

ATAS DO II COLÓQUIO LUSO-ITALIANO SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA

A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO MUNDO: ESTADO DA QUESTÃO
L'INTOLLERANZA RELIGIOSA NEL MONDO: LO STATUS QUAESTIONIS

Coordenação:

PAULO PULIDO ADRAGÃO

ANABELA COSTA LEÃO

TIAGO AZEVEDO RAMALHO

ATAS DO
II COLÓQUIO LUSO-ITALIANO SOBRE
LIBERDADE RELIGIOSA

A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO MUNDO: ESTADO DA QUESTÃO
L'INTOLLERANZA RELIGIOSA NEL MONDO: LO STATUS QUAESTIONIS

Coordenação:

PAULO PULIDO ADRAGÃO

ANABELA COSTA LEÃO

TIAGO AZEVEDO RAMALHO

Edição:

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

<https://sigarra.up.pt/fdup>

Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto

Dezembro de 2017

ISBN: 978-989-746-139-2

Edição Executiva:

OH! Multimedia

mail@oh-multimedia.com

Copyright © 2017

Todos os direitos reservados. Não é permitida qualquer reprodução ou retroversão, total ou parcial, desta obra sem prévia autorização escrita do Editor.

Sugestão de citação

Paulo Pulido Adragão, Anabela Costa Leão, Tiago Azevedo Ramalho (coord.), Atas do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa - A intolerância religiosa no mundo: estado da questão, Porto, FDUP, 2017.

Nota do Editor

O conteúdo desta publicação é da responsabilidade dos autores. Nem a FDUP, nem qualquer pessoa agindo em seu nome são responsáveis pelo uso que possa ser feito da informação contida nesta publicação. A FDUP não é responsável pelas hiperligações referidas nesta publicação.

ÍNDICE

PRÓLOGO

(pag. 5) ►

PROGRAMA

(pag. 6) ►

LIVRO DE RESUMOS/SUMÁRIOS

(pag. 8) ►

CONTRIBUTOS

A Universidade Portuguesa como Espaço de Reflexão sobre a Liberdade Religiosa

Pedro Teixeira

(pag. 28) ►

Religiões na escola pública

André Folque

(pag. 32) ►

Il principio di non discriminazione e la libertà religiosa nei rapporti di lavoro: il difficile bilanciamento tra esigenze del singolo ed esigenze della confessione religiosa

Andrea Bettetini

(pag. 38) ►

O aumento da litigância contra entidades eclesíásticas e o seu impacto sobre a liberdade religiosa

Davide Argiolas

(pag. 49) ►

Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa – os desafios postos à prática judicial

Patrícia Jerónimo

(pag. 59) ►

Le politiche di interazione di fronte alle nuove forme di estremismo religioso. Profili giuridici

Roberto Mazzola

(pag. 101) ►

O Direito como mundividência fundamental

Tiago Azevedo Ramalho

(pag. 110) ►

L'intolleranza come tentazione. L'eredità del passato e irrischi del futuro: i difficili transiti del diritto canonico

Andrea Zanotti

(pag. 119) ►

A liberdade religiosa no mundo em 2014

Catarina Martins Bettencourt

(pag. 124) ►

Algumas reflexões conclusivas a propósito do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa

Anabela Costa Leão

(pag. 130) ►

Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa – os desafios postos à prática judicial

Patrícia Jerónimo¹

A integração dos imigrantes muçulmanos e dos seus descendentes constitui um dos maiores desafios enfrentados pelas sociedades europeias contemporâneas e tem estado em primeiro plano nos debates políticos e académicos sobre coesão social e multiculturalismo. Os recentes ataques terroristas ocorridos em Paris e em Bruxelas e a aparente facilidade com que jovens muçulmanos europeus estão a ser recrutados pelo autodenominado Estado Islâmico apenas vieram reforçar a perceção há muito generalizada de que os muçulmanos nunca quererão ou poderão integrar-se nas sociedades dos Estados europeus em que residem e de que a sua presença entre nós é uma ameaça para a sobrevivência dos nossos valores e do nosso modo de vida. Os sentimentos anti-islâmicos estão amplamente disseminados e o seu capital político tem vindo a ser aproveitado por partidos à direita e à esquerda do espectro ideológico. A forma como a receção de refugiados sírios e iraquianos tem sido discutida nos últimos meses, por líderes políticos e nos meios de comunicação social, atesta-o à saciedade, fazendo temer um recrudescimento das manifestações de intolerância contra os muçulmanos na Europa.

A discriminação contra os muçulmanos tem sido uma preocupação recorrente para as organizações de defesa dos direitos humanos desde setembro de 2001 e está bem documentada². Apesar de a discriminação enfrentada pelos muçulmanos na Europa ser o resultado do cruzamento de múltiplos fatores simultâneos (raça, etnia, nacionalidade), a religião desempenha um papel fundamental. O Islão é geralmente visto como uma força retrógrada, inimiga da democracia e dos direitos humanos – um estereótipo que tanto pode ser encontrado no discurso político e mediático, como na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³. Nos velhos e nos novos Estados de imigração, a incom-

1 Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho.

2 Cf., entre outros, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, *Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia*, 2006; European Union Agency for Fundamental Rights, *Data in Focus Report: Muslims*, 2009; Amnesty International, *Choice and Prejudice: Discrimination against Muslims in Europe*, 2012.

3 Considerem-se, por exemplo, os acórdãos proferidos nos processos *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (13.02.2003); *Gündüz v. Turkey* (04.12.2003); *Dahlab v. Switzerland* (15.02.2001); *Leyla Şahin v. Turkey* (10.11.2005). Cf., igualmente, P. JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: a censura do ‘Islão visível’ – os minaretes e o véu – e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”,

patibilidade do Islão com os valores europeus é usada como argumento contra políticas de integração multiculturais e contra a acomodação⁴ das reivindicações das minorias islâmicas, mesmo quando estas são enunciadas em termos universalistas, por referência a padrões internacionais e/ou constitucionais de direitos humanos, como acontece num cada vez maior número de casos⁵.

É certo que os muçulmanos europeus têm conseguido tirar proveito das garantias constitucionais existentes nos Estados em que residem, incluindo os princípios da igualdade e da separação entre o Estado e a Igreja, a liberdade de religião ou crença e o direito a proteção contra discriminação baseada na religião ou crença. Ainda que com variações entre Estados europeus, tem sido permitido aos muçulmanos criar as suas instituições próprias (mesquitas, escolas religiosas, agências noticiosas) e nomear ministros de culto para hospitais, estabelecimentos prisionais e forças armadas. A pouco e pouco, o ensino da religião islâmica começou a ser introduzido nas escolas públicas. Os muçulmanos têm também sido, de um modo geral, bem-sucedidos em obter a acomodação de práticas baseadas na tradição religiosa, como regras de vestuário, regras alimentares, regras sobre o abate ritual de animais e rituais fúnebres. Não raro, as conquistas resultaram simplesmente do alargamento aos muçulmanos de direitos já reconhecidos a outros grupos religiosos⁶. Muitas destas conquistas foram alcançadas através de pressão junto dos decisores políticos, mas há também muitos casos em que foi necessária a intervenção dos tribunais⁷. Seja como for, apesar de todos os avanços no sentido da igualdade face às religiões dominantes, a possibilidade de os muçulmanos expressarem a sua fé não é, de modo nenhum, um dado adquirido na Europa⁸. Como observado pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em 2013, a propósito do referendo que proibiu a construção de

in P. P. Adragão (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 85-130; W. C. DURHAM *et al.* (eds.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Farnham, Ashgate, 2012.

4 Acompanhando Roger Ballard *et al.*, usamos o termo *acomodação* para designar o conjunto de práticas através das quais os sistemas jurídicos e os seus atores se mostram sensíveis, tomam em consideração ou abrem espaço para valores e entendimentos diferentes dos seus. Pode envolver as mais diversas medidas, desde a adoção de legislação que autorize ou reconheça práticas minoritárias até à formação dos operadores judiciários para aumentar as suas competências interculturais, passando pela procura de soluções criativas em tribunal. Cf. R. BALLARD *et al.*, "Cultural diversity: Challenge and accommodation", in R. Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 20.

5 Cf. J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, European Commission DG Justice and Home Affairs, 2004, pp. 4-5 e 15.

6 Cf., entre outros, J. RATH *et al.*, "Making space for Islam in the Netherlands", in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, pp. 159 e 174-175.

7 Valérie Amiraux fala, a este respeito, na emergência de uma dupla dinâmica de juridicização e judicialização, para sublinhar o facto de, cada vez mais, os muçulmanos recorrerem aos tribunais (e a instrumentos jurídicos, como as leis anti-discriminação) para defender os seus interesses e direitos. Cf. V. AMIRAUX, "Discrimination and claims for equal rights amongst Muslims in Europe", in J. Cesari e S. McLoughlin (eds.), *European Muslims and the Secular State*, Londres, Ashgate, 2005, pp. 25, 34 e 36.

8 Cf. F. J. BUIJS e J. RATH, "Muslims in Europe: The state of research", *IMISCOE Working Paper*, n.º 7, 2006, pp. 2 e 23.

minaretes na Suíça, o facto de ser geralmente aceite que as comunidades religiosas são mais bem protegidas na Europa do que em África, na Ásia e no Médio Oriente não pode fazer-nos perder de vista que, também na Europa, continuam a verificar-se manifestações de intolerância e entraves à efetivação dos direitos à liberdade de religião e à não discriminação com base na religião⁹, sendo manifesto que aqui os muçulmanos estão entre os mais afetados¹⁰.

Pode argumentar-se que a acomodação das pretensões dos muçulmanos a viverem de acordo com princípios e regras ditados pela sua religião se justifica em nome do respeito pela autonomia individual e tem benefícios para a coesão social, na medida em que contribui para que os muçulmanos se identifiquem com as instituições políticas e jurídicas dos Estados em que residem¹¹. Largos sectores das sociedades europeias tendem, no entanto, a ver estas reivindicações como um sinal inequívoco de que os imigrantes muçulmanos e os seus descendentes não estão dispostos a integrar-se e querem, na verdade, abusar do sistema, fazendo exigências irrazoáveis aos Estados¹². Nos últimos anos, esta imagem de insolente autoexclusão tem vindo a agravar-se e a ser associada ao risco de uma islamização dos sistemas jurídicos europeus, fruto da crescente atenção dispensada ao funcionamento de instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos baseadas na Lei islâmica (*Sharia*) e ao reconhecimento de conceitos e institutos de Direito islâmico (*talaq/repúdio*, *mahr/dote*, poligamia, *kafala/guarda de menor*, etc.) pelos próprios tribunais estaduais, um pouco por toda a Europa¹³.

Duas preocupações associadas à presença islâmica na Europa – discriminação contra os muçulmanos e islamização dos sistemas jurídicos europeus – acabam, deste modo, por cruzar-se na prática judicial. Os tribunais estaduais europeus são, com cada vez maior frequência, chamados a arbitrar conflitos jurídicos e culturais entre a lei do Estado e as normas éticas, religiosas e jurídicas de grupos minoritários¹⁴, num quadro de crescente

9 Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1928 (2013), *Safeguarding human rights in relation to religion and belief, and protecting religious communities from violence*, § 8, texto disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19695&lang=en> [29.08.2015]. Para uma conclusão de idêntico sentido, cf., ainda, AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, 2013, texto disponível em http://www.religareproject.eu/system/files/RELIGARE-%20Summary%20Report_0.pdf [07.03.2016], p. 3.

10 Cf. V. AMIRAUX, “Discrimination and claims for equal rights...”, *op. cit.*, p. 26.

11 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2009/29, pp. 1, 5, 9-12 e 18.

12 Cf. T. MODOOD, A. TRIANDAFYLLIDOU e R. ZAPATA-BARRERO (eds.), *Multiculturalism, Muslims and Citizenship: A European Approach*, Oxon, Routledge, 2006, p. 3; J. CESARI, “Islamic minorities’ rights in Europe and in the USA”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 25.

13 Esta atenção ao potencial impacto da presença islâmica na Europa sobre a prática dos tribunais pode explicar-se pelo facto de o Islão ser uma religião jurídica, ou seja, uma religião em que o Direito é parte integrante do edifício teológico. Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 16.

14 Cf. M.-C. FOGLETS e B. DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, in B.

pluralismo jurídico e interjuridicidade¹⁵. Não raro, estes conflitos envolvem muçulmanos que, em juízo, pedem a dispensa do cumprimento de disposições da lei estadual, com fundamento em imperativos religiosos, ou o reconhecimento de situações jurídicas (casamento, divórcio, etc.) constituídas ao abrigo da Lei islâmica ou de leis estrangeiras fundadas na *Sharia*¹⁶. O papel desempenhado pelos tribunais é aqui da maior importância, seja nos casos em que não existe ainda uma pronúncia clara sobre a matéria por parte do legislador, seja nos casos em que, havendo uma tal pronúncia, esta tenha ocorrido sob pressão populista e a justiça do caso concreto requeira que os preceitos legais sejam aplicados com “sabedoria e ponderação”¹⁷. Um estudo recente, realizado a solicitação do Parlamento Europeu, concluiu que os tribunais estão mais bem posicionados do que o legislador para encontrar acomodações razoáveis entre as necessidades religiosas de certos grupos e outros interesses concorrentes, numa base estritamente casuística¹⁸. Cada vez mais, se queremos saber qual o real estatuto jurídico dos muçulmanos num dado Estado europeu e o lugar ocupado por institutos jurídicos islâmicos no sistema jurídico desse Estado, torna-se necessário observar a prática dos seus tribunais.

Não surpreende, por isso, que a prática judicial relacionada com a presença islâmica na Europa se tenha convertido, nos últimos anos, num tópico preferido de investigação. Os estudos feitos até ao momento incidem sobretudo em questões de Direito da Família e refletem uma prática judicial propensa a soluções *ad hoc* e a decisões e fundamentações muito variadas, inclusive dentro de uma mesma jurisdição nacional. Um inventário sistemático de decisões judiciais que envolvam litigantes muçulmanos está ainda por fazer na esmagadora maioria dos Estados europeus¹⁹, mas afigura-se necessário para que possamos ter uma ideia mais clara sobre quais os reais desafios jurídicos com que os tribunais se deparam ao decidir litígios envolvendo muçulmanos. Seria interessante mapear, por exemplo, a frequência com que as reivindicações fundadas em motivos religiosos são fei-

Dupret, M. Berger e L. al-Zwaini (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 57-71.

15 Continuando a acompanhar Ballard *et al.*, podemos definir interjuridicidade (*interlegality*) como o processo através do qual a interação e a influência recíproca entre diferentes sistemas jurídicos ou entidades sociais dão origem a regimes jurídicos novos. Segundo os autores, este processo pode ser observado nos tribunais estaduais europeus, aos mais diversos níveis, todos os dias, ainda que com variações consoante as circunstâncias. Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 23.

16 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19.

17 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases and religious diversity: What can judges do?”, in *RELIGARE Working Paper*, n.º 10, 2013, p. 16.

18 Cf. AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, European Parliament Directorate General for Internal Policies, Policy Department C Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, 2013, p. 19.

19 Uma exceção digna de nota é o trabalho desenvolvido por Susan Rutten, da Universidade de Maastricht, sobre a jurisprudência dos tribunais holandeses. Cf. S. RUTTEN, *Muslims in de Nederlandersrechtspraak*, Kampen, Uitgeversmaatschppij J.H. Kok, 1988. Cf., igualmente, o levantamento de jurisprudência feito periodicamente pela mesma autora para o anuário *Recht van de Islam*.

tas perante os tribunais e quantas destas reivindicações são consideradas relevantes; os casos em que a igualdade e a não discriminação são parte da argumentação do tribunal; e os casos em que a acomodação de conceitos jurídicos islâmicos é diretamente discutida pelo tribunal. A análise da jurisprudência permitirá avaliar, entre outros aspetos, se os tribunais privilegiam uma leitura formalista ou substantiva do princípio da igualdade e se são coerentes na sua interpretação; se usam o conceito de discriminação indireta; qual o peso dado ao princípio da igualdade de género quando decidem se devem ou não acomodar pretensões fundadas na religião ou incorporar conceitos jurídicos islâmicos; e, em geral, de que modo é que os tribunais resolvem a tensão entre igualdade e liberdade de religião ou crença, onde esta ocorra.

O presente trabalho não pretende levar a cabo um tal inventário, apesar de incluir uma resenha de decisões de tribunais superiores portugueses. Esse é projeto a desenvolver num futuro próximo. Com este texto, propomo-nos sobretudo dar conta do estado do tratamento do tema na Europa e atentar nas dificuldades que resultam para a prática judicial do facto de os juízes e demais operadores jurídicos estarem frequentemente mal preparados para comunicar em contextos interculturais e para interpretar argumentos e normas retirados de outras tradições jurídicas.

1. O Direito islâmico enquanto “ordem jurídica minoritária” na Europa

À semelhança do que acontece com a maioria dos migrantes internacionais nestes tempos de globalização, os imigrantes muçulmanos na Europa não orientam as suas vidas exclusivamente para os seus países de residência, mas vivem de modo transnacional, mantendo permanentemente relações com os seus países de origem e com diásporas internacionais um pouco por todo o mundo²⁰, o que facilita a manutenção dos seus referentes culturais próprios e a formação de identidades híbridas. Os meios de comunicação hoje disponíveis permitem o contacto com líderes religiosos no mundo muçulmano e o esclarecimento de dúvidas sobre a aplicação da *Sharia* às situações da vida quotidiana na Europa, indo ao encontro da necessidade sentida por muitos muçulmanos na diáspora de obterem uma “legitimação islâmica” para todos os aspetos das suas vidas²¹. Fala-se

20 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, *op. cit.*, p. 9; J. BOWEN, “Multiple adaptations: Islam in three worlds”, in AAVV, *Islam & Europe: Challenges and Opportunities*, Leuven, Leuven University Press, 2008, pp. 22-23; S. A. SOFOS e R. TSAGAROUSIANOU, *Islam in Europe: Public Spaces and Civic Networks*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2013, pp. 3-4 e 93-115.

21 Cf. M. BERGER, “Buying houses, donating organs and fighting wars – the changing role of *muftis*”, in *Recht van de Islam*, n.º 25, 2011, p. 27. Está bem de ver que esta necessidade não é partilhada por todos os indivíduos nascidos em famílias muçulmanas. Há também indivíduos que assumem posições extremamente críticas face ao Islão e defendem uma plena assimilação dos valores seculares do Estado de residência. Para uma tipologia das atitudes adotadas pelos muçulmanos na diáspora, que vai desde a indiferença até ao compromisso cívico com as sociedades de acolhimento, cf. M. ROHE, “Islam and the democratic state under the rule of law – and never the

mesmo no desenvolvimento de um “*Fiqh* minoritário”, ou seja, de uma ciência do Direito islâmico especialmente concebida para orientar os muçulmanos que vivam como minoria religiosa na Europa e noutros lugares do mundo²². Nos últimos anos, cresceu exponencialmente a procura dos *cyber-muftis*, estudiosos dos textos religiosos islâmicos que, a partir de *sites* da internet, emitem pareceres (*fatwas*) sobre os mais diversos assuntos, desde questões morais relacionadas com a sexualidade até questões aparentemente prosaicas como a de saber se a Lei islâmica permite que os fiéis trabalhem na McDonalds (onde é servida carne de porco) ou se a Coca-Cola é *halal*²³. À medida que as comunidades muçulmanas se radicam no território dos Estados europeus, surgem também, em torno das mesquitas locais, estruturas destinadas a dar resposta às necessidades dos fiéis, incluindo a mediação e a resolução dos conflitos intracomunitários²⁴.

Neste contexto, não é de estranhar que muitos imigrantes muçulmanos continuem a seguir, nas suas relações de Direito privado, normas éticas e jurídicas²⁵ que resultam da sua interpretação da *Sharia* e de princípios éticos gerais derivados da cultura religiosa islâmica²⁶. Isso reflete-se, desde logo, no facto de manterem, na Europa, as mesmas estruturas de vida familiar que são comuns nos seus países de origem²⁷ e de procurarem

twain shall meet?”, in M.-C. Foblets e J.-Y. Carlier (eds.), *Islam & Europe: Crises and Challenges*, Leuven, Leuven University Press, 2010, pp. 222-230.

22 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, pp. 3 e 16. Digno de nota é, a este respeito, o trabalho que tem vindo a ser desenvolvido, desde 1997, pelo Conselho Europeu para *Fatwa* e Investigação (*European Council for Fatwa and Research*), sediado em Dublin. Cf., também, J. BOWEN, “Multiple adaptations: Islam in three worlds”, *op. cit.*, p. 27.

23 Cf. M. BERGER, “Buying houses, donating organs...”, *op. cit.*, pp. 19-23.

24 Como os muito controversos conselhos da *Sharia* do Reino Unido, que começaram a surgir no início da década de 1980. Os conselhos da *Sharia* não são reconhecidos oficialmente, mas as decisões que profiram enquanto tribunais arbitrais, ao abrigo das regras legais aplicáveis em matéria de arbitragem, são formalmente aceites pelo Direito estadual. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012, p. 17; M. ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe under the auspices of religious norms”, in *RELIGARE Working Paper*, n.º 6, 2011, pp. 5-6; P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws in western liberal states”, in *Women Living under Muslim Laws*, dossier 27, 2005, p. 74; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, pp. 38-42.

25 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, p. 1. Maleiha Malik usa deliberadamente a expressão “normas éticas e jurídicas islâmicas” (*Muslim legal and ethical norms*), em vez de *Sharia* ou Direito islâmico, para sublinhar que as reivindicações feitas pelos muçulmanos na Europa não incluem o reconhecimento do Direito islâmico como um sistema jurídico paralelo ao Direito estadual e que a acomodação dessas reivindicações deve ser feita em conformidade com os quadros constitucionais dos Estados europeus de acolhimento (p. 2), um aspeto a que regressaremos *infra*.

26 Religião e cultura confundem-se frequentemente nas discussões sobre o Islão. Sívio Ferrari observa, por exemplo, que os muçulmanos partilham uma cultura, uma conceção de vida que está profundamente enraizada na fé islâmica. Cf. S. FERRARI, “Islam in Europe: An introduction to legal problems and perspectives”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 1. Esta associação entre religião e cultura envolve o risco de uma etnicização/essencialização do Islão, pelo que só será aceitável se não perdermos de vista o carácter contestado dos conceitos de *religião* e *cultura*, nem a grande diversidade étnica e cultural albergada pelo dito “mundo muçulmano” e refletida nas comunidades muçulmanas da diáspora.

27 Como nota Maarit Jänterä-Jareborg, é irrealista esperar que as famílias muçulmanas na diáspora possam ou tenham interesse em abandonar os seus referentes culturais em matéria de relações familiares. Estas famílias não são impermeáveis a influências externas, mas há bons indicadores de que os sentimentos religiosos, os costumes

superar os diferendos surgidos no seio da família através do recurso a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos baseados na *Sharia*²⁸. A influência das normas éticas e jurídicas islâmicas não se resume sequer ao domínio das relações familiares, sendo cada vez mais notória ao nível dos contratos, das sucessões e dos instrumentos financeiros. Referindo-se à experiência britânica, Maleiha Malik dá-nos conta de que instituições financeiras como o grupo HSBC estão a desenvolver produtos financeiros baseados em princípios da *Sharia* e oferecem, por exemplo, “hipotecas islâmicas”, respeitadoras da disposição corânica que proíbe a cobrança de juros²⁹. É também cada vez mais comum no Reino Unido o recurso à arbitragem religiosa islâmica para resolver diferendos entre comerciantes, não apenas por razões de fé, mas porque esta é considerada mais económica e mais eficiente do que os tribunais estaduais³⁰.

Este apego às normas éticas e jurídicas islâmicas – e o recurso a meios extrajudiciais de resolução de conflitos baseados nessas regras – não significa, no entanto, que os muçulmanos estejam em permanente conflito com a lei do Estado em que residem. Um aspeto que tem sido apontado por vários autores é o de que, enquanto membros de uma minoria, os muçulmanos estão obrigados por princípios islâmicos a obedecer ao Direito do seu Estado europeu de residência, do mesmo modo que se espera dos *dhimmis* (não muçulmanos beneficiários de proteção estadual) que respeitem o Direito vigente nos Estados de maioria islâmica em que se encontrem³¹. Ainda que não prescindam de manter

e as tradições saem frequentemente reforçados pela experiência de vida na diáspora. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 8.

28 Cf. M. ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe...”, *op. cit.*, pp. 1-4. Em vários países europeus, tem vindo a assistir-se a uma viragem significativa para o tratamento de assuntos familiares através de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos fundados na *Sharia*, o que, segundo Rohe, pode explicar-se por vários motivos: a) o interesse das partes em assegurar a confidencialidade do procedimento e em ver a questão resolvida por pessoas da sua confiança; b) o interesse das partes em criar relações jurídicas reconhecidas não apenas no Estado de residência, mas também no Estado de origem; c) a impossibilidade de recorrer a tribunais estaduais para decretar a dissolução de casamentos religiosos informais, celebrados desse modo por falta dos documentos necessários; d) o não reconhecimento, por parte de alguns muçulmanos, de autoridade às instituições seculares do Estado de residência para decidir disputas entre muçulmanos; e) a convicção, por parte de alguns muçulmanos, de que devem obediência à lei do Estado de origem e o desconhecimento de que estão obrigados a respeitar a lei do Estado de residência sob pena de os seus atos não terem qualquer força ou efeito jurídico; e f) a desconfiança face às instituições do Estado de residência, provocada pela falta de sensibilidade cultural que estas, não raro, demonstram na interação com os muçulmanos.

29 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 10. Semelhantes respostas podem verificar-se da parte dos bancos alemães e suíços. Cf. M. ROHE, “The legal treatment of Muslims in Germany”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 103.

30 Segundo Maleiha Malik, a eficiência dos tribunais arbitrais muçulmanos neste domínio é de tal modo reconhecida que estes são procurados mesmo por comerciantes não muçulmanos. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 10.

31 Cf., entre outros, H. ANSARI, “The legal status of Muslims in the UK”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 285; R. PETERS, “The polder mujahidin: The radicalization of young Dutch Muslims”, in AAVV, *Islam & Europe: Challenges and Opportunities*, Leuven, Leuven University Press, 2008, pp. 55-56; M. ROHE, “Islam and the democratic state under the rule of law...”, *op. cit.*, pp. 225-226; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, p. 40. Isto não obsta, no entanto, a que alguns Estados de origem exijam dos seus nacionais que obedeçam plenamente à sua legislação, em detrimento

e reproduzir os seus valores culturais próprios, os muçulmanos europeus têm procurado criar raízes na Europa, adaptando as suas comunidades aos novos contextos sociais, num esforço que inevitavelmente envolve processos complexos de negociação identitária, construção social e “tradução cultural”³². Como nos diz Werner Menski, não raro, os muçulmanos na diáspora revelam-se “hábeis navegadores culturais”, combinando as expectativas dos sistemas jurídicos dos seus Estados de residência com o entendimento culturalmente específico que façam da *Sharia*³³. Desta combinação resultam quadros normativos híbridos, cuja disseminação e grande complexidade os juristas europeus só agora começam a alcançar³⁴.

Maleiha Malik fala, a este respeito, em “ordens jurídicas minoritárias” (*minority legal orders*), para designar os sistemas normativos e institucionais de que todas as minorias étnicas e religiosas (ciganos, muçulmanos, hindus, Sikh, etc.) dispõem, ainda que com diferentes graus de desenvolvimento, e que operam, há muito, por toda a Europa³⁵. O adjetivo *minoritárias* é usado para sublinhar a subordinação destas ordens jurídicas ao Direito estadual, que continua a ser o sistema jurídico soberano, apesar de os valores e os padrões de comportamento favorecidos por estas formas de regulação social poderem assumir, aos olhos dos membros dos grupos minoritários, maior legitimidade e autoridade do que aquele Direito. Contrariando imagens recorrentes no debate político e nos meios de comunicação social, Maleiha Malik afasta a ideia de que estejamos perante sistemas jurídicos paralelos ou “Estados dentro do Estado” e, no que respeita especificamente às ordens jurídicas minoritárias fundadas na *Sharia*, de que os muçulmanos pretendam im-

da legislação do Estado de residência, ao ponto de algumas embaixadas exercerem, sem a autorização do Estado acreditador, poderes de jurisdição sobre os respetivos nacionais em matérias relacionadas com o Direito da Família, incluindo a celebração de casamentos e a certificação de divórcios. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 5-6.

32 Cf. S. A. SOFOS e R. TSAGAROUSIANOU, *Islam in Europe...*, *op. cit.*, p. 3. Como observam Jocelyne Césari *et al.*, a tendência dominante é a de adaptação e “bricolagem”. Cf. J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, pp. 4, 13-15, 17-19 e 47-48.

33 Cf. W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 63-65. Estudos recentes sugerem, no entanto, que os muçulmanos, mais do que outras minorias religiosas formadas pela imigração, mostram dificuldades em conciliar o respeito pela lei (secular) do Estado em que residem com o respeito pela legislação (religiosamente fundada) do seu país de origem, que aos seus olhos tem frequentemente maior legitimidade. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19. Também não pode ser desvalorizada a manifesta influência de discursos islamistas radicais sobre jovens muçulmanos europeus, que já vem a ser observada há mais de uma década e que hoje é discutida sobretudo a propósito do recrutamento de jovens europeus pelo chamado “Estado Islâmico”.

34 Cf., e.g., E. GIUNCHI, “Muslim family law and legal practice in the West: An introduction”, in E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2014, pp. 6-7; J. CESARI, “Islamic minorities’ rights in Europe and in the USA”, *op. cit.*, p. 17; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 4; R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, *op. cit.*, p. 11.

35 Uma *ordem jurídica minoritária* pressupõe dois elementos: normas culturais ou religiosas distintas das da maioria da população, percebidas pelos membros do grupo minoritário como sendo Direito, e um sistema institucional próprio para a identificação, interpretação e aplicação dessas normas. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4-5, 14, 18-19, 23-24.

por unilateralmente os seus valores e normas à generalidade da população do Estado europeu em que residem³⁶. Estudos empíricos recentes parecem confirmar esta leitura, ao revelar que os membros dos conselhos da *Sharia* e outros “tribunais religiosos” no Reino Unido não contestam a supremacia do Direito estadual e até incentivam ativamente os membros das respetivas comunidades ao cumprimento deste Direito³⁷.

O que é certo é que o Estado não controla os padrões normativos de conduta de todos os indivíduos e grupos sob sua jurisdição e que sempre existirão áreas da vida social em que sistemas normativos não oficiais concorrerão e interagirão com o Direito estadual sob a forma de ordens jurídicas minoritárias³⁸. Em todo o mundo ocidental, os juristas têm-se debatido com a questão de saber qual será o melhor modo de responder à existência destas formas não oficiais de Direito³⁹. As respostas avançadas vão desde a rejeição total até à oficialização sem freios, mas, qualquer que seja a solução adotada, não podemos já ignorar o pluralismo jurídico resultante da coexistência entre diferentes culturas e tradições jurídicas num mesmo Estado. Não existem sistemas jurídicos e culturais claramente demarcados; as próprias ordens jurídicas minoritárias albergam um grande número de diferentes tradições. A coexistência da diversidade desencadeia inevitavelmente processos de hibridização, pelo que nenhum sistema jurídico consegue permanecer estático ou incólume a influências externas⁴⁰. A interjuridicidade é hoje um facto e não depende do reconhecimento oficial das ordens jurídicas minoritárias para se manifestar. Mesmo que o Estado ignore completamente as ordens jurídicas minoritárias

36 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4-5, 9-11, 18 e 21-24. Esta ideia de que as ordens jurídicas minoritárias não constituem uma alternativa ao Direito estadual está também subentendida no modelo de *jurisdições complementares* avançado pelo Arcebispo da Cantuária, Rowan Williams, em 2008, com o seu muito controverso discurso “Civil and religious law in England: a religious perspective”, em que cogitou a possibilidade de o Estado delegar algumas funções jurídicas nos tribunais religiosos das comunidades muçulmanas e judaicas ortodoxas presentes em Inglaterra. Sobre o tema, cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, Braga, ELSA UMINHO, 2015, pp. 46-47; R. GRIFFITH-JONES (ed.), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari’a*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; P. SHAH, “Transforming to accommodate? Reflections on the Shari’a debate in Britain”, in R. Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 73-88.

37 Essa a conclusão a que chegaram Russell Sandberg e a sua equipa, ao estudarem o funcionamento de três tribunais religiosos – o *Beth Din* de Londres, o Tribunal Nacional Católico para o País de Gales e o Conselho da *Sharia* da Mesquita Central de Birmingham. Cf. R. SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals: ‘joint governance’ in practice”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 18-19 e 22-23.

38 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 24-25; P. SHAH, “Shadow boxing with community practices: A response to Eekelaar”, in M. Maclean e J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 52. Como nota Mathias Rohe, a propósito das “normas jurídicas islâmicas”, a menos (e até) que as autoridades estaduais sejam chamadas a intervir por uma das partes no litígio, o Estado não tem qualquer controlo sobre os modos informais de aplicação destas normas à resolução de conflitos intracomunitários. Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, in R. Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 96.

39 Cf. P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Farnham, Ashgate, 2010, p. 149.

40 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 26; E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 11.

ou tente combatê-las ativamente, os processos de influência recíproca entre ordens jurídicas continuarão a acontecer e a desafiar as pretensões centralizadoras e uniformizadoras do Direito estadual⁴¹.

Importa ter presente que o pluralismo jurídico intraestadual não constitui uma novidade, nem sequer é sempre visto como problemático. As concepções estatistas e positivistas que dominaram o pensamento jurídico ocidental dos dois últimos séculos estão hoje largamente ultrapassadas, não parecendo haver dúvidas de que o Estado não detém o monopólio da produção normativa e de que, no quadro de uma mesma ordem jurídica estadual, coexistem sistemas normativos de diferentes origens, desde os Direitos locais até aos Direitos supraestaduais⁴². Não é difícil compreender, no entanto, que, quando confrontados com a miríade de tradições jurídicas não ocidentais que reivindicam reconhecimento, os juristas ocidentais se sintam tentados a escudar-se na imposição de um quadro homogéneo de valores e práticas refletido no Direito estadual e aplicado a todos sem discriminação ou atenção à diferença⁴³. Esta reação é muito comum, podendo observar-se na frequente negação de que os valores e as normas trazidos pelos imigrantes sejam verdadeiro Direito⁴⁴ e nas recentes tentativas de proibir o recurso à arbitragem baseada na *Sharia*⁴⁵. É, no entanto, duvidoso que seja uma forma realista de lidar com o problema⁴⁶.

Como explica Maleiha Malik, proibir as ordens jurídicas minoritárias será sempre um exercício vão, atenta a força que estas ordens normativas têm na vida quotidiana dos indivíduos, e afigura-se também um objetivo muito problemático à luz dos próprios valores estruturantes das democracias liberais europeias, atentas as restrições que implica para a autonomia dos indivíduos⁴⁷. Os compromissos internacionais e constitucionais assumidos pelos Estados europeus em matéria de direitos humanos impedem-nos de adotar medidas que conduzam à exclusão ou discriminação contra grupos minoritários e abrem espa-

41 Cf. A. J. HOEKEMA, "Does the Dutch judiciary pluralize domestic law?", in R. Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 178 e 192; E. GIUNCHI, "Muslim family law...", *op. cit.*, p. 11.

42 Cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 42.

43 Cf. R. BALLARD *et al.*, "Cultural diversity...", *op. cit.*, pp. 11-12 e 25.

44 Para uma análise crítica deste escapismo dos juristas ocidentais, cf. W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, pp. 60-65.

45 Considere-se, designadamente, a proposta submetida ao Parlamento britânico, pela Baronesa Cox, em junho de 2015, sob o título "Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill", que se encontra em apreciação pela Câmara dos Comuns, em março de 2016. A proposta visa impedir o uso por tribunais arbitrais de normas discriminatórias em razão do género e dá como exemplos de normas desse tipo preceitos comumente associados à *Sharia*, como a distinção entre homens e mulheres para efeitos sucessórios e para efeitos de prestação de testemunho em tribunal. O texto da proposta, bem como o andamento do procedimento legislativo, pode ser consultado em <http://services.parliament.uk/bills/2015-16/arbitrationandmediationservicesequality.html> [21.03.2016].

46 Cf. R. BALLARD *et al.*, "Cultural diversity...", *op. cit.*, p. 25.

47 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 6 e 33-34.

ço a que as minorias reivindiquem a acomodação de algumas das suas práticas culturais ou religiosas, incluindo práticas impostas pelo que as comunidades minoritárias consideram ser o seu Direito⁴⁸. Maleiha Malik defende que, em alguns domínios da vida privada (tais como o casamento e o divórcio), existem bons argumentos para que, em nome do respeito pela autonomia individual, se reconheça aos indivíduos o direito de regerem as suas vidas por regras que reflitam os seus valores religiosos. Dentro dos limites fixados pelas ordens constitucionais respetivas, os Estados europeus podem, deste modo, acomodar legitimamente normas éticas e jurídicas islâmicas, como correlato do respeito pela liberdade individual e da garantia da igualdade para as minorias⁴⁹. Um maior reconhecimento das ordens jurídicas minoritárias terá, entre outras, a vantagem de diminuir o fosso entre as experiências dos indivíduos na sua vida privada e na sua interação com os poderes públicos e com a sociedade maioritária⁵⁰. Poderá, além disso, contribuir para evitar situações de “limbo jurídico” que ocorrem sempre que a tutela proporcionada pelos tribunais estaduais não seja suficiente para salvaguardar a posição e os interesses dos indivíduos no seio da comunidade minoritária, como acontece, por exemplo, com as mulheres muçulmanas divorciadas pelos tribunais estaduais que necessitam de obter um divórcio religioso para poderem voltar a casar de acordo com os preceitos da sua fé e para protegerem os filhos havidos de relacionamento posterior ao divórcio do estigma de serem filhos ilegítimos⁵¹.

Por outro lado, uma política estadual de não interferência nas ordens jurídicas minoritárias, que tem sido – por omissão⁵² – a resposta mais comum, também não se afigura adequada, na medida em que implica o risco de contribuir para a imunidade dos abusos de poder e das violações de direitos humanos no seio dos grupos minoritários, deixando desprotegidos os seus membros mais vulneráveis (as minorias dentro das minorias), ou seja, as mulheres, as crianças, os homossexuais e todos aqueles que não se revejam na

48 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4, 11, 20. Em idêntico sentido, Andrea Büchler observa que, ainda que a liberdade de religião não possa justificar um sistema paralelo de Direito religioso da Família, as convicções religiosas em matéria de relações familiares têm uma dimensão cultural e cabem, por isso, no direito à autodeterminação individual. Cf. A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Farnham, Ashgate, 2011, p. 15.

49 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, p. 1.

50 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, *op. cit.*, p. 18.

51 Daí que Maleiha Malik recomende que, em vez de proibirem o funcionamento das ordens jurídicas minoritárias, os Estados europeus procurem assegurar que estas funcionam de modo apto a proteger os interesses das mulheres. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 29. Cf., igualmente, R. SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, pp. 5 e 22; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, pp. 37-43.

52 Ainda que possa ser apresentada como uma opção fundada em princípios liberais (como a tolerância), a não interferência no funcionamento das ordens jurídicas minoritárias resulta, as mais das vezes, da recusa por parte das autoridades estaduais em reconhecer que estas sejam verdadeiro Direito e da sua falta de empenhamento em promover a integração dos membros dos grupos minoritários na sociedade como um todo. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

leitura da tradição que é apresentada como autêntica e legítima num dado momento histórico por quem detém o poder dentro do grupo⁵³. Estes motivos justificam igualmente que tenhamos, com Maleiha Malik, muitas reservas quanto à possibilidade de instituir sistemas judiciais separados para matérias de Direito pessoal, algo que, aliás, os muçulmanos europeus, de um modo geral, não reivindicam⁵⁴. Uma tal solução aprisionaria os indivíduos em identidades minoritárias rígidas, dificultando a sua mobilidade entre diferentes referentes culturais e esferas sociais, e deixá-los-ia à mercê dos detentores do poder dentro do grupo, reforçados na sua legitimidade pelo reconhecimento oficial concedido pelo Estado⁵⁵. De pouco serve, numa como noutra opções, a garantia de que os indivíduos são livres para abandonar o grupo minoritário a que pertencem e cujas normas e práticas consideram opressivas. Esta liberdade é frequentemente ilusória, atentos os laços emocionais e os compromissos religiosos que ligam os indivíduos ao grupo, e não resolve o problema da opressão dos que optam por permanecer no grupo, mas que nem por isso deixam de ser titulares de direitos comuns à população em geral e de merecer a proteção do Estado⁵⁶.

Precisamente porque é necessário conciliar a proteção dos direitos dos indivíduos enquanto membros de grupos minoritários e enquanto cidadãos⁵⁷, os Estados europeus

53 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 6, 27-28 e 34-35.

54 Na década de 1970, a União de Organizações Islâmicas do Reino Unido (*Union of Muslim Organisations*) defendeu junto das autoridades britânicas a instituição de um sistema judicial autónomo para aplicação do Direito da Família islâmico. A campanha, que se prolongou por três décadas, acabou por esbarrar na oposição perentória do Governo. Cf. P. FOURNIER, "The reception of Muslim family laws...", *op. cit.*, p. 73. Sondagens recentemente feitas no Reino Unido sugerem que um número considerável de muçulmanos britânicos deseja a instituição de tribunais islâmicos, a funcionar com base em princípios da *Sharia*, para resolver os litígios de Direito civil entre os membros da comunidade, ainda que ressalvem que as sanções a impor por estes tribunais não poderão contrariar o Direito estadual. Tais aspirações não parecem, no entanto, ser partilhadas pelas comunidades muçulmanas presentes noutros Estados europeus. Cf. M. MALIK, "Muslim legal norms and the integration of European Muslims", *op. cit.*, pp. 16 e 19; J. CESARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, *op. cit.*, p. 15. Sobre uma notória exceção, na Alemanha, cf. M. ROHE, "Islam and the democratic state under the rule of law...", *op. cit.*, pp. 223-224; IDEM, "Alternative dispute resolution in Europe...", *op. cit.*, pp. 2-3.

55 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 6, 27, 31 e 36; J. EEKELAAR, "Law and community practices", in M. Maclean e J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 17-18. Estas reservas valem tanto para a instituição de sistemas judiciais separados como para o reconhecimento oficial de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, quando este reconhecimento não seja acompanhado das devidas salvaguardas. Cf. M. ROHE, "Alternative dispute resolution in Europe...", *op. cit.*, pp. 4-7. Rohe nota, no entanto, que a recusa por parte do Direito estadual em reconhecer oficialmente instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos baseadas na *Sharia* também tem os seus problemas, já que não é previsível que as pessoas deixem de recorrer a estas instâncias por elas não serem oficiais e, nesse caso, o Estado não terá meios para controlar a formação prévia e as competências dos indivíduos que assumem as funções de mediadores e árbitros (p. 8). Para uma leitura mais positiva sobre a arbitragem religiosa, cf. F. AHMED, "Religious norms in family law: Implications for group and personal autonomy", in M. Maclean e J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 33-46.

56 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 29-30 e 35; IDEM, "Muslim legal norms and the integration of European Muslims", *op. cit.*, pp. 19-21.

57 Uma ideia-chave da proposta avançada em 2008 pelo Arcebispo da Cantuária, Rowan Williams, que referimos *supra*. Segundo Williams, um sistema de *jurisdições complementares* teria a grande vantagem de ir ao encontro das necessidades dos indivíduos enquanto cidadãos e enquanto crentes, permitindo-lhes escolher a

não podem permitir-se ignorar a existência e a relevância das ordens jurídicas minoritárias a pretexto de estas não serem Direito ou constituírem um perigo para a integridade dos sistemas jurídicos estaduais, mas também não podem simplesmente oficializar demarcações identitárias e dar carta-branca aos “representantes” dos grupos minoritários, demitindo-se de qualquer responsabilidade pela proteção dos indivíduos que integram (ou são forçados a integrar) esses grupos. A interação entre as ordens jurídicas minoritárias e o Direito estadual deve ser objeto de regulação pelo sistema jurídico estadual, de modo a facilitar o diálogo e a cooperação, prevenir o isolamento das minorias, garantir o carácter voluntário da subordinação às ordens minoritárias e salvaguardar a proteção dos membros mais vulneráveis dentro destes grupos, oferecendo, ao mesmo tempo, às ordens jurídicas minoritárias e aos indivíduos que nelas se reveem o reconhecimento necessário a uma efetiva inclusão.

Continuando a acompanhar Maleiha Malik, podemos apontar três vias de prossecução deste objetivo: a “acomodação transformadora” (*transformative accommodation*), o “voluntarismo cultural” (*cultural voluntarism*) e a normalização de normas e práticas minoritárias (*mainstreaming minorities*). A primeira estratégia, cunhada por Ayelet Shachar, consiste numa forma de “governança conjunta” entre o Estado e as ordens jurídicas minoritárias, que dividem entre si os poderes de regulação de certas áreas-chave, como as relações familiares, estabelecendo, por exemplo, que o Estado regula os aspetos financeiros, enquanto a ordem jurídica minoritária dispõe sobre os aspetos cerimoniais e rituais do casamento e do divórcio. O acordo que estabeleça a repartição de poderes entre Estado e ordem jurídica minoritária fixa também “pontos de viragem” (*reversal points*) em que os indivíduos são autorizados a mudar de um sistema para o outro se assim o entenderem, de modo a assegurar que a subordinação dos indivíduos é sempre voluntária e a criar incentivos para que ambos os sistemas normativos procurem ir ao encontro das necessidades dos seus destinatários, protegendo os mais vulneráveis de entre eles. Ayelet Shachar acredita que a atribuição de poderes de autogoverno aos grupos minoritários nestes termos aumentará a responsabilidade dos líderes destes grupos e pressioná-los-á a rever as respetivas tradições, de modo a torná-las compatíveis com os princípios democráticos que regem a sociedade mais vasta em que os grupos se inserem⁵⁸.

jurisdição a que submetem os seus assuntos, consoante a matéria, sem os obrigar a optar entre serem leais ao Estado ou à sua religião e cultura. Cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 46. Ayelet Shachar, cuja obra serviu de inspiração direta à proposta de Williams, defende que é necessária uma conceção de *cidadania diferenciada*, que contribua para combater as injustiças existentes entre grupos culturais e, simultaneamente, para promover a justiça dentro de cada grupo. Cf. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 4.

58 Cf. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions...*, *op. cit.*, pp. 117-131. Maleiha Malik concorda que este modelo tem a vantagem de potenciar reformas internas através da influência recíproca entre Direito estadual e ordens jurídicas minoritárias. A autora observa, no entanto, que o Estado nem sempre terá meios para persuadir os grupos

Este modelo tem o mérito de permitir aos indivíduos o gozo de direitos enquanto cidadãos e enquanto membros do seu grupo cultural ou religioso preferido⁵⁹, mas não é isento de problemas. Mesmo que esteja reunida a vontade política de todos os potenciais envolvidos, será sempre um modelo de grande complexidade e muito difícil aplicação prática, atenta a necessidade de o Estado negociar os termos precisos da repartição de poderes, para cada área-chave e suas subdivisões, com os representantes de cada grupo minoritário presente no respetivo território⁶⁰. Por outro lado, apesar de reconhecer a influência recíproca entre a ordem jurídica estadual e as ordens normativas minoritárias, este modelo acaba por subestimar os processos de hibridização jurídica em curso ao tratar uma e outras ordens normativas como blocos bem delimitados entre os quais os indivíduos optam quando chegam aos “pontos de viragem” previamente designados. Mais importante ainda, apesar de ter como ponto de partida o reconhecimento de que os indivíduos pertencem a diferentes comunidades em simultâneo, o modelo implica o risco de contribuir para a essencialização das identidades minoritárias⁶¹. Afinal, para que o Estado e os representantes das ordens jurídicas minoritárias possam acordar sobre os termos da repartição de poderes e fixar os “pontos de viragem”, é necessária uma clara definição prévia dos membros do grupo, o que nem sempre é possível ou sequer desejável, atenta a fluidez das identidades individuais.

Precisamente para refletir esta fluidez, o modelo preferido por Maleiha Malik – o “voluntarismo cultural”, cunhado por John Eekelaar⁶² – procura maximizar a flexibilidade ao dispor do Estado e dos indivíduos nas suas interações recíprocas. A ideia aqui é a de que,

minoritários a abandonar normas e práticas profundamente enraizadas, sendo também duvidoso que o receio de perder jurisdição sobre os seus membros seja um incentivo suficientemente forte para que os grupos minoritários façam reformas de fundo. Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 37-39. Concordamos que a resistência dos grupos minoritários a abandonar normas e práticas profundamente enraizadas é previsível e difícil de superar. Não nos parece, contudo, que o modelo alternativo preferido por Maleiha Malik – “voluntarismo cultural” – obste a esta dificuldade, apesar do otimismo manifestado pela autora a este respeito, quando fala na criação de oportunidades de diálogo entre as autoridades estaduais e os representantes das ordens jurídicas minoritárias, que podem ser usadas para incentivar os grupos a repensar as suas normas e práticas à luz de princípios constitucionais como o princípio da igualdade (pp. 42-43). Não nos parece que, neste aspeto, a proposta de Maleiha Malik seja substancialmente diferente da de Ayelet Shachar.

59 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 37.

60 Cf. J. EEKELAAR, “Law and community practices”, *op. cit.*, p. 18. Daí que as poucas experiências de “segregação jurídica” tentadas até ao momento na Europa sejam extremamente limitadas e digam respeito apenas a aspetos formais. Por exemplo, no Reino Unido, instituições islâmicas podem ser autorizadas a registar casamentos entre muçulmanos e, em Espanha, é possível aplicar regras islâmicas à regulação da celebração de casamentos entre muçulmanos. Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, *op. cit.*, pp. 98-99. Entre os Estados membros da União Europeia, a única exceção é a situação vivida na região grega da Trácia, onde, por razões históricas, a Lei islâmica é reconhecida oficialmente como um sistema jurídico paralelo ao Direito grego e os muftis (líderes espirituais e administradores das mesquitas) têm jurisdição para apreciar os litígios que oponham muçulmanos. Cf. K. TSITSELIKIS, “Personal status of Greece’s Muslims: A legal anachronism or an example of applied multiculturalism?”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, pp. 109-131.

61 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 38.

62 Cf. J. EEKELAAR, “Law and community practices”, *op. cit.*, pp. 22-30.

a qualquer momento e sem necessidade de acordo prévio entre o Estado e as ordens jurídicas minoritárias, se possa admitir que os indivíduos escolham a qual das ordens jurídicas – a estadual ou a minoritária – se subordinam. Isto significa que o Estado não cede soberania a favor das ordens jurídicas minoritárias, mas apenas se dispõe a acomodar *algumas* normas e práticas minoritárias, em nome do respeito pela autonomia individual e nos limites fixados pela ordem constitucional respetiva. O Estado mantém o poder de proibir normas e práticas minoritárias que considere contrárias aos valores fundamentais da ordem jurídica estadual ou que sejam lesivas para alguns dos membros do grupo, do mesmo modo que mantém o dever de proteger as minorias dentro das minorias⁶³. A determinação das normas e práticas minoritárias “aceitáveis” é feita numa base estritamente casuística, o que Maleiha Malik reconhece poder ser fonte de dificuldades, por não permitir prever com segurança quando e de que modo (acomodando ou proibindo) o Estado intervirá sobre as ordens jurídicas minoritárias. A autora confia, no entanto, que, à medida que ganhe corpo um acervo jurisprudencial sobre a matéria, as respostas do Estado se tornarão mais previsíveis e a segurança jurídica poderá ser assegurada⁶⁴.

Esta observação vale certamente para o Direito inglês, atenta a doutrina do precedente vinculativo que caracteriza o *common law*⁶⁵. Para os sistemas jurídicos europeus continentais, de tradição romano-germânica, semelhante confiança justifica-se menos, em nosso entender, uma vez que os tribunais não estão obrigados a seguir a orientação jurisprudencial fixada em decisões anteriores e têm uma considerável margem de liberdade na interpretação dos quadros legais aplicáveis, podendo ser mais ou menos recetivos à acomodação das normas e práticas minoritárias consoante o entendimento que os concretos juízes tenham sobre o princípio do secularismo, a liberdade de religião ou crença, o princípio da igualdade e a proteção dos direitos das minorias. Como referimos *supra*, os estudos feitos sobre a acomodação de institutos de Direito islâmico na Europa revelam uma prática judicial errática. Isto não retira valor ao “voluntarismo cultural” como modelo de resposta aos desafios postos pela presença de ordens jurídicas minoritárias na Europa. O “voluntarismo cultural” afigura-se um modelo promissor, pelo que implica de respeito pela autoidentificação dos indivíduos, de abertura ao diálogo intercultural e inter-jurídico e de disponibilidade para acomodar normas e práticas minoritárias. De resto, o casuismo é em larga medida inevitável e, em muitos casos, recomendável⁶⁶. Não nos parece, no en-

63 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 39-44. Isto significa, censura Prakash Shah, que o “voluntarismo cultural” preserva o *status quo*, assegurando a hegemonia da comunidade culturalmente dominante num dado Estado. Cf. P. SHAH, “Shadow boxing with community practices...”, *op. cit.*, p. 58.

64 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 42.

65 Cf. P. JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 104.

66 Nesse sentido, cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 26; A. SHACHAR, “Family matters: Is there room for ‘culture’ in the courtroom?”, in W. Kymlicka *et al.* (eds.), *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 148.

tanto, que o modelo dispense um enquadramento normativo mínimo por parte do Direito estadual (definido em consulta com representantes dos grupos minoritários), de modo a deixar claro o compromisso com a acomodação das necessidades jurídicas de diferentes comunidades e indivíduos no seio de uma sociedade que se assume como cultural e etnicamente plural⁶⁷. Desse modo se poderá assegurar, desde logo, que os atores jurídicos estaduais não se limitam a declarar liminarmente inaceitáveis todas as normas e práticas minoritárias invocadas em juízo e que reconhecem o direito dos indivíduos pertencentes a grupos minoritários a escolher livremente se querem ser tratados nessa qualidade ou não⁶⁸. Também é necessária a intervenção reguladora (e de supervisão⁶⁹) do Estado para definir (e fazer observar) os termos em que os mecanismos alternativos de resolução de conflitos fundados em normas éticas e jurídicas minoritárias poderão atuar, de modo a assegurar o carácter voluntário da sujeição a estes mecanismos (e, de um modo geral, o respeito pelos padrões constitucionais)⁷⁰, mas também para garantir o reconhecimento oficial das decisões proferidas nessa sede⁷¹.

Entretanto, levando a lógica do voluntarismo cultural um pouco mais longe, de modo a refletir mais fielmente os processos de hibridização jurídica em curso, podemos ainda considerar uma terceira via pela qual os Estados europeus poderão garantir a proteção dos indivíduos enquanto cidadãos e enquanto membros de grupos minoritários – a normalização (*mainstreaming*) de normas e práticas minoritárias, através da sua incorporação explícita pelo Direito estadual. A normalização pode ocorrer tanto por ação do legislador como dos tribunais e assumir diversas formas, incluindo, por exemplo, o alargamento da definição de obrigação contratual para cobrir o pagamento do dote (*mahr*) devido às

67 Convocamos aqui as observações feitas por Prakash Shah a propósito do modo não sistemático como as autoridades britânicas têm vindo a lidar com a acomodação das reivindicações feitas pelas comunidades minoritárias, por falta de um compromisso constitucional mais abrangente com a incorporação das necessidades jurídicas das diferentes comunidades e indivíduos numa sociedade etnicamente plural. Shah sugere que, em vez de continuar a tratar o problema através de pontuais exceções ao princípio da igualdade, se deve considerar a possibilidade de consagrar, em termos gerais, um direito a ser diferente. Cf. P. SHAH, “Transforming to accommodate?..”, *op. cit.*, p. 81.

68 No que podemos tomar como exemplo o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Convenção Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, nos termos do qual: “Qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher livremente ser, ou não, tratada nessa qualidade, nenhum prejuízo podendo resultar dessa escolha ou do exercício dos direitos que dela decorram”. O texto da Convenção Quadro pode ser consultado em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-1-2-1995-ets-157.html> [02.04.2016].

69 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 24.

70 Considerem-se, a este respeito, as recomendações feitas no relatório final do Projeto RELIGARE sobre as condições a fixar para o reconhecimento de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos no domínio do Direito da Família, incluindo garantias de imparcialidade e profissionalismo na atuação destes mecanismos, da possibilidade de acesso aos tribunais estaduais a qualquer momento, etc. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 22-23.

71 Cf. P. SHAH, “Transforming to accommodate?..”, *op. cit.*, p. 85.

esposas muçulmanas, o alargamento da definição legal de “filho adotivo” ou “filho de criação” para abranger as crianças muçulmanas cuja guarda seja definida sob a figura da *kafala*, o estabelecimento de exceções à lei geral, como a dispensa do uso de capacete para os motociclistas Sikh introduzida no Reino Unido pelo *Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemptions) Act 1976*, etc. Quando a normalização opera por via legislativa, o modelo tem a vantagem de conferir maior legitimidade democrática à acomodação das normas e práticas minoritárias, com benefícios para os membros das minorias e para a coesão da sociedade em geral. No entanto, esta via nem sempre estará disponível, atentos os limites impostos pela ordem constitucional dos Estados e a previsível resistência da população majoritária, pelo que a normalização poderá ser combinada com alguma forma de “voluntarismo cultural” ou de “acomodação transformadora”. De resto, o facto de uma norma minoritária ser adotada pela lei geral do Estado não deve constituir impedimento a que um indivíduo membro da minoria em causa opte, em algumas ocasiões, por sujeitar a apreciação dos litígios em que seja parte a arbitragem religiosa, em vez (ou depois) de recorrer aos tribunais estaduais⁷². Pense-se, por exemplo, no interesse, já referido, de muitas mulheres muçulmanas divorciadas pelos tribunais estaduais em obter também um divórcio religioso junto dos conselhos da *Sharia* ou de outras estruturas do mesmo tipo.

Atentos os dados convocados na secção que se segue, podemos dizer que há bons indicadores de que a *normalização* de normas e práticas de Direito islâmico já vem a acontecer, em certa medida, nos tribunais estaduais europeus, à semelhança do que se passa noutros lugares do mundo dito ocidental, para conforto de alguns, mas sobretudo para desassossego de muitos⁷³. De qualquer modo, ao que tudo indica, sem pôr em causa a integridade dos sistemas jurídicos estaduais ou subverter os seus princípios estruturantes⁷⁴.

2. Muçulmanos e *Sharia* na prática dos tribunais estaduais europeus

Dir-se-á que os tribunais estaduais europeus, quando confrontados com normas ou práticas islâmicas, se limitam a fazer uma ponderação de interesses conflitantes, como em qualquer outro caso concreto, seja multicultural ou monocultural. Nada de novo, por-

72 Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 44-49.

73 Para um libelo contra a incursão da Lei islâmica no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, considere-se, por exemplo, a brochura publicada, em 2014, pelo Center for Security Policy Press, com o título *Shariah in American Courts: The Expanding Incursion of Islamic Law in the U.S. Legal System*.

74 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 5.

tanto⁷⁵. Entre os comentadores da prática judicial europeia, no entanto, a ideia dominante é a de que o encontro dos tribunais estaduais com o Direito e a cultura islâmicos tem sido complicado, seja pelo desconforto dos juízes europeus em lidar com “matérias religiosas”, seja pela ausência de institutos jurídicos equivalentes aos de Direito islâmico na *lex fori*, seja ainda pela preocupação generalizada com a possível violação de direitos humanos, sobretudo o direito das mulheres a um tratamento não discriminatório⁷⁶. Não raro, a intervenção dos tribunais – quando estes atendem, mas também quando desatendem pretensões cultural/religiosamente fundadas – é seguida pela adoção de soluções legislativas de sentido contrário⁷⁷.

O quadro esboçado nas secções que se seguem é necessariamente impressionista, com exemplos retirados de várias jurisdições estaduais diferentes, ao sabor da atenção que os assuntos têm merecido na doutrina. Por razões que se prendem com a economia desta já longa narrativa, atentaremos apenas em algumas das questões mais discutidas pelos tribunais em domínios-chave do Direito Privado e do Direito Público⁷⁸, como são o Direito da Família e o Direito Penal⁷⁹, deixando de fora, entre outros pontos de interesse,

75 Essa parece ser uma perspetiva muito comum, por exemplo, entre os juízes holandeses, como observa André J. Hoekema. Cf. A. J. HOEKEMA, “Does the Dutch judiciary pluralize...”, *op. cit.*, p. 194.

76 Nesse sentido, cf., por exemplo, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 4-7 e 14.

77 Dois exemplos apenas, dos muitos exemplos possíveis. Em julho de 1980, o Supremo Tribunal Administrativo francês, numa decisão emblemática, considerou que a concessão de autorização de residência à segunda esposa de um indivíduo originário da Argélia não poderia ser recusada com fundamento nos princípios de ordem pública do Estado francês, ao que o governo reagiu propondo legislação que veio negar expressamente a possibilidade de reagrupamento familiar com as segundas esposas e os filhos destas (enquanto estas forem vivas). Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, pp. 68-69. Em maio de 2012, um tribunal alemão considerou que a circuncisão por motivos religiosos constituía uma ofensa corporal e que o direito constitucional da criança à integridade física se sobrepunha ao direito dos pais à liberdade de religião. A decisão motivou o protesto de vários líderes religiosos e, em dezembro desse mesmo ano, foi aprovada uma lei que veio permitir a circuncisão não terapêutica, desde que levada a cabo de acordo com as *legis artis* da profissão médica e desde que não prejudique a saúde da criança. A lei também veio permitir a realização da intervenção por indivíduos (não médicos) escolhidos pela comunidade religiosa, desde que provem ter formação adequada. Cf. AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, *cit.*, p. 10.

78 Usamos aqui a divisão Direito Público/Direito Privado por simplicidade de discurso, mas isso não significa que possamos ignorar a transversalidade disciplinar das questões postas aos sistemas jurídicos europeus no momento de acomodar ou rejeitar a acomodação de normas e práticas de fundamento religioso. Por exemplo, o transplante do instituto islâmico do dote (*mahr*) para os tribunais ocidentais tem lugar no cruzamento de diversas disciplinas – Direito da Família, Direito dos Contratos, Direito Constitucional, Direito Islâmico, etc. Cf. P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts...*, *op. cit.*, p. 2.

79 Tanto o Direito Penal como o Direito da Família são domínios em que as decisões judiciais são “altamente individualizadas”, para usarmos a expressão de Ayelet Shachar, e em que, por isso mesmo, é necessária uma avaliação abrangente das circunstâncias em que vivem as partes envolvidas, entre as quais a religião e a cultura podem assumir um papel importante. Pelo que ficou dito até aqui, não surpreenderá que advuemos (com Shachar, Renteln e outros) que a cultura e a religião sejam incluídas no conjunto de aspetos a ter presentes na determinação da culpa do agente ou do interesse superior da criança, por exemplo. Isto não requer que nos afastemos dos valores estruturantes dos sistemas jurídicos europeus, incluindo o princípio da igualdade. Cf. A. SHACHAR, “Family matters...”, *op. cit.*, pp. 133 e 148; A. D. RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, in M.-C. Foblets e A. D. Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 62; P. JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais: o contributo da Antropologia para uma

a miríade de decisões judiciais sobre o uso do véu islâmico (por alunas, funcionárias e docentes nas escolas públicas, por funcionárias de serviços públicos e de empresas privadas com serviço ao público, etc.)⁸⁰ e sobre despedimentos de trabalhadores muçulmanos por faltas dadas no cumprimento de regras de observância religiosa⁸¹.

No domínio do Direito Privado, as questões mais frequentemente discutidas perante os tribunais europeus prendem-se com os requisitos de validade dos casamentos, com o pagamento do dote e com o reconhecimento de casamentos celebrados ou de divórcios decretados no estrangeiro ao abrigo de normas de Direito religioso ou de Direito estrangeiro de fundamento religioso⁸². Conceitos e institutos jurídicos fundados no Direito islâmico da família têm vindo a penetrar os sistemas jurídicos europeus por duas vias: *a*) através da aplicação de regras de Direito Internacional Privado (DIP), quando estas determinam como lei competente para as matérias do estatuto pessoal dos indivíduos a lei em vigor no respetivo Estado de nacionalidade (solução-regra na generalidade dos Estados europeus continentais); e *b*) através da interpretação de disposições (seculares) de Direito interno⁸³. Quando as partes no litígio são estrangeiros, a operação das regras de conflitos pode implicar a aplicação de disposições de Direito estrangeiro com fundamento religioso (como acontece, por exemplo, com o Código da Família do Reino de Marrocos, largamente fundado na *Sharia*), um resultado que só poderá ser afastado se se concluir que a aplicação de tais disposições é contrária a princípios de ordem pública do Estado do foro, tais como o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Quando as partes no litígio têm a nacionalidade do Estado do foro, o que é cada vez mais frequente, as normas éticas e jurídicas de origem islâmica poderão ser atendidas ou não pelos tribunais, dependendo do entendimento que os concretos juízes tenham do que sejam as exigências impostas pelo princípio do secularismo, pela liberdade de religião ou crença, pelo princípio da igualdade e pela proteção dos direitos das minorias⁸⁴. Tudo depende, a final, da sensibilidade dos juízes, o que torna imprevisível a interação entre a diversidade cultural e a prática judicial.

densificação 'culturalista' dos direitos fundamentais", in *Scientia Iuridica*, tomo LX, n.º 326, 2011, pp. 370-371.

80 Sobre o tema, cf., entre outros, P. JERÓNIMO, "Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa...", *op. cit.*, pp. 105-130; AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, *cit.*, pp. 78-80; AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 11-12 e 14-16.

81 Sobre o tema, cf., entre outros, AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 11-12.

82 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19.

83 Cf. P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts...*, *op. cit.*, p. 1; IDEM, "The reception of Muslim family laws...", *op. cit.*, p. 65.

84 Nestes casos, está fora de questão a aplicação de Direito estrangeiro por força da operação de regras de conflitos. Como nota Andrea Büchler, as regras de conflitos não resolvem as situações familiares transculturais enquanto tais, já que só entram em campo se uma das partes no litígio não tiver a nacionalidade do Estado do foro. Se as partes no litígio forem nacionais do Estado do foro, as regras de conflitos não são aplicáveis, por mais que o entendimento que as partes tenham sobre a questão familiar *sub judice* seja condicionado por convicções fundadas noutras culturas. Cf. A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 27.

No domínio do Direito Público, concretamente do Direito Penal, as questões recorrentes dizem respeito aos chamados “crimes de honra” – por norma, homicídios perpetrados contra jovens mulheres muçulmanas por membros da sua família, para preservar a honra da família, da comunidade ou da própria fé⁸⁵ –, à violência doméstica e aos abusos sexuais de menores no quadro de casamentos arranjados (quando não mesmo forçados) envolvendo meninas com menos de 18 anos. Os aspetos mais discutidos a este propósito nos últimos anos prendem-se com a admissibilidade de informação cultural em juízo, para contextualizar e explicar a prática do comportamento ilícito e eventualmente mitigar a medida da sanção penal, o que se insere no debate mais alargado sobre o “argumento da exceção cultural” (*cultural defense*)⁸⁶.

2.1. A reação habitual: recusa de qualquer relevância a “argumentos islâmicos”

Não falta quem atribua aos juízes europeus um papel importante na adaptação de exigências islâmicas às leis seculares ocidentais e até na definição de versões europeias da *Sharia*⁸⁷. Por norma, no entanto, os juízes europeus mostram-se relutantes em reconhecer relevância às normas éticas e jurídicas de origem islâmica, o que justificam invocando o seu papel como “juízes seculares”⁸⁸, a unidade do sistema jurídico e o respeito pelos direitos fundamentais. Isto é assim, apesar de ser incontroverso que o secularismo pode assumir múltiplas formas (nem todas incompatíveis com o reconhecimento da religião no espaço público)⁸⁹, que a unidade do sistema jurídico não significa a existência

85 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense in Germany”, in M.-C. Foblets e A. D. Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 229. Apesar de a designação “crimes de honra” ser comumente usada para referir apenas os homicídios praticados no seio de famílias muçulmanas, importa notar, com Sylvia Maier, que a violência contra mulheres em nome da honra do marido ou da família não constitui uma especificidade islâmica e que muitos dos “crimes passionais” ocorridos no seio de famílias católicas ou protestantes na Europa também são crimes de honra (p. 234).

86 Sobre o tema, cf. M.-C. FOBLETS e A. D. RENTELN (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009; W. KYMLICKA et al. (eds.), *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

87 Nesse sentido, cf. J. CESARI et al., *Islam and Fundamental Rights in Europe*, op. cit., pp. 17-19 e 47.

88 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, op. cit., p. 1.

89 A separação entre Estado e Igrejas, implicada pelo princípio do secularismo, é uma característica comum à generalidade das democracias ocidentais, mas conhece interpretações e desenvolvimentos muito diferentes em diferentes países. Na Europa, o facto de a maioria dos Estados se assumir como secular não impede que muitos mantenham relações e prestem apoio a uma ou mais organizações ou comunidades religiosas, incluindo através da concessão de subsídios e do pagamento de salários aos ministros de culto, nem que respeitem a presença de símbolos religiosos (da religião maioritária e de religiões minoritárias) no espaço público. Para uma visão panorâmica das várias interpretações do princípio do secularismo e da neutralidade confessional do Estado na Europa, cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, cit., pp. 5-6. Importa também não subestimar aquele que é, na expressão de Maarit Jänterä-Jareborg, um dos “paradoxos do secularismo comumente ignorados”: o facto de o Direito estadual – nomeadamente no domínio do Direito da família – continuar a refletir valores que estão em sintonia com a religião dominante. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, op. cit., p. 8.

de um único centro de produção normativa e que o respeito pelos direitos fundamentais (e.g., a igualdade e a liberdade de religião) não só não impede como pode justificar o reconhecimento do direito das pessoas pertencentes a minorias a viverem de acordo com valores e regras próprios da sua religião e cultura⁹⁰. O princípio da igualdade pode ser interpretado num sentido substantivo, inteiramente compatível com um tratamento diferenciado das minorias e apto a promover a inclusão social⁹¹, mas os tribunais estaduais europeus tendem a refugiar-se numa interpretação formalista do princípio da igualdade para recusar as pretensões religiosamente fundadas dos muçulmanos. Apesar de muito desenvolvida na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a noção de discriminação indireta – da maior relevância em casos envolvendo muçulmanos – tem merecido uma grande resistência por parte dos tribunais nacionais, que têm dificuldade em aceitar a ideia de que a discriminação possa ocorrer quando se aplicam regras de carácter geral e (aparentemente) neutro⁹². A relutância judicial em reconhecer como válidas as pretensões avançadas por muçulmanos em nome do princípio da igualdade ou da liberdade de religião tem levado muitos muçulmanos a desconfiar dos tribunais e a recorrer a meios alternativos de resolução de litígios, como as formas de arbitragem religiosa referidas *supra*.

Quando o que está em causa é a aplicação de normas de Direito estrangeiro fundado na *Sharia* ou o reconhecimento de situações jurídicas constituídas ao abrigo de normas desse tipo, os tribunais estaduais europeus invocam frequentemente princípios de ordem pública – sobretudo o princípio da igualdade de género – para limitar aquela aplicação ou aquele reconhecimento⁹³. É o que se passa com casos envolvendo divórcios *talaq*, por repúdio do marido, e casamentos poligâmicos.

Pascale Fournier refere, por exemplo, as cinco decisões proferidas, em 2004, pela primeira secção cível do Supremo Tribunal de Justiça francês, que recusaram reconhecer o *talaq* como uma forma legítima de divórcio, por este ser contrário à ordem pública do

90 Cf. M. MALIK, “Muslim legal norms...”, *op. cit.*, p. 1. Por exemplo, na Bélgica, é o recurso à proteção de direitos fundamentais (como a liberdade religiosa e a liberdade de expressão) que permite aos tribunais aplicar, numa base estritamente casuística, regras ditas islâmicas. Cf. M.-C. FOGLETS e B. DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, *op. cit.*, pp. 57-71. Em idêntico sentido, Maarit Jänterä-Jareborg observa, a propósito de diferentes decisões de tribunais suecos e dinamarqueses, que as preocupações com a proteção de direitos humanos podem funcionar em dois sentidos, ou seja, nuns casos a favor e noutros casos contra o reconhecimento de valores religiosos e culturais. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 21.

91 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, pp. 9 e 13-14.

92 Cf. AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, *cit.*, p. 71.

93 Se o resultado da aplicação de Direito estrangeiro ou do reconhecimento de decisão proferida ao abrigo de Direito estrangeiro for considerado incompatível com princípios jurídicos ou valores fundamentais do Estado europeu em causa, o Direito estrangeiro não será aplicado e a decisão não será reconhecida. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 19; A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 40.

Estado francês em geral e ao princípio da igualdade de género em particular⁹⁴. Também na Alemanha, o *talaq* é considerado contrário à ordem pública por violar as disposições constitucionais alemãs sobre igualdade de género (já que a mulher não tem qualquer voto na matéria) e, enquanto tal, não é reconhecido pelos tribunais⁹⁵. A tendência dominante nos últimos anos parece ser a de recusar o reconhecimento de divórcios *talaq* validamente decretados no Estado de origem das partes, em nome dos direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídica do foro, sem atenção às circunstâncias específicas de cada caso concreto, às ligações existentes com o Estado do foro e à justiça do resultado⁹⁶.

No que respeita ao reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos, os tribunais franceses adotam posições muito diferentes consoante os casamentos tenham sido celebrados em França ou num Estado estrangeiro que permita a poligamia, ainda que princípios de ordem pública possam ser invocados em qualquer dos casos para impedir o reconhecimento. Os casamentos poligâmicos celebrados em França não produzem quaisquer efeitos jurídicos, mesmo que os esposos sejam originários de Estados que permitem a poligamia. O segundo casamento é nulo. Tem sido com este fundamento que os tribunais franceses têm vindo a negar subsídios da segurança social e pensões de alimentos a mulheres muçulmanas a viver em relações poligâmicas em França. Em 1988, por exemplo, o Tribunal de Recurso de Aix-en-Provence recusou a concessão de uma pensão de alimentos a uma requerente muçulmana, por esta ser a segunda esposa do seu marido e por a poligamia ser contrária à ordem pública do Estado francês. Se o casamento tiver sido celebrado no Estado estrangeiro de que os cônjuges são nacionais, ser-lhe-ão reconhecidos alguns efeitos jurídicos em França, desde que o casamento não viole a ordem pública francesa (por envolver menores de idade, por exemplo)⁹⁷. Alguns tribunais estaduais europeus vão ainda mais longe na recusa categórica de reconhecer casamentos poligâmicos. Considere-se, por exemplo, o caso ocorrido na Dinamarca, de que dá conta Maarit Jänterä-Jareborg, em que razões de ordem pública determinaram a anulação *ex officio* do segundo casamento (celebrado no Iraque) de um intérprete iraquiano a quem as autoridades dinamarquesas haviam concedido o estatuto de refugiado

94 A autora nota, no entanto, que, nas décadas de 1980 e 1990, os tribunais franceses reconheceram efeitos jurídicos aos divórcios *talaq*, devido a compromissos assumidos pelo Estado francês no âmbito de acordos bilaterais com a Argélia e com Marrocos. Nestes casos, o reconhecimento de efeitos jurídicos a divórcios *talaq* dependia de o *talaq* ser pronunciado no estrangeiro e de ambos os cônjuges se apresentarem perante um tribunal francês para testemunhar esse facto. Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 69.

95 Uma vez que a preocupação dos tribunais alemães é com o direito da mulher a ser ouvida, vários tribunais têm-se mostrado dispostos a reconhecer o *talaq* se a esposa comparecer em juízo e confirmar que concorda com a dissolução do casamento. Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72.

96 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 24.

97 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 68.

por razões humanitárias. O intérprete havia auxiliado as tropas dinamarquesas no Iraque, pelo que tanto ele como as suas duas esposas corriam risco de vida se permanecessem no país. Perante a recusa do intérprete e das suas esposas em dissolverem qualquer dos casamentos e perante a prova de que a posição social e jurídica das esposas se tornaria extremamente vulnerável caso estas ficassem no Iraque sem o marido, as autoridades dinamarquesas concederam asilo ao intérprete e a ambas as esposas, mas, logo após a sua chegada à Dinamarca, o segundo casamento foi anulado, para desespero dos três, que acabaram por optar por regressar ao Iraque⁹⁸. Também aqui, a tendência dominante nos últimos anos parece ser no sentido de recusar o reconhecimento de efeitos jurídicos a todos os casamentos poligâmicos, independentemente da validade destes casamentos no Estado em que foram celebrados, das ligações dos cônjuges a esse Estado, das circunstâncias em que o casamento foi celebrado, do período de tempo entretanto decorrido, do interesse das partes na manutenção do casamento, etc.⁹⁹.

Esta desconsideração pelas leis, costumes e práticas religiosas dos Estados de origem de indivíduos parte em casamentos poligâmicos ou em divórcios *talaq* é justificada por respeito aos princípios de ordem pública do Estado do foro, o que equivale a dizer por respeito às normas de direitos fundamentais. A frequente invocação de princípios de ordem pública neste contexto afigura-se muito problemática e tem sido criticada na doutrina. Como nota Andrea Büchler, não existem, nas ordens jurídicas dos Estados europeus, definições claras e coerentes sobre o que seja a *ordem pública*, um conceito que parece ser invocado pelos tribunais de modo inteiramente casuístico, se não aleatório, o que é surpreendente atentas as implicações normativas do conceito¹⁰⁰. Sendo como é um conceito esquivo, de difícil densificação e em permanente evolução, a *ordem pública* dá aos tribunais uma grande margem de discricionariedade no momento de decidir se/ como aplicar e interpretar normas de Direito estrangeiro ou reconhecer os seus efeitos¹⁰¹. Para além disso, não parece haver dúvidas de que esconde ideais de família e de casamento que são culturalmente específicos e têm subjacente uma moral cristã¹⁰². É também duvidoso que, nos termos em que tem vindo a ser usada pelos tribunais europeus, a exceção de ordem pública sirva efetivamente para salvaguardar direitos fundamentais.

98 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 16. Maarit Jänterä-Jareborg critica a intransigência das autoridades dinamarquesas neste caso, pela sua indiferença a aspetos relevantes como são a validade jurídica do casamento no Estado onde este foi celebrado e o facto de nenhum dos cônjuges ser nacional dinamarquês ou residente na Dinamarca ao tempo do casamento (p. 18).

99 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 24-25.

100 Cf. A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 41.

101 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 10; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 30.

102 Cf. A. BÜCHLER e A. LATIF, “Judicial encounters with Islamic and Middle Eastern family law in Switzerland from a private international law perspective – marriage and divorce”, in E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2014, pp. 55-79.

Maarit Jänterä-Jareborg pergunta por que motivo é que, apesar da abertura revelada na interpretação do direito à vida privada e familiar (em especial pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), a vida familiar nos casos de casamentos poligâmicos não pode ser considerada digna de proteção quando as partes se considerem uma família e desejem ser reconhecidas como tal¹⁰³. A autora observa ainda que, muitas vezes, o tipo de casamento celebrado ou de divórcio decretado é a única solução jurídica ao alcance dos indivíduos no seu Estado de origem, pelo que uma recusa de reconhecimento em tais casos pode constituir uma forma de discriminação contra grupos étnicos ou religiosos específicos e contribuir para relações ou situações jurídicas inseguras. Daí que a autora conclua – bem – que um categórico não reconhecimento de qualquer norma de Direito estrangeiro, sem atenção às circunstâncias do caso concreto, não cumpre os requisitos exigidos de um sistema jurídico numa sociedade crescentemente plural¹⁰⁴. Em sentido semelhante, o estudo RELIGARE recomendou que as necessidades específicas das novas minorias religiosas sejam tomadas em consideração e que, apesar da importância dos princípios de ordem pública, seja dada prioridade a soluções sustentáveis ao abrigo da lei aplicável, o que pode exigir, em certas condições, o reconhecimento de decisões proferidas nos Estados de origem dos cônjuges¹⁰⁵.

No domínio do Direito Penal, não parecem existir dúvidas de que a lei do Estado onde o ilícito penal é praticado é a lei aplicável à apreciação dos factos. Não se discute, portanto, a aplicabilidade de Direito estrangeiro. O que pode discutir-se é a relevância de fatores culturais/religiosos para a apreciação da culpa do agente e para a determinação da medida da pena. De um modo geral, os tribunais estaduais na Europa não se mostram recetivos à admissão de prova ou argumentos culturais em juízo¹⁰⁶. Isso não significa que sejam *culture-blind*. Apesar de os arguidos muçulmanos estarem protegidos por disposições constitucionais sobre igualdade, não discriminação e garantias processuais em geral, não raro, a sua condição de muçulmanos é vista como um indicador de perigosidade e pesa (negativamente) na apreciação que os tribunais fazem sobre a sua culpa. Pode mesmo falar-se numa *criminalização da cultura*, para designar a tendência, observável na Europa, de os órgãos legislativos criarem novos tipos de crime para cobrir expressamente práticas ilícitas culturalmente conotadas, como a excisão feminina, e de os órgãos judiciais aplicarem a lei penal geral de modo a deixar bem vincada a repugnância merecida por crimes com motivações religiosas ou culturais¹⁰⁷.

103 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 25.

104 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 25.

105 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 21.

106 Uma tendência observável de um modo geral nos tribunais dos Estados ocidentais. Cf. A. D. RENTELN, “The use and abuse...”, *op. cit.*, p. 61.

107 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, in M.-C. Foblets

É assim, claramente, com o modo como têm vindo a ser tratados, sobretudo desde setembro de 2001, os chamados “crimes de honra”, em Estados como a Alemanha e os Países Baixos. Na Alemanha, a questão jurídica fundamental no julgamento de homicídios deste tipo tem sido a de saber se o desejo do arguido de restaurar a própria honra ou a honra da sua família constitui ou não um “motivo baixo”, revelador de especial perversidade. Em caso afirmativo, tratar-se-á de um homicídio qualificado; em caso negativo, tratar-se-á de um homicídio simples, com uma moldura penal mais branda. Durante várias décadas, a tendência dominante entre os tribunais alemães foi a de rejeitar que estivesse preenchido o requisito de “motivo baixo” para a condenação por homicídio qualificado. Tomando em consideração o enquadramento cultural dos arguidos, os tribunais alemães concluíam que o crime havia sido culturalmente motivado e que a restauração da honra não só não constituía um motivo baixo no seio da comunidade religiosa/cultural de origem dos arguidos, como podia até ser moralmente exigida pela sua religião/cultura¹⁰⁸. Esta “excessiva complacência” foi duramente criticada na doutrina, ainda que, ao que tudo indica, em nenhum caso a consideração de argumentos culturais tenha conduzido à absolvição dos arguidos¹⁰⁹. Em janeiro de 2004, numa decisão emblemática daquela que alguns autores esperam que seja a nova tendência da prática judicial alemã¹¹⁰, o Supremo Tribunal Federal alemão rejeitou expressamente a admissibilidade de argumentos culturais para defender a prática de crimes de honra e afirmou que os homicidas que matam para restaurar a sua honra atuam com base em motivos baixos¹¹¹. O arguido, um imigrante turco que havia esfaqueado a sua esposa por esta querer divorciar-se dele, argumentara em tribunal que a intenção da esposa constituía uma ofensa imperdoável à sua honra e que, na sua cultura de origem, o homicídio da mulher era um direito e dever do marido em tais circunstâncias. O Tribunal rejeitou categoricamente estes argumentos, afirmando que o padrão a usar na apreciação dos motivos subjacentes à prática de qualquer ato ilícito tem de ser o dos valores e ideias da sociedade alemã e não os valores de uma comunidade étnica minoritária¹¹². Esta decisão foi saudada com entusiasmo, como referimos. Estudos recentes indicam, no entanto, que muitos tribunais alemães continuam a não qualificar os homicídios por razões de honra como crimes por motivos baixos e, por vezes, chegam mesmo a tomar em consideração fatores culturais para atenuar a

e A. D. Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 149.

108 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 234.

109 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 242.

110 Essa é claramente a esperança manifestada por Sylvia Maier, ainda que a autora reconheça que continua a não existir uma posição jurisprudencial coerente e inequívoca a nível regional e federal. Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, pp. 229-230, 240, 242 e 244.

111 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 240.

112 Cf. S. MAIER, “Honor killings and the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 243.

pena, por entenderem que o ambiente familiar exerceu uma pressão muito grande sobre os indivíduos, sobretudo quando se trata de arguidos mais jovens¹¹³.

Nos Países Baixos, o número de homicídios considerados “crimes de honra” é menor do que o verificado na Alemanha, mas a evolução da posição dos tribunais nesta matéria parece seguir um fio semelhante ao dos seus congêneres alemães. Também aqui, a questão jurídica chave consiste em saber se o desejo de defender a honra constitui um motivo de agravamento do tipo de crime ou não. Segundo Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde, na década de 1970, os tribunais foram muito complacentes com os crimes de honra, impondo penas pouco severas¹¹⁴. No final da década de 1990, um caso emblemático sinalizou uma importante mudança de tendência. Em 1999, uma mulher turca foi mortalmente baleada pelo marido quando se encontrava escondida numa casa-abrigo para vítimas de violência doméstica. Perante o Tribunal Distrital de Dordrecht, o marido disse ter agido para preservar a sua honra, já que a vítima estava envolvida com outro homem apesar de continuar casada consigo. Este argumento foi rejeitado com veemência pelo Tribunal, que afirmou querer que a sua pronúncia tivesse um efeito de prevenção geral. Segundo o Tribunal, na ordem jurídica holandesa, a ideia de que a honra atacada deve ser vingada não pode, de modo nenhum, servir de desculpa para o uso de violência contra quem quer que seja, pelo que uma tal motivação nunca poderia ter um efeito mitigante na apreciação de um crime de homicídio. O Tribunal afirmou ainda que o enquadramento pessoal do arguido – a sua família e comunidade – era parte do problema, já que a valorização da honra da família poderia levar o arguido a voltar a usar de violência no futuro¹¹⁵. Apesar do impacto desta decisão, continuam a existir juízes holandeses dispostos a tomar em consideração argumentos culturais e a pesá-los como circunstâncias atenuantes na apreciação de crimes de honra, mas, quando o fazem, deixam muito claro o seu desdém por este tipo de crimes, apresentando-os como consequência do “*background primitivo*” do arguido ou do seu estado de espírito arcaico¹¹⁶. Seja como for, o argumento “defesa da honra” é cada vez mais usado como agravante na prática judicial holandesa. Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde referem, por exemplo, as afirmações proferidas por um Procurador do Ministério Público holandês que disse ter a intenção de pedir imediatamente a pena mais pesada caso viesse a determinar-se em juízo que o arguido (um imigrante turco que esfaqueara mortalmente a sua mulher) agira para defender a sua honra¹¹⁷. Os

113 Informação disponível em <http://www.spiegel.de/international/germany/lenient-courts-german-justice-slammed-in-honor-killing-study-a-777997.html> [05.05.2016].

114 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 163-164.

115 Esta tendência para atribuir a responsabilidade penal não apenas ao direto autor da violência, mas também a membros da sua família tem sido seguida em decisões posteriores. Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 164-165.

116 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, p. 165.

117 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, p. 167.

autores alertam – em nosso entender, muito bem – para os riscos que daqui decorrem para os direitos de defesa dos arguidos e recordam que os crimes de honra devem ser julgados como qualquer outro crime, assegurando aos arguidos a oportunidade de explicar os motivos pelos quais agiram¹¹⁸ e respeitando as garantias de uma justiça individualizada em que a pena não exceda a medida da culpa.

2.2. Pontual reconhecimento de relevância a argumentos islâmicos e aceitação de transplantes jurídicos

Do que ficou dito na secção anterior, resulta já claro que, apesar daquela tendência dominante, em algumas circunstâncias pontuais, os tribunais europeus se mostram disponíveis para reconhecer a relevância de argumentos culturais e religiosos islâmicos, inclusive através da acomodação de institutos de Direito estrangeiro fundados na *Sharia*, o que podemos designar por *transplantes jurídicos*, para usarmos a expressão cunhada por Alan Watson¹¹⁹. É assim, sobretudo, no domínio do estatuto pessoal, por operação de regras de DIP. As razões de ordem pública são, por vezes, afastadas em nome de considerações estritamente pragmáticas, de modo a não perturbar situações já constituídas e estabilizadas e a proteger os interesses de mulheres e crianças¹²⁰. E o mesmo vale para as “dificuldades técnicas”¹²¹ associadas à incorporação de institutos jurídicos de Direito islâmico sem correspondência na *lex fori*. Daí que a maioria dos casos em que os tribunais europeus se mostram disponíveis para acomodar normas e práticas islâmicas envolva o instituto do dote (*mahr*).

Na Alemanha, por exemplo, apesar das reservas manifestadas na doutrina sobre a possibilidade de exigir judicialmente o cumprimento de um contrato de *mahr*, atenta a sua difícil classificação jurídica (seja como contrato de casamento ou como prestação de alimentos subsequente ao divórcio), os tribunais têm vindo a desvalorizar o facto de o instituto não ter equivalente no Direito alemão e a reconhecer o *mahr* enquanto parte integrante dos costumes muçulmanos, pelo que, na maioria dos casos, acabam por concluir que os maridos têm o dever de pagar o valor acordado¹²². De modo não muito diferente, também os tribunais suecos têm vindo a mostrar-se disponíveis para reconhecer o ins-

118 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 166-169 e 171.

119 Cf. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2.ª ed., Atenas e Londres, The University of Georgia Press, 1993, pp. 21-30 e 95-101.

120 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 10.

121 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72.

122 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72. Segundo a autora, também os tribunais franceses têm vindo a reconhecer o *mahr*, em cumprimento de regras de Direito Internacional Privado, ainda que não sejam muito numerosos os casos submetidos a apreciação judicial (p. 69).

tituto e deferir os pedidos feitos pelas esposas muçulmanas, uma abertura que ajuda a explicar, segundo Maarit Jänterä-Jareborg, o elevado número de casos submetidos todos os anos a estes tribunais¹²³. Num caso decidido em 2011, uma mulher iraniana pediu ao tribunal que o seu ex-marido, um indivíduo com dupla nacionalidade iraniana e sueca, fosse obrigado a pagar o dote (114 moedas de ouro) acordado aquando da celebração do casamento no Irão. O marido contestou o pedido alegando que, depois de chegar à Suécia, a esposa havia renunciado ao pagamento do dote através de um acordo assinado na embaixada iraniana em Estocolmo. O marido alegou ainda que o casamento era um casamento de conveniência, concluído apenas para permitir à esposa a obtenção de um visto para entrar na Suécia, e que tinha deixado claro à esposa, antes do casamento, que não concordava com a visão iraniana tradicional sobre o casamento nem com a legitimidade dos acordos sobre o dote e que se dispunha a celebrar o acordo apenas para manter as aparências no Irão. O tribunal de primeira instância ponderou as circunstâncias do caso, em especial o valor do dote acordado e as condições em que este fora negociado no Irão, a posição das mulheres na cultura de origem das partes e a total dependência da mulher em relação ao marido depois da sua chegada à Suécia, para concluir que a renúncia ao dote acordado não podia ter sido voluntária, sendo por isso inválida, inclusive à luz do Direito iraniano¹²⁴. Um outro caso, de 2012, envolveu um casal de iranianos que tinham acordado um dote de 700 moedas de ouro aquando da celebração do seu casamento no Irão. Ao tempo do casamento, a esposa residia na Suécia havia dez anos. O casal separou-se pouco depois da chegada do marido à Suécia e o casamento foi dissolvido por decisão judicial de um tribunal sueco, na sequência de pedido da esposa, ao qual o marido se opôs. Quando a decisão judicial que dissolveu o casamento transitou em julgado, a esposa iniciou um processo judicial para exigir o pagamento do dote acordado. O marido recusou-se a reconhecer o direito da ex-mulher ao dote por, entre outros motivos, a mulher ter concordado oralmente em não reivindicar o dote e por o acordo sobre o *mahr* ter servido apenas uma função simbólica. O acordo havia sido celebrado por insistência da esposa e da família dela, mas apenas depois de o noivo e a sua família terem sido informados pela embaixada iraniana em Estocolmo de que o acordo não produziria efeitos na Suécia. A esposa tinha, de qualquer modo, segundo o marido, perdido o direito ao dote depois de o casamento ter sido dissolvido na Suécia por iniciativa dela. O tribunal de primeira instância concluiu que o marido não havia conseguido provar a existência do acordo verbal pelo qual a esposa teria renunciado ao dote, nem a natureza simbólica do acordo de *mahr*. A informa-

123 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Cross-border family cases...", *op. cit.*, p. 16.

124 O tribunal de recurso revogou esta decisão, por considerar que cabia à esposa provar que a renúncia fora obtida mediante coação e ameaças e que era inválida à luz do Direito iraniano. Maarit Jänterä-Jareborg observa que esta decisão do tribunal de recurso é excepcional no quadro de uma jurisprudência largamente favorável ao reconhecimento dos direitos das mulheres muçulmanas à obtenção do dote. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Cross-border family cases...", *op. cit.*, pp. 16-17.

ção disponibilizada ao tribunal sobre o conteúdo do Direito iraniano indicava que o divórcio decretado pelo tribunal sueco não seria reconhecido no Irão. Invocando o princípio de leal interpretação do Direito estrangeiro, o tribunal concluiu que a esposa tinha direito ao dote acordado, uma vez que as partes continuavam casadas à luz do Direito iraniano¹²⁵. Como observa Maarit Jänterä-Jareborg, estas decisões mostram que os tribunais suecos são flexíveis o suficiente para reconhecerem um instituto jurídico estrangeiro sem correspondência no Direito sueco, mas também que, quando o fazem, procuram ajustar o instituto à lei do foro, desde logo, por deferência à tendência geral do Direito da família sueco para proteger a parte mais fraca¹²⁶. Do que se trata, portanto, é sobretudo de proteger os interesses das mulheres, em homenagem a valores fundamentais do Estado do foro, e não propriamente de transplantar o instituto jurídico na íntegra, o que explica que, por vezes, o reconhecimento do *mahr* seja feito com desconsideração por regras de Direito estrangeiro relativas ao instituto, como parece ter acontecido no segundo caso sueco acabado de referir, já que o facto de a esposa ter iniciado o divórcio não teve aqui o efeito de perda do direito ao dote que teria no Irão.

A proteção dos interesses das mulheres explica igualmente as pontuais concessões a normas e práticas islâmicas verificadas em casos envolvendo divórcios *talaq* e casamentos poligâmicos, por vezes com recurso a “soluções criativas”¹²⁷. Os tribunais alemães, por exemplo, têm vindo a decretar divórcios entre muçulmanos procurando ajustá-los, no que respeita a aspetos formais, não apenas ao Direito alemão, mas também às práticas islâmicas, de modo a evitar a criação de estatutos jurídicos incertos – reconhecidos numas ordens jurídicas e não reconhecidos noutras – no que respeita aos vínculos entre os esposos e à guarda de menores¹²⁸. É por isso que estes tribunais se dispõem a reconhecer o *talaq* se a esposa comparecer em juízo e confirmar que concorda com a dissolução do casamento, como aconteceu com a decisão proferida, em 1992, pelo Tribunal de Primeira Instância de Esslingen, em que o juiz dissolveu o casamento depois de o marido ter pronunciado o *talaq* à sua frente¹²⁹. Quanto aos casamentos poligâmicos, tanto os tribunais alemães como os tribunais franceses têm-se disposto a reconhecer-lhes alguns efeitos jurídicos, sob condição de os casamentos terem sido validamente celebrados num Estado que permita a poligamia. O Supremo Tribunal de Justiça francês tem afirmado repetidas vezes que a poligamia não constitui uma violação da ordem pública francesa nessas circunstâncias¹³⁰, apesar de

125 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

126 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 19.

127 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 31.

128 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 31.

129 Cf. P. FOURNIER, “The reception of Muslim family laws...”, *op. cit.*, p. 72.

130 Em idêntico sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Administrativo francês, na decisão de 1980 que referimos supra (nota 76), em que o Tribunal considerou que a concessão de autorização de residência à segunda

semelhante união ser declarada absolutamente nula se contraída em França. Nestes casos, o seguro de saúde pode ser pago a uma mulher registada pelo seu marido como sua dependente, sendo irrelevante se se trata de um casamento poligâmico ou não. No que respeita ao acesso a subsídios da segurança social, a segunda esposa não poderá reivindicar tais subsídios se a primeira esposa já beneficia deles, a menos que esta já não resida em França¹³¹. Na Alemanha, o reconhecimento judicial de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos tem também significado que as segundas esposas têm acesso a subsídios da segurança social, para além de poderem herdar dos seus maridos e obter prestações de alimentos para os seus filhos¹³².

Como observa Elisa Giunchi, estas acomodações de normas e práticas islâmicas são meras concessões *ad hoc*, feitas em circunstâncias específicas e numa escala muito limitada, pelo que não subvertem os sistemas jurídicos europeus, nem a sua narrativa sobre a alteridade muçulmana. São ainda e sempre os sistemas jurídicos dos Estados de acolhimento que fixam os limites do que pode ser acomodado, com base na sua perceção do que é aceitável¹³³. De qualquer modo, é inevitável que o encontro entre os sistemas jurídicos europeus e as normas e práticas das diásporas muçulmanas afete umas e outras ordens normativas¹³⁴, contribuindo para o pluralismo e o hibridismo jurídicos de que demos conta *supra*.

Importa também não ignorar que, em alguns casos, a deferência judicial para com argumentos islâmicos é feita de forma equivocada, sem apoio na *lex fori* nem em normas de Direito estrangeiro fundadas na *Sharia*. Emblemática a este respeito é a muito polémica decisão do Tribunal de Família de Frankfurt, de 2007, que indeferiu o pedido de tramitação urgente do processo de divórcio de um casal de muçulmanos de origem marroquina com o argumento de que a violência física invocada pela requerente era comum na cultura de origem dos cônjuges e se enquadrava perfeitamente no mandamento corânico de admoestação regular das esposas pelos maridos. A decisão foi rapidamente revogada, mas o facto de a juíza ter invocado diretamente um preceito do Alcorão (Sura 4:34¹³⁵) para fundamentar a posição do tribunal gerou o pânico de que estivesse em curso

esposa de um indivíduo originário da Argélia não poderia ser recusada com fundamento nos princípios de ordem pública do Estado francês.

131 Cf. P. FOURNIER, "The reception of Muslim family laws...", *op. cit.*, p. 68.

132 Cf. P. FOURNIER, "The reception of Muslim family laws...", *op. cit.*, p. 72.

133 Cf. E. GIUNCHI, "Muslim family law...", *op. cit.*, p. 5.

134 Cf. E. GIUNCHI, "Muslim family law...", *op. cit.*, pp. 6 e 11.

135 "Os homens estão por cima das mulheres, porque Deus favoreceu a uns em relação aos outros, e porque eles gastam parte das suas riquezas em favor das mulheres. As mulheres piedosas são submissas às disposições de Deus; são reservadas na ausência dos seus maridos no que Deus mandou ser reservado. Àquelas de quem temais desobediência, admoestai-as, confinai-as nos seus aposentos, castigai-as. Se vos obedecem, não procureis pretexto para as maltratar. Deus é altíssimo, grandioso". Reproduzimos aqui a versão da Sura 4:34 constante da edição do

uma islamização do judiciário alemão. A decisão continha vários erros graves, como notou Mathias Rohe¹³⁶. Tratando-se de um caso de DIP, a lei do Estado de nacionalidade das partes (Marrocos) seria aplicável, mas a decisão não teve por fundamento um preceito de Direito marroquino – o que, diz Rohe, seria difícil já que o Código da Família de Marrocos não autoriza a violência doméstica –, mas sim um preceito do Alcorão, que não é Direito estrangeiro aplicável¹³⁷. De qualquer modo, ainda que o preceito corânico tivesse tradução literal na lei marroquina, sempre haveria que recusar a sua aplicação ao caso concreto em nome de princípios de ordem pública do Estado alemão. Para além disso, a juíza ignorou novas interpretações da Sura 4:34 feitas por juristas muçulmanos, segundo as quais o termo *daraba* deve ser entendido como significando “apartar” e não “bater”¹³⁸.

Apesar de insólito e rapidamente corrigido, este não é caso único. Refira-se também o curioso caso em que um tribunal distrital holandês apreciou a recusa de um pai muçulmano de permitir que a sua filha participasse nas aulas de natação obrigatórias, por estas aulas decorrerem em turmas mistas de rapazes e raparigas, contra os preceitos da sua fé. Para evitar a frequência destas aulas, o indivíduo mantivera a filha em casa, com o que incorrera na prática de um ilícito penal. Perante o tribunal, o indivíduo invocara as suas convicções religiosas. O tribunal distrital rejeitou os argumentos da defesa, referindo-se diretamente ao Alcorão e afirmando que o Alcorão não contém nenhum versículo que proíba expressamente a natação conjunta de rapazes e raparigas. Também aqui, temos uma decisão problemática à luz da própria *lex fori*, já que, como explicam Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde, desde 1957, o Supremo Tribunal holandês tem adotado a regra da “contenção interpretativa”, segundo a qual os tribunais inferiores não estão autorizados a discutir o acerto da interpretação de textos religiosos invocados pelas partes no processo¹³⁹.

2.3. As dificuldades associadas a uma e a outra abordagens

A referência direta a preceitos corânicos por juízes europeus em tribunais europeus é tão preocupante quanto a sua recusa categórica em reconhecer relevância jurídica a argumentos islâmicos. Uma e outra reações ficam a dever-se, em larga medida, à falta de

Alcorão publicada, em 2002, pelas Publicações Europa-América, com tradução de Américo de Carvalho.

136 Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, *op. cit.*, p. 93.

137 Como observa Maarit Jänterä-Jareborg, noutro contexto, a *Sharia* (à semelhança do Talmude e do Direito Canónico) não constitui Direito estrangeiro aplicável a situações jurídicas plurilocalizadas, porque não é Direito estadual. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 27.

138 Cf. M. ROHE, “Shari’a in a European context”, *op. cit.*, p. 93.

139 Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 151-152.

familiaridade dos juízes europeus com as tradições jurídicas islâmicas¹⁴⁰ e a consequente falta de “sensibilidade cultural”¹⁴¹ face ao Islão, um problema que tem vindo a (pre)ocupar académicos e operadores judiciais nos últimos anos e em resposta ao qual se afigura necessária, antes de mais, a disponibilização de informação credível sobre decisões judiciais e legislação estrangeira e a instituição de programas de formação profissional para juízes, funcionários judiciais e juristas em geral sobre o conteúdo de institutos de Direito estrangeiro de fundamento religioso, sobre técnicas de DIP e sobre diferentes tradições culturais e jurídicas¹⁴².

Parece ser incontroverso que a formação jurídica de base oferecida nas universidades europeias – centrada como está no conhecimento dos quadros normativos estaduais – não prepara os juízes e demais operadores judiciais para a comunicação intercultural e para a interpretação de argumentos e normas originários de ordens jurídicas estrangeiras e de ordens normativas diferentes do Direito. Em alguns Estados europeus, como a Alemanha, os centros de formação de magistrados já ministram cursos breves destinados a promover a sensibilidade cultural dos juízes, mas – diz-nos Mathias Rohe – muito mais poderia ser feito neste domínio¹⁴³. No Reino Unido, o Judicial College, que supervisiona a formação dos juízes, publica periodicamente um manual de boas práticas intitulado *Equal Treatment Bench Book*¹⁴⁴, onde é possível encontrar informações sobre diferentes crenças e práticas religiosas (desde a fé Bahá’i até ao Zoroastrismo) e indicações sobre a arte de julgar (*judgecraft*), incluindo a necessidade de os juízes estarem bem informados sobre as culturas, as crenças e as desvantagens alheias e bem cientes dos preconceitos próprios.

Dir-se-á que estamos a ser demasiado exigentes com os juízes europeus. Quando em causa está a interpretação de normas direta ou indiretamente retiradas da *Sharia*, as dificuldades com que estes se deparam são muito significativas. Basta ter presente que a interpretação da *Sharia* não é uniforme no mundo muçulmano e que as normas seguidas

140 Referindo-se às autoridades belgas, Marie-Claire Foblets e Baudouin Dupret falam mesmo numa “ignorância abissal” sobre a cultura islâmica. Cf. M.-C. FOBLETS e B. DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, *op. cit.*, pp. 57-71. Recentemente, o estudo RELIGARE detetou uma falta generalizada de informação jurídica credível sobre o conteúdo de regras de Direito estrangeiro de fundamento religioso entre advogados, juízes e atores políticos. Os tribunais e as administrações públicas carecem frequentemente de meios para interpretar cabalmente regras de Direito estrangeiro e o modo como essas regras são concretamente interpretadas e aplicadas nos Estados de origem. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *op. cit.*, p. 22. Cf., também, E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, pp. 9-10.

141 Cf. M. ROHE, “Alternative dispute resolution...”, *op. cit.*, p. 4.

142 São nesse sentido as recomendações finais do estudo RELIGARE. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *op. cit.*, p. 22. Cf., igualmente, R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 20.

143 Cf. M. ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe...”, *op. cit.*, pp. 4 e 9.

144 A edição mais recente, de 2013, revista em 2015 (com a adição de secções sobre hinduísmo e secularismo), pode ser consultada em <https://www.judiciary.gov.uk/publications/equal-treatment-bench-book/> [15.05.2016].

pelos muçulmanos na Europa podem variar consoante a escola de jurisprudência islâmica seguida¹⁴⁵ e o país de origem dos indivíduos¹⁴⁶. Existe também, nos Estados de maioria muçulmana, um fosso muito grande entre o Direito codificado e a prática judicial, bem como entre a interpretação oficial da Lei islâmica e o modo como esta é vivida, percebida e aplicada na prática. O desconhecimento deste fosso tem levado juízes europeus a interpretar o Direito em vigor nesses Estados de forma mais conservadora e literal do que a adotada na prática judicial desses mesmos Estados¹⁴⁷. É certo que não se pode exigir ou esperar que os juízes europeus tenham uma noção clara sobre as diferentes escolas de jurisprudência islâmica e sobre as diferentes interpretações da *Sharia* – e muito menos que tomem partido de uma interpretação em detrimento das demais¹⁴⁸ –, mas também não podemos ignorar que o seu desconhecimento sobre o significado da *Sharia* e as suas variações no mundo muçulmano podem prejudicar a compreensão que os juízes fazem das normas de Direito estadual de fundamento religioso que sejam chamados a aplicar por operação de regras de DIP¹⁴⁹.

Uma via de superar estas dificuldades poderá ser a de onerar as partes em litígio com a prova sobre o conteúdo das normas de Direito estrangeiro de fundamento religioso. É, de resto, cada vez mais comum na prática judicial dos tribunais europeus que as partes em litígio prestem ao tribunal informações sobre regras de Direito estrangeiro fundadas na *Sharia*, seja através do texto da legislação e de decisões judiciais, seja através de pareceres de peritos ou da audição de testemunhas no país de origem por vide-

145 Escolas *Hanafita*, *Malikita*, *Shafiita* e *Hanbalita*, no Islão sunita; escolas *Zaidita* e *Jafarita*, no Islão xiita. Cf. P. JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: Proposta de Análise a Partir do Confronto dos Modelos Ocidental e Islâmico*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 155-177.

146 As diásporas muçulmanas são originárias de diferentes contextos socioculturais e, por isso, expressam uma grande variedade de concepções religiosas. Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 5.

147 As alterações jurídicas mais inovadoras que tiveram lugar no mundo muçulmano nas últimas décadas foram operadas pelos tribunais, mas, na maioria dos casos, estas decisões inovadoras não são conhecidas pelos juízes ocidentais, que se limitam a consultar os jornais oficiais. Por exemplo, juízes britânicos têm entendido que um *talaq* proferido no Paquistão que não seja notificado às autoridades paquistanesas nos termos definidos por lei não é válido, ao passo que os tribunais paquistaneses, para protegerem as mulheres repudiadas de eventual responsabilidade penal pelo crime de fornicação, têm considerado que a notificação do *talaq* é irrelevante para a determinação da existência do vínculo conjugal, dando precedência ao Direito islâmico não codificado sobre o Direito estadual de origem humana. Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, pp. 9-11.

148 Como nota Elisa Giunchi, os tribunais europeus não têm de pronunciar-se sobre qual é a versão correta da *Sharia* ou tomar partido de uma dada interpretação. Os juízes têm apenas de aplicar o Direito estadual do Estado de origem das partes no litígio, eventualmente mitigado por considerações de ordem pública, ou reconhecer (ou não) a validade de atos praticados no estrangeiro ao abrigo de legislação estadual fundada na *Sharia*. Enquanto os juízes muçulmanos nos tribunais de Estados de maioria muçulmana podem fundamentar as suas decisões em argumentos colhidos numa das escolas de jurisprudência islâmica, os juízes europeus não estão autorizados nem são competentes para o fazer. Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 9. Em idêntico sentido, Maarit Jänterä-Jareborg observa que o dever que impende sobre os tribunais estaduais europeus de conhecer o Direito estrangeiro aplicável, de acordo com o princípio *iura novit curia*, não pode razoavelmente incluir Direito religioso estrangeiro. Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 29.

149 Cf. E. GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, p. 9.

oconferência¹⁵⁰. Nem sempre, no entanto, as partes no litígio são capazes de prestar ao tribunal informações fidedignas sobre o conteúdo das normas de Direito estrangeiro¹⁵¹. Ainda que o façam, a responsabilidade pela interpretação final dessas normas continua, de qualquer modo, a caber aos tribunais europeus¹⁵². Nesta interpretação, os tribunais europeus estão obrigados pelo princípio da aplicação leal do Direito estrangeiro, mas, como tivemos oportunidade de observar *supra*, a tendência maioritária é para ajustar as regras de Direito estrangeiro de fundamento religioso de modo a conformá-las com os valores estruturantes da *lex fori*¹⁵³.

Refira-se ainda que os recentes cuidados com a falta de sensibilidade cultural dos juízes e demais operadores judiciais não se prendem unicamente com a falta de informação sobre ordens jurídicas estrangeiras e diferentes culturas e tradições jurídicas. Há também motivos de preocupação relacionados com o racismo e a xenofobia que fazem parte do ambiente em que as questões da diversidade cultural são levantadas em tribunal, desde logo, por força dos preconceitos mais e menos conscientes dos atores judiciais¹⁵⁴. Como observado pelo estudo RELIGARE, um conjunto de paradigmas herdados do passado relativos à religião maioritária permanecem por questionar na prática judicial, pelo que outras perceções da religião e do seu papel na sociedade são marginalizadas ou ignoradas¹⁵⁵. No que se refere ao Islão, em particular, é de temer que os juízes europeus não tenham consciência dos seus preconceitos e da influência que estes preconceitos podem ter para o modo como reagem aos argumentos apresentados por muçulmanos em tribunal. Se os juízes com assento no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem podem servir-

150 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 29. O estudo RELIGARE recomenda o alargamento do uso de peritos que possam esclarecer o tribunal sobre o conteúdo de normas de Direito estrangeiro de fundamento religioso. Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *op. cit.*, p. 22. Importa referir, no entanto, que o recurso à prova pericial também envolve alguns riscos, como notam Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde. Desde logo, o risco de o perito ser recebido em tribunal como um *deus ex machina*, como um autêntico mensageiro da verdade, quando é certo que são possíveis múltiplas interpretações sobre uma mesma tradição cultural, religiosa ou jurídica. Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference...”, *op. cit.*, pp. 152-153.

151 De acordo com a prática judicial comum na Europa, em situações de impossibilidade de provar o conteúdo de Direito estrangeiro aplicável, o pedido é indeferido ou, em alternativa, é apreciado à luz do Direito do Estado do foro. Uma terceira via será a de aplicar um “Direito próximo”, que tanto pode ser o de um sistema jurídico estadual dentro da mesma tradição jurídica ou uma regulação presumivelmente semelhante de um outro Estado. Quando o que está em causa é uma norma de Direito estrangeiro de fundamento religioso, não é claro que qualquer destas soluções seja adequada, ainda que possa preferir-se a via do “Direito próximo”. Nesse sentido, cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 32.

152 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, p. 32.

153 Cf. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases...”, *op. cit.*, pp. 29-30.

154 Cf. R. BALLARD *et al.*, “Cultural diversity...”, *op. cit.*, p. 14.

155 Cf. AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, *cit.*, p. 3. Daí que as recomendações do estudo sejam no sentido de promover a tomada de consciência entre os operadores judiciais de que os sistemas jurídicos europeus em matéria de Direito da Família resultam de um fundo cristão, ainda que este tenha sido traduzido em formas seculares (p. 21).

-nos de referência, a conclusão a retirar é a de que muitos juízes europeus veem o Islão e o seu Direito como inteiramente incompatíveis com os valores de democracia, pluralismo e direitos humanos, em especial o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

3. Portugal: um caso à parte?

Portugal tem-se mantido largamente à margem dos debates que têm animado académicos, ativistas e líderes políticos nas últimas duas décadas sobre a viabilidade da integração dos muçulmanos nas sociedades europeias¹⁵⁶. Não vemos manifestações contra a construção de mesquitas, com ou sem minaretes. Não temos controvérsias sobre o uso do véu islâmico, sob qualquer das suas modalidades, nas escolas ou no espaço público. Não há notícia de “crimes de honra” como os que têm ocorrido na Alemanha e nos Países Baixos. O único assunto que tem merecido alguma atenção académica, mediática e política nos últimos anos tem sido a excisão feminina, uma prática cuja associação à religião islâmica é, todavia, expressamente rejeitada no discurso oficial¹⁵⁷. A aparente invisibilidade da “nova presença islâmica”¹⁵⁸ em Portugal não é necessariamente uma coisa boa, já que pode implicar um menor cuidado da parte dos decisores políticos às necessidades dos membros destas comunidades¹⁵⁹, mas a impressão dominante – veiculada pelos representantes das comunidades muçulmanas, pelos líderes políticos e pelos órgãos de comunicação social – é a de que esta se deve ao facto de, muito simplesmente, não haver problemas com a integração dos muçulmanos na sociedade portuguesa¹⁶⁰.

156 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem: a nova presença islâmica em Portugal”, in *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 34, 2000, pp. 117-118. Deste modo, Portugal contraria a expectativa de autores como Valérie Amiraux para quem os Estados onde exista uma cultura católica predominante são mais propensos a “controvérsias explosivas” em torno de práticas islâmicas (uso do véu, construção de mesquitas, etc.) do que os Estados em que a maioria da população seja protestante ou bi-confessional. Cf. V. AMIRAUX, “Discrimination and claims for equal rights...”, *op. cit.*, pp. 27-28.

157 Cf. J. LEITÃO, “The new Islamic presence in Portugal: Towards a progressive integration”, in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, pp. 185-186.

158 Convocamos aqui a designação comumente adotada para referir “o fenómeno histórico recente de uma população muçulmana em constante crescimento” na Europa, fruto da imigração de trabalhadores muçulmanos a partir do fim da segunda guerra mundial. Segundo Nina Clara Tiesler, esta designação tem a vantagem de “ajuda[r] a distinguir as *novas* culturas muçulmanas nas sociedades europeias da *presença tradicional islâmica* na Europa Oriental e do Sul (por exemplo, nos Balcãs), por um lado, e da *presença islâmica histórica* na Península Ibérica, por outro”. Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, p. 120 (itálicos no original, interpolação nossa). A presença muçulmana em Portugal não tem qualquer ligação sociodemográfica com a antiga população muçulmana dos tempos medievais. Para além disso, e diversamente do que se passa em Espanha, a herança histórica do Al-Andaluz não assume especial relevância para o modo como é tratada a integração dos muçulmanos na sociedade portuguesa (pp. 117, 120 e 132). Cf., ainda, N. C. TIESLER, “Novidades no terreno: muçulmanos na Europa e o caso português”, in *Análise Social*, vol. XXXIX, n.º 173, 2005, pp. 839-842; J. NIELSEN, *Muslims in Western Europe*, 3.ª ed., Edimburgo, Edinburgh University Press, 2004, p. 100.

159 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 131-132.

160 Cf. L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, in M. Burchardt e I. Michalowski (eds.), *After Integration: Islam, Conviviality and Contentious Politics in Europe*, Wiesbaden, Springer, 2015, pp. 239-240.

São várias as explicações avançadas para esta singularidade lusitana. Desde logo, é comparativamente reduzido o número dos muçulmanos presentes em Portugal¹⁶¹. Não existem dados oficiais, mas calcula-se que rondem os 50 mil (8 mil dos quais pertencentes à comunidade ismaelita, liderada pelo príncipe Aga Khan IV¹⁶²), numa população de cerca de 10,3 milhões de habitantes¹⁶³. Por outro lado, os primeiros muçulmanos a instalar-se em Portugal na década de 1950 eram provenientes de territórios sob domínio português em África (Moçambique e Guiné-Bissau), tinham nacionalidade portuguesa e gozavam de um elevado estatuto socioeconómico, mantendo, até hoje, fortes laços com a elite política do país¹⁶⁴. Os muçulmanos chegados mais recentemente (de Marrocos, Senegal, Paquistão, Bangladesh, etc.) têm um perfil socioeconómico mais diversificado e não têm o mesmo domínio da língua portuguesa, o que torna a integração em Portugal um processo previsivelmente menos fácil¹⁶⁵. De qualquer modo, a progressiva diversificação das comunidades muçulmanas presentes em Portugal não parece ser fonte de tensões ou problemas, para o que muito contribuirá a forte influência ainda exercida pela Comunidade Islâmica de Lisboa junto dos muçulmanos residentes no país, apesar da crescente dispersão territorial, e as boas relações que esta sempre promoveu com o resto da sociedade portuguesa¹⁶⁶. Representantes das comunidades muçulmanas têm estado presentes em todas as instituições estaduais e *fora* da sociedade civil relacionados com a gestão da diversidade religiosa e com o diálogo interconfessional¹⁶⁷. Como tem sido notado por vários observadores, os líderes das comunidades muçulmanas têm-se mantido estrategicamente à margem de controvérsias políticas, optando por secundar a posição da Igreja Católica em questões polémicas como o aborto e o casamento entre pessoas do

161 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 118-120.

162 A comunidade ismaelita em Portugal é comparativamente mais numerosa do que as suas congéneres noutros Estados europeus, o que, segundo Nina Clara Tiesler, constitui um dos motivos de interesse do caso português, de outro modo “bastante marginal”. Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 117 e 125-126.

163 Cf. J. G. HENRIQUES, “São portugueses, são muçulmanos”, in *Público*, edição de 08.02.2015, disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/sao-portugueses-sao-muculmanos-1685260> [15.05.2016].

164 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 119, 121, 124, 126-127, 133-134; IDEM, “Novidades no terreno...”, *op. cit.*, pp. 832-833; J. LEITÃO, “The new Islamic presence in Portugal...”, *op. cit.*, pp. 179-180. Esta associação entre o elevado estatuto socioeconómico dos muçulmanos e a sua boa integração na sociedade portuguesa parece confirmar a tese de Christian Joppke segundo a qual os problemas de integração enfrentados pelos muçulmanos na Europa se devem mais a fatores socioeconómicos do que a fatores culturais e religiosos. Cf. C. JOPPKE, *The Role of the State in Cultural Integration: Trends, Challenges, and Ways Ahead*, Washington DC, Migration Policy Institute, 2012, p. 5. Nós reservamos opinião. Cf. P. JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa...”, *op. cit.*, pp. 88-89.

165 Cf. N. C. TIESLER, “Novidades no terreno...”, *op. cit.*, p. 835; L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, p. 239; L. S. LOJA, “Islam in Portugal”, in S. T. Hunter (ed.), *Islam, Europe’s Second Religion: The New Social, Cultural, and Political Landscape*, Westport, Praeger, 2002, p. 193.

166 Sobre o papel desempenhado pela Comunidade Islâmica de Lisboa, cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, pp. 122 e 126-130; IDEM, “Novidades no terreno...”, *op. cit.*, pp. 833-834.

167 Cf. J. LEITÃO, “The new Islamic presence in Portugal...”, *op. cit.*, p. 179; L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, pp. 231 e 234-236.

mesmo sexo e por não fazer reivindicações específicas para a religião islâmica¹⁶⁸. Diversamente do que se passa noutros Estados europeus, as tensões entre grupos religiosos em Portugal não têm oposto muçulmanos e cristãos, mas sim católicos e protestantes¹⁶⁹. Nada disto obsta, no entanto, a que, também em Portugal, existam preconceitos contra o Islão e os seus fiéis e que estes se manifestem de formas mais e menos subtis (ainda que, de um modo geral, não violentas) na interação quotidiana entre não muçulmanos e muçulmanos, sejam estes portugueses ou estrangeiros.

Nos tribunais, a presença islâmica praticamente não se tem notado, a avaliar pelo reduzido número de casos com referências a muçulmanos ou ao Islão que foram apreciados pelos tribunais superiores portugueses nas duas últimas décadas¹⁷⁰. A maioria dos casos que envolvem litigantes muçulmanos dizem respeito a pedidos de asilo ou proteção subsidiária. Fora estes, há quatro decisões em processos-crime (uma condenação por roubo e detenção de arma proibida, duas por tráfico de estupefacientes e uma por violação e rapto), uma decisão sobre um pedido de extradição, duas decisões em processos de promoção e proteção de menores, uma decisão num processo de regulação do poder paternal, uma decisão sobre exumação de cadáver e um caso de revisão de sentença estrangeira sobre um divórcio *talaq*. Não encontramos nenhum caso envolvendo o cumprimento de um contrato de dote, nem o reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos ou de guarda de menor ao abrigo do instituto islâmico da *kafala*.

Nas decisões em matéria de asilo e proteção subsidiária, a menção da identidade religiosa dos requerentes é feita, por norma, na transcrição das entrevistas conduzidas pelo SEF e, na maioria das vezes, não parece ter qualquer impacto sobre a pronúncia dos tribunais, que tendem a confirmar as decisões recorridas negadoras de asilo ou proteção subsidiária com o argumento de que os requerentes não passaram o “teste de credibilidade”, por não terem apresentado um “relato coerente, credível e suficientemente justificador do sentimento de impossibilidade de regressar ao país de origem”¹⁷¹. Não deixam de existir, no entanto, decisões em que a circunstância de haver muçulmanos envolvidos

168 Cf. L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, pp. 239-240.

169 Cf. N. C. TIESLER, “Muçulmanos na margem...”, *op. cit.*, p. 131; L. P. BERNARDO, “Islam in contemporary Portugal”, *op. cit.*, pp. 230-231.

170 Limitámos a pesquisa às decisões dos tribunais superiores (Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunais das Relações e Tribunais Centrais Administrativos), por serem estas as que estão disponíveis, em texto integral, a partir das bases jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P., em www.dgsi.pt. Fazendo uma pesquisa livre, com as palavras-chave *muçulmano*, *muçulmana*, *islâmico*, *islâmica*, *mahr*, *talak*, *kafala* e *Islão*, encontramos 48 decisões, das quais apenas 22 foram proferidas em processos envolvendo litigantes muçulmanos. É de prever que o número de decisões aumente consideravelmente se alargarmos a pesquisa às decisões proferidas pelos tribunais de primeira instância.

171 Considere-se, a título meramente exemplificativo, os acórdãos proferidos pelo Tribunal Central Administrativo Sul, em 26 de março de 2015 (processo n.º 11691/14) e em 29 de outubro de 2015 (processo n.º 12484/15).

foi diretamente considerada pelos tribunais ao avaliarem se as alegações dos requerentes eram ou não “suficientemente justificadoras”. Numa decisão de 1998, o Supremo Tribunal Administrativo não se deixou persuadir pelo que designou ser um “vago receio de perseguição” invocado por um requerente de asilo muçulmano, natural da Sérvia e residente na Croácia, a quem cabia “alegar e comprovar, com referência à sua região de origem ou de residência, que pelo facto de pertencer à etnia/religião muçulmana tal constitui, só por si, motivo de receio de regressar ao respectivo país dada a perseguição ali movida aos seus membros”. O Tribunal deixou transparecer a sua opinião quanto à improbabilidade de uma tal prova, ao acrescentar que “aquela região da Europa constitui um multifacetado étnico e religioso”¹⁷², uma afirmação que não deixa de ser curiosa tendo presente que, ao tempo, eram passados poucos anos sobre o fim da guerra na Bósnia. Mais recentemente, numa decisão de 7 de abril de 2016, o Tribunal Central Administrativo Sul concluiu que o facto de o requente se ter convertido ao Cristianismo e abandonado o Islão não implicava um sentimento de impossibilidade de regressar ao país de origem (Mali), já que os factos apurados se resumiam “tão-somente a um alegado medo da família que não aceita a mudança de religião daquele e a insultos por parte de vizinhos”¹⁷³. Em três casos distintos, apreciados também pelo Tribunal Central Administrativo Sul, o casamento forçado com muçulmano foi invocado por requerentes cristãs e muçulmanas como fundamento para os seus pedidos de asilo. A falta de credibilidade dos relatos das requerentes foi a consideração determinante nestas decisões, mas, no acórdão de 30 de julho de 2007, o Tribunal afirmou explicitamente que “o direito ao asilo ou à autorização de residência por razões humanitárias não pode ser justificado pela alegação de que a requerente pretende ser coagida por seu pai a casar com um muçulmano”¹⁷⁴. Em qualquer destes casos, a religião muçulmana e as práticas culturais associadas às tradições islâmicas aparecem como algo de exterior à sociedade portuguesa e sem implicações para esta. O mesmo se passa com o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que autorizou a extradição de um muçulmano a fim de este ser julgado pela prática de vários crimes na União Indiana, um caso em que não estavam sequer em causa práticas ou valores islâmicos, mas sim a alegada violação das garantias processuais dos indivíduos pertencentes a minorias nos tribunais da União Indiana¹⁷⁵.

172 Acórdão proferido em 15 de dezembro de 1998, no processo n.º 043490.

173 Acórdão proferido no processo n.º 13064/16.

174 Acórdão proferido no processo n.º 10075/13. Semelhante foi o acórdão proferido em 21 de fevereiro de 2013, no processo n.º 09498/12. Nestes acórdãos, o Tribunal confirmou a decisão recorrida que indeferira o pedido de asilo. O acórdão proferido em 24 de fevereiro de 2011, no processo n.º 07157/11, teve um desfecho diferente, já que o Tribunal concluiu ter havido “um défice de instrução procedimental” e condenou o SEF a reapreciar adequadamente o pedido de asilo da requerente.

175 Acórdão de 4 de fevereiro de 2004, proferido no processo n.º 3880/2003-3.

Mais interessantes são as decisões sobre questões que afetam cidadãos portugueses ou muçulmanos estrangeiros a residir em Portugal. Revelando uma boa medida de “sensibilidade cultural”, o Tribunal Central Administrativo Sul, numa decisão de 3 de abril de 2003¹⁷⁶, determinou a suspensão da eficácia de um despacho que havia indeferido o pedido de concessão perpétua de sepultura de indivíduo muçulmano e decretado a exumação do seu cadáver. O Tribunal considerou que a exumação do cadáver “equivale-ria à consumação de um prejuízo de ordem moral inquestionavelmente relevante”, por contrariar os princípios religiosos professados pelo defunto e pelos seus filhos, e dificilmente reparável, quer em termos qualitativos quer quantitativos. Entretanto, a decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 11 de março de 2010¹⁷⁷, sobre a guarda de menor filho de pai português e mãe iraquiana, também sugere cuidado por parte dos juizes portugueses em evitar estereótipos sobre o Islão. Neste caso, o pai havia requerido que lhe fosse confiada a guarda do menor, alegando, entre outros motivos, que a mãe, a residir na Jordânia, se havia tornado próxima da religião muçulmana e do estilo de vida e pensamento muçulmano mais radical e pretendia educar o filho como árabe. O Tribunal não deu qualquer atenção a este argumento, tendo observado apenas que “o facto de em confronto estarem Estados com culturas assaz diferentes [portuguesa e jordana] não pode relevar, sabendo-se que o menor nasceu e cresceu na Jordânia, onde era feliz [antes de o pai o ter trazido para Portugal]”.

Duas decisões recentes em matéria de confiança judicial de menores lidaram diretamente com a questão da proteção do interesse superior da criança no seio de famílias muçulmanas. A primeira foi proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 28 de maio de 2015¹⁷⁸, e confirmou a decisão de confiar sete menores a uma instituição com vista a futura adoção, por, entre outros argumentos, se estar perante “uma família biológica desajustada, com pai ausente do quotidiano dos filhos”. O Tribunal não estabelece uma direta relação causal, mas, ao caracterizar a situação familiar, refere que o pai dos menores “é casado no âmbito da religião muçulmana com três mulheres” (duas residentes em Lisboa e uma a residir na Guiné; todas com filhos dele) e que não reside com a mãe dos menores em causa neste processo. O Tribunal não faz qualquer observação a respeito da poligamia, parecendo ser sobretudo o facto de a mãe dos menores ser “manifestamente negligente em relação aos cuidados devidos aos filhos menores de higiene, saúde, alimentação, habitação e educação” que o persuade da existência de uma “situação potencialmente perigosa” para os menores. A segunda decisão digna de nota neste contexto é

176 Proferida no processo n.º 12256/03.

177 Processo n.º 5708/07.7TBCSC.L1-6.

178 Processo n.º 8867/07.5TMSNT.L1.S1.

um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 5 de novembro de 2015¹⁷⁹, que confirmou a decisão de confiar quatro menores a uma instituição, por considerar provado que os menores se encontravam em situação de perigo para a sua integridade física, saúde e desenvolvimento (“quatro crianças a quem não eram prestados os cuidados básicos de higiene, vestidas com andrajos, com cicatrizes no corpo [e] que eram sujeitos a castigos corporais violentos”). O pai dos menores, sem contestar os factos dados como provados pelo Tribunal, alegara, em defesa da preservação dos laços dos menores com a família biológica, que não se podia “omitir que se est[ava] perante uma família muçulmana, cujo cariz familiar tem características muito diferentes dos de uma família com uma cultura ocidental”. O Tribunal rejeitou este uso do argumento cultural, observando que “o tipo de comportamento parental descrito nos autos não pod[ia] ser imputado, no essencial, a particularidades inerentes à cultura muçulmana”.

Ainda no domínio do Direito da Família, cumpre notar que a poligamia e o repúdio (*talaq*) são frequentemente referidos como exemplos de figuras jurídicas contrárias à ordem pública internacional do Estado português¹⁸⁰. Todavia, no único caso em que um tribunal superior português se pronunciou sobre o reconhecimento de um divórcio *talaq* decretado no estrangeiro, a decisão foi favorável ao *exequatur*¹⁸¹. O Tribunal da Relação de Lisboa deteve-se longamente sobre o regime instituído a este respeito pelo Código da Família do Reino de Marrocos e, apesar de notar que vários aspetos desse regime contrariam o princípio da igualdade de género consagrado na ordem jurídica portuguesa, acabou por conferir *exequatur* à decisão do Tribunal de Rabat que havia homologado o divórcio, por não ter havido oposição da esposa a essa dissolução (nem em Marrocos,

179 Processo n.º 6368/13.1TBALM.L1-2.

180 A fórmula, retirada das lições de Ferrer Correia, é repetida em vários acórdãos. “Assim, por exemplo, são leis de ordem pública internacional a expropriação sem indemnização (confisco), as leis que proíbem a poligamia e que impedem um segundo casamento sem que o primeiro tenha sido dissolvido (editada por razões morais), e também teria de intervir a reserva de ordem pública internacional se a aplicação do direito estrangeiro atropelasse grosseiramente a concepção de justiça material como o Estado do foro a entende, abalando os próprios fundamentos da ordem jurídica interna, pondo em causa interesses da maior transcendência e dignidade, que choquem a consciência, como seria o caso de lei estrangeira que admitisse a morte civil ou a escravidão, ou como foi o caso das leis que, na Alemanha nazi, negavam aos judeus direitos fundamentais (ditadas por razões políticas, de polícia ou de economia política), ou a norma estrangeira que estabelecesse como impedimento à celebração do casamento a diversidade de raça ou de religião, ou repúdio de um marido muçulmano de uma esposa portuguesa, sem que esta tenha prestado o seu consentimento. O divórcio muçulmano cobra efeito pelo simples facto de o marido pronunciar três vezes a palavra Talak. Este divórcio, que não pressupõe o consentimento da mulher, é um repúdio. Ora o repúdio colide com o princípio que, na nossa Constituição, consagra a igualdade dos cônjuges. Se a mulher prestou o seu assentimento, mesmo posteriormente, ou se é a própria mulher a solicitar o reconhecimento do divórcio, já não existem quaisquer obstáculos à atribuição de eficácia jurídica em Portugal ao deferimento da pretensão”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 14 de novembro de 2007, no processo n.º 4398/2007-7. Considerem-se também os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça proferidos em 19 de fevereiro de 2008 (processo n.º 07ª4790) e 26 de maio de 2009 (processo n.º 43/09.9YFLSB) e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 3 de outubro de 2006 (processo n.º 454/2006-7).

181 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 18 de outubro de 2007, no processo n.º 10602/2005-2.

nem em Portugal) e por a decisão do tribunal marroquino se ter, entretanto, tornado definitiva pelo decurso do prazo dentro do qual o marido pode retomar unilateralmente os laços familiares depois do repúdio. O Tribunal da Relação de Lisboa aceitou, deste modo, reconhecer efeitos jurídicos a um divórcio *talaq*, ainda que o tenha feito com base numa clara separação entre o resultado da decisão estrangeira e os seus fundamentos. Segundo o Tribunal, importante é que os efeitos produzidos pela decisão estrangeira (neste caso, a dissolução do casamento por vontade unilateral de um dos cônjuges) não contrariem os princípios da ordem pública internacional do Estado português. A incompatibilidade entre estes princípios e as disposições da lei marroquina que serviram de fundamento à decisão – evidente, no entender do Tribunal – não impediu, por isso, o reconhecimento da decisão do Tribunal de Rabat, ainda que esta só tenha sido possível, em último termo, depois de verificada a dupla condição de a esposa não se ter oposto à dissolução do casamento e de já estar ultrapassado o prazo legal para o repudiante mudar de ideias.

Por último, cumpre referir as decisões de tribunais superiores portugueses em processos-crime envolvendo arguidos muçulmanos. Na decisão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de maio de 2013¹⁸², que confirmou a condenação de vários arguidos estrangeiros pela prática do crime de tráfico de estupefacientes e a ordem de expulsão destes indivíduos de território português por um período de 10 anos, apenas é feita uma muito breve referência – e por reprodução da decisão recorrida – ao facto de um dos recorrentes ser natural da Guiné-Bissau, “onde decorreu o seu processo de crescimento, num contexto cultural e familiar muçulmano”, traduzido no facto de o arguido ter sido criado por uma das mulheres do pai e de só aos 8 anos ter voltado para junto da mãe biológica. Nada indica que esta circunstância tenha pesado de algum modo na decisão do tribunal recorrido – o Tribunal Coletivo do 1.º Juízo Criminal da comarca de Portimão – e não tem qualquer eco na decisão do Tribunal da Relação. De modo não muito diferente, o Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão de 30 de junho de 2010¹⁸³, que confirmou a pena única de cinco anos e seis meses de prisão (pela prática de crimes de roubo, roubo qualificado e detenção de arma proibida), referiu apenas de passagem que o arguido autor do recurso era natural da Guiné e que a sua família praticava a religião muçulmana, “motivo pelo qual o pai [tinha] mais duas companheiras, tendo mais dois filhos de uma e mais quatro filhos de outra, circunstância que provoc[ara] alguma fragilidade financeira na família do arguido”¹⁸⁴. Num outro caso, apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça,

182 Proferida no processo n.º 1165/11.1TAPTM.E1.

183 Proferido no processo n.º 99/09.4GGSNT.S1.

184 O Tribunal apressou-se, de qualquer modo, a desvalorizar o peso deste enquadramento familiar, observando que o “processo de desenvolvimento [do arguido era] avaliado quer pelo próprio quer pelos familiares mais próximos, como tendo decorrido em contexto relacional funcional, sendo o pai descrito como uma pessoa calma e um pouco afastada e a mãe controladora e protectora”.

em 15 de fevereiro de 2007¹⁸⁵, a identidade religiosa do arguido não chegou sequer a ser diretamente mencionada pelo tribunal, tendo sido o arguido que, nas suas alegações, invocou o facto de ser um pai de família “gerindo uma família de tipo ‘guineense/muçulmano’ com três filhos menores”. O Supremo Tribunal de Justiça acabou por reduzir para quatro anos e seis meses de prisão a medida da pena cominada pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, mas é duvidoso que este argumento cultural tenha pesado de algum modo na decisão. Diferente foi o tratamento dado ao “contexto cultural e familiar muçulmano” pelo Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 7 de setembro de 2011¹⁸⁶, em que reapreciou a medida da pena aplicada a um arguido condenado pela prática de dois crimes de violação e dois crimes de rapto. Apesar de acabar por concluir que a identidade religiosa do arguido não podia ser usada contra ele, por força da proibição de discriminação contida no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição da República, o Supremo Tribunal aceitou como “factor de risco” – a ponderar na reapreciação da medida da pena – as “características da cultura a que pertence (o arguido é oriundo de Marrocos e de religião muçulmana), com valores e crenças específicas, com destaque para a discriminação sexual em função do género, o que poderá traduzir-se numa desvalorização dos direitos dos outros, em particular mulheres”. O Supremo parece aceitar tranquilamente a associação linear entre abusos sexuais, discriminação sexual e cultura/religião muçulmana, o que é, em nosso entender, preocupante e indicia que, à semelhança dos seus congéneres nos tribunais de outros Estados europeus, também os juízes portugueses teriam muito a ganhar com uma formação complementar que os alertasse para os seus preconceitos contra o Islão e lhes permitisse desenvolver competências para a comunicação intercultural nos processos judiciais a que presidem. Algumas experiências interessantes estão já a ser desenvolvidas pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), ainda que prioritariamente dirigidas para a interação com as comunidades ciganas¹⁸⁷. Diremos que valerá a pena alargar o modelo.

Braga, 18 de maio de 2016

185 Processo n.º 06P4593.

186 Proferido no processo n.º 498/09.1JALRA.C1.S1.

187 Refira-se a inclusão nos programas de formação contínua do CEJ de sessões sobre temas como a efetivação do direito à educação e a adoção de medidas de promoção e proteção em casos envolvendo crianças ciganas. Testemunho dessas iniciativas é o texto publicado pelo CEJ, em janeiro de 2015, com a reunião de todas as comunicações apresentadas no âmbito da formação contínua sobre “Intervenção em sede de promoção e proteção de crianças e jovens”, e que se encontra disponível em www.cej.mj.pt/cej/.../Intervencao_sede_promocao_protecao_crianças_jovens.pdf [15.05.2016].