167-193, 1982.

DOLINGER, Jacob. "Ordem Pública Mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado" in *Revista de Informação Legislativa*. ano 23, n. 90, Brasília, p. 205-232, 1986.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. 2ª ed. Atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993.

FERNANDES, L. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007.

GAERINER, Veronika. "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of Private International Law developments" in *Journal of Private International Law*, vol. 2, p. 99-136, 2006.

GARCÍA, Juan Simón Murelo. "Issues of Family Law in Spanish-Moroccan Relationships" in *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 3, nº. 13, 2012, p. 45; Cfr também os artigos 26 e 61 do Código da la Moudawana, em inglês, traduzido pela HREA _ Human Rights Education Associates, disponível em <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>.

GARETTO, Roberto, PASCUCCI, Frederico e SGUBIN, Elisa in RUGGERI, Lucia, KUNDA, Ivana e WINKLER, Sandra. "Family Property and Succession" in *EU Member States. National Reports on the Collected Data University of Rijeka*, faculty of Law, 2019. Acesso em 09.05.2020, disponível em https://www.euro-family.eu/documenti/news/psefs_e_book_compressed.pdf.

GARZON, María Dolores Cervilla. "Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain" in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 82, 2014, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRI MOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN.

GARZÓN, María Dolores Cervilla. "La aplicabilidade de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional" in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, p. 144-163, 2018.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica Ao Direito* - 2ª Edição, Lisboa, 1995.

GIULIANO, Mario. University of Milan, and LAGARDE, Paul. University of Paris I. *Official Journal of the European Communities* C 282 31.10.1980. Acesso em 24.03.2020, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1980:282:FULL&from=PT>.

JELLOUN, T. Ben. *La mujer en Marruecos*, disponível em https://www.mundoarabe.org/la_mujer_en_marruecos.htm.

KRUGER, Thalia e VERHELLEN, Jinske. "Dual Nationality Dual Trouble?" in *Journal of Prime International Law*, vol. 7, n.o 3, p. 601-626, 2011.

LEDUC, Ariane, RABY, Mélanie e SCOTT, Valérie. "Le mariage polygame et le droit international privé québécois dans une perspective de droit compare" in *Revue Québécoise de droit international*, volume 21-1, 2008.

PINHEIRO, Luis Lima. *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008.

PINHEIRO, Luis Lima. *Direito Internacional Privado*, vol. II – Direitos e conflitos. Parte Especial – 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

MACHADO, João Baptista. *Âmbito de Eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970.

MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 15.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2006.

MATAIJA, Mislav. "Internal Situations in Community Law: an Uncertain Safeguard of Competences Within the Internal Market" in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 5, 2009. Acesso em 29.09.2020, disponível em <https://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/89>;

MAYER, Pierre. *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien, 6ª ed., 1998.

MENDES, João de castro. *Direito da Família*, AAFDL, 1991.

MERVIN, Sabrina. *Histoire de l'islam: Fondements et doctrines*. Paris: Flammarion, 2001.

MILLIOT, Louis e BLANC, François Paul. *Introduction à l'étude du droit musulman*. Paris, Dalloz, 2001.

MOTA, Helena. “Algumas considerações sobre a autonomia da vontade conflitual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 305-330, 2003.

MOTA, Helena. “O regime de bens dos casamentos celebrados por portugueses no estrangeiro – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1.7.2003, Rec. 1943/03” in *Cadernos de Direito Privado*, nº. 11, p. 33-46, 2005.

MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho nº. 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina. p. 261-284, 2012.

MOTA, Helena. “O presente e o futuro das relações familiares internacionais no Direito da União Europeia” in *La famiglia nella società contemporanea*, p. 393-403, 2016.

MOTA, Helena. “A gestão de substituição no direito internacional privado português” in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida – Artigo em Livro de Atas de Conferência Internacional*, p.63-81, 2018.

MOTA, HELENA. *Casamento e patrimônios nas relações privadas internacionais*. Almedina, 2020.

NOIR-AISSAOUI, Karina. “The Current Debate on the Moroccan Family Code Mudawwanat al-Usra in Morocco” in *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* | Vol. 8, 2020.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PANSIER, Frédéric-Jérôme e GUELLATY, Karim. *Le droit musulman*. Paris, Ed. PUF, 2000.

PATRÃO, Afonso. “A autonomia conflitual dos plurinacionais no Regulamento 1259-2010, sobre lei aplicável ao Divórcio” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol3, p. 417-449, 2017.

PATRÃO, Afonso. “Ordem pública internacional e arbitragens submetidas a lei portuguesa - Acórdão do STJ de 26.9.2017”, Revista n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1 in *Cadernos de Direito Privado*, nº. 62, abril junho, 2018.

PIERUCCI, Antônio Flávio. “Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido” in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 13, 1998.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ªEd., Almedina, Coimbra, 2016.

PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico*. 2º ed. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009.

QUESADA, Juan Martos. "Derecho Islámico Y Derechos Europeos" in *Revista de ciências de las religiones*, Anejos, 2007. Acesso em 27.04.2020, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2572903>;

RAITERI, Marco. "Citizenship as a Connecting Factor in Private International Law for Family Matters" in *Journal of Private International Law*, vol. 10, n.2, 2014.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise geral das suas relações*, (reimp.), Coimbra, 1980.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

RAMOS, Rui Manuel Moura. "L'Ordre Public International en Droit Portugais" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, em francês, Vol.LXXIV, 1998.

RAMOS, Rui Manuel Moura. "Limites à aplicação das regras de direito português: a recepção do direito internacional convencional e a aplicação do direito estrangeiro e do direito comunitário" in PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, vol. I - Introdução ao Direito Matrimonial*, - Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed., 2008.

RAMOS, Rui Manuel Moura. "Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa" in *Estudos de Direito Portugues de Nacionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

RECHESTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCA, E. *Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio* in BORRÁS, A. Y MERNISSI, S. *El Islam jurídico y europa*, 1998.

RODRIGUEZ, Irene Blazquez. "Matrimonio celebrado por el rito islamico, certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado" in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, nº 2, p.382-399, 2015.

RODRIGUEZ, M. Ângulo. "Du Moment auquel il faut se placer pour apprecier l'ordre public international" in *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, p.369-399, 1972.

ROLOGNE, Jean-Claude. *História do Casamento no Ocidente*, tradução de Isabel Cardeal, Lisboa, Temas e Debates, 1999.

ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., 2013.

SAGHIR, Tijaniya. *Régimen jurídico del reconocimiento en marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero y de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio*, tese de doutorado apresentado na universidade de jaén facultad de ciencias sociales y jurídicas departamento de derecho público y derecho privado especial, sob a orientação de Gloria Esteban de la Rosa, 2013.

SALTER CID, N. *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*. Coimbra, Almedina, 1996.

SANTOS, António Marques do. *Direito Internacional Privado*. Sumários, Lisboa, AAFDL, 1987.

SANTOS, António Marques do. “Breves Considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, p. 51-128, 1998.

SANTOS, António Marques do. "A Aplicação do Direito Estrangeiro" in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Uma concepção multicultural de direitos humanos” in *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.º. 39, 1997.

SANTOS, Duarte. *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*. Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Nuno Ascensão. “Do Estatuto Pessoal – Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 Anos do Código Civil)” in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, v. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2006.

STORY, 1891 apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, Vol. 1. Parte geral, 2ª ed. São Paulo, RT, 1991; VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, Vol. I – Introdução e Parte geral*, 4ª ed. Ed. Freitas Bastos, 1974.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª ed., 1.º volume, Petrony, Lisboa, 1999.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, vol 1, Introdução e Parte Geral*. Coimbra, Almedina, 2008.

VIDAL, Ma. Dolores Ortiz. “El Repudio en el Código de Familia de Marruecos y la Aplicación del Derecho Marroquí en la UE” in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, p. 201-244, 2014.

VILELA, Álvaro da Costa Machado. *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1921 – 1922.

VON SAVIGNY, F. K. *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. VIII, 1849.

WOLKMER, Antônio Carlos. “Fundamentos do Direito na Cultura Islâmica” in *Islamismo e Humanismo Latino – Diálogos e Desafios*, Ed. Vozes, p. 223-235, 2004.

XAVIER, Rita Lobo, MARTINS, Rosa e VÍTOR TÁVORA, Paula. “Responsabilidades Parentais no século XXI” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, n. 10, ano 5, 2008.