

# CONFLITO DE LEIS ENTRE A MONOGAMIA E A POLIGAMIA E A LEI APLICÁVEL AO CASAMENTO POLIGÂMICO ESTRANGEIRO

Wu Kuang Ping<sup>1</sup>

*Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Kainam, Taiwan*

**Resumo:** Com a facilitação dos transportes e o aumento das trocas internacionais, é cada vez mais frequente o fenómeno dos casamentos entre pessoas de diferentes países. Como alguns países adoptam a monogamia e outros adoptam a poligamia, a diferença dos regimes do casamento causa conflito de leis. Mesmo que as soluções do direito internacional privado possam ser utilizadas para resolver aqueles conflitos, com o mecanismo mecânico da aplicação da lei, o conflito de leis no casamento será apenas solucionado numa forma negativa, em cada caso separadamente. Além disso, a utilização de mecanismos internacionais da Ordem Pública, que adoptam o regime de monogamia como o padrão, não contribui para a reconciliação e resolução dos conflitos. O presente trabalho vai começar pela descrição da origem do sistema da monogamia e o sistema actual de poligamia no Islão, demonstrando que o conflito de leis no casamento não é simplesmente um conflito entre regimes legais de casamento, disposições legais e articulados, mas também contém conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e religiosos. Portanto, quando se determinar a lei aplicável ao casamento poligâmico estrangeiro, não se deve simples e mecanicamente usar os meios de determinar a lei aplicável no direito internacional privado, porque nesta situação vamos inconscientemente tomar a monogamia como o padrão e recusar, utilizando os mecanismos internacionais da ordem pública, a aplicação das leis estrangeiras que adoptam a poligamia. Este artigo argumenta que, quanto ao conflito de leis sobre a monogamia e a poligamia e à lei aplicável ao casamento poligâmico estrangeiro, é conveniente o uso dos métodos de pesquisa de antropologia jurídica; devemos

---

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Law, Kainan University (Taiwan). Ph.D. in Law, Fu-Jen Catholic University. e-mail: michaelwu@mail.knu.edu.tw.

prestar atenção às influências mútuas entre a cultura e a lei e conciliar os regimes de casamento formados no contexto de diferentes culturas; devemos introduzir o conceito de “consciência legal” na aplicação do mecanismo internacional da ordem pública e levar a cabo o pensamento “de modéstia” na ordem pública, tomando a tolerância e reconciliação como a atitude básica de resolver, pelo direito internacional privado, os problemas decorrentes do intercâmbio entre diferentes povos.

**Palavras-chave:** Casamento monogâmico; casamento poligâmico; direito internacional privado; ordem pública e bons costumes; antropologia jurídica; consciência legal; pensamento de modéstia na ordem pública.

## 1. Introdução

Casamento é um compromisso de viver juntos ao longo da vida, estabelecido entre duas pessoas (homem e mulher, homem e homem, mulher e mulher), protegido pelas normas da sociedade. Mudam-se as épocas, os ambientes e os costumes, variam os regimes do casamento. Sobre os tipos dos casamentos e a sua evolução, podemos observar a partir de ângulos diferentes: em termos do número das pessoas no casamento, foi de promiscuidade<sup>2</sup> (promiscuity) que se desenvolveu para casamento único (individual marriage); e no contexto de casamento único, foi do casamento por grupos<sup>3</sup> (group marriage) que se desenvolveu para o casamento individual; em caso de casamento individual, existe casamento da poliandria (polyandry), casamento poligâmico (polygamy), casamento monogâmico (monogamy), casamento do mesmo sexo entre dois homens (same-sex marriage) e casamento do mesmo sexo entre duas mulheres (same-sex marriage). Vendo a partir do método de casamento, foi desde casamento por captura (marriage by capture) que se evoluiu para o casamento pago (marriage by consideration), tais como o casamento por troca (marriage by exchange), casamento por servidão (marriage by servitude) e casamento por compra (marriage

- 
- 2 Promiscuidade denota comportamentos sexuais desregrados ou sem regras determinadas, entre todos os homens e todas as mulheres entre si. Sobre se o casamento se desenvolveu de promiscuidade para casamento indivíduo, ainda há controvérsias: nem todos acreditam que o casamento do ser humano começou por promiscuidade e terá evoluído para casamento indivíduo, algumas pessoas acham que casamento indivíduo é o início do regime de casamento enquanto a promiscuidade nunca existiu como um tipo de casamento.
  - 3 O casamento por grupos refere-se ao casamento estabelecido entre um grupo de homens e um grupo de mulheres; todos os indivíduos dentro dos dois grupos são amigos (punalua), por isso este sistema também é conhecido como o casamento entre amigos (punaluan marriage).

by purchase)<sup>4</sup>, e depois, de casamento pago para o casamento por dote (marriage by gift)<sup>5</sup>, e finalmente, do casamento por dom para o casamento por consentimento mútuo (marriage by mutual consent)<sup>6</sup>. Quanto à questão de saber com quem se pode casar, foi de sistema de sistema de endogamia (endogamy)<sup>7</sup> que se desenvolveu para o sistema de exogamia (exogamy)<sup>8</sup>. Em termos da finalidade deste regime, o propósito do casamento passou por uma transformação da reprodução da raça, a continuação do gene da família e o culto dos antepassados para os fins individuais de viver juntos.

Do ponto de vista do direito comparado, os países modernos adoptam universalmente o casamento por consentimento mútuo e o sistema de exogamia e admitem a finalidade individual de estabelecer o casamento para viver juntos; no entanto, em termos do número das pessoas no casamento, o casamento individual é a forma genericamente aceite pelos países modernos, mas ainda há diferença: em alguns países existe casamentos poligâmicos, enquanto noutros só se permite casamentos de apenas duas pessoas; mesmo dentro dos países que recusam a poligamia, ainda existem diferenças: alguns países não admitem o casamento homossexual, onde o casamento de monogamia é a única forma legal, porém, o casamento homossexual é aceite nos outros países, onde existem ao mesmo tempo o casamento monogâmico, o casamento do mesmo sexo entre dois homens e o casamento do mesmo sexo entre duas mulheres. Daqui se segue que, mesmo que o desenvolvimento do regime de casamento siga certas direcções e trajectórias e que se tenha formado uma estrutura geral de casamento individual, casamento por consentimento mútuo e o sistema de exogamia, as diferenças ainda existem. Com a facilitação dos transportes e o aumento das trocas internacionais, é cada vez mais frequente o fenómeno dos casamentos entre pessoas de diferentes países. As referidas diferenças causam conflito de leis de casamento (conflict of

- 
- 4 O casamento por troca refere-se ao casamento estabelecido quando uma pessoa trocar a sua filha ou irmã por a filha ou irmã da outra pessoa; o casamento por servidão refere-se ao casamento no qual o marido trabalha à servidão dos familiares da sua esposa, em compensação pelo valor correspondente ao valor dela; o casamento por compra refere-se ao casamento estabelecido através da compra de uma mulher com bens. Estes três casamentos são todos casamentos pagos, nos quais as pessoas pagavam um determinado preço para ganhar, por meios pacíficos, o casamento.
  - 5 O casamento por dote refere-se ao casamento no qual a mulher foi doada ao marido pelo seu pai ou irmão mais velho. Portanto, o regime é também conhecido como o casamento por doação. Diferente do casamento por troca, apesar de o marido entregava também bens aos familiares da mulher, a natureza destes bens não é um preço mas antes uma oferta.
  - 6 O casamento por consentimento mútuo, adoptado pelos países de civilização moderna, refere-se ao casamento estabelecido à base de mútuo consentimento dos cônjuges.
  - 7 A endogamia é um sistema em que os acasalamentos se dão apenas entre um determinado grupo de pessoas.
  - 8 A exogamia é um sistema em que os acasalamentos entre as pessoas aparentadas são proibidos.

marriage laws). Apesar das técnicas do Direito Internacional Privado poderem ser utilizadas para resolver estes conflitos, a estabilidade das relações de *status* formadas através do casamento será destruída, sem dúvida<sup>9</sup>.

Com as soluções do Direito Internacional Privado, o conflito de leis nos casos de casamento é apenas resolvido de uma forma negativa e em cada caso separadamente, no entanto, o conflito de leis do casamento continua a existir no mundo real. Devemos realmente fazer uma reflexão mais aprofundada sobre a causa e natureza do conflito de leis do casamento, com o propósito de encontrar o caminho de resolver activamente o conflito de leis do casamento. Dentro dos conflitos de leis do casamento, o conflito entre a monogamia e a poligamia é uma questão de longa data, enquanto a admissibilidade do casamento do mesmo sexo é um novo assunto das últimas duas décadas. O presente artigo vai analisar a causa e a natureza do conflito de leis entre as legislações que insistem na monogamia e as que admitem a poligamia e depois discutir a questão da lei aplicável ao casamento poligâmico estrangeiro e os assuntos derivados.

## **2. O conflito de leis entre a monogamia e a poligamia**

No século I a.C., durante o período de Império Romano, já existia o regime sagrado do casamento monogâmico. Após o Império Romano, o regime dos países ocidentais caracterizava-se principalmente pela unificação política e religiosa. A Igreja não só interferia na política, mas também controlava o povo em nome da Bíblia e regulava a vida diária do povo. Por volta do século XI ou XII, a Igreja começou a intervir em matéria de casamento. Devido à sua influência naquela época, a Igreja trouxe gradualmente impactos no regime velho de casamento. Para a implementação da monogamia, a Igreja citou os conteúdos apropriados da Bíblia. Os teólogos, para coordenar com a Igreja e aumentar a importância da cerimónia

---

9 Para os casos civis e comerciais que tenham relação com mais de um país, o Direito Internacional Privado ou o Conflito de leis (Private International Law or Conflicts Law) oferece um conjunto de normas jurídicas para definir qual a lei aplicável ao caso: determinar a natureza do caso → aplicar as regras de conflitos → fixar a lei aplicável.

Nos casos de casamento que tenha relação com mais de um país, o juiz, segundo estas regras, escolhe a lei de um país (ou de uma região que disponha de uma ordem jurídica autónoma) como a lei aplicável e profere a sentença de mérito.

Assim, o conflito de leis nos casos de casamento que tenha relação com mais de um país é resolvido pela determinação da lei aplicável. No entanto, a lei escolhida e finalmente aplicada é a lei de um país (ou uma região que disponha de uma ordem jurídica autónoma). O conflito de leis entre os países que adoptam a poligamia e os que insistem na monogamia e o conflito de leis entre os países que admitem o casamento do mesmo sexo e os que defendem a unicidade do casamento heterossexual resultam na exclusão do regime de casamento conflitante com a lei competente ou a *lex fori*, sendo as relações de *status* formadas através do casamento directamente atacadas.

de casamento, apontou que apenas os casamentos estabelecidos sob a testemunha de Deus tinha validade, ou seja, apenas as cerimónias de casamento realizadas na Igreja eram válidas. Segundo a Bíblia, Deus criou os seres humanos, iniciando por criar apenas duas pessoas, Adão o marido e Eva a mulher, é a monogamia<sup>10</sup>. Portanto, o casamento estabelecido onde o casal tenha feito os votos de casamento diante de Deus é casamento estável e puro, é a continuação da vontade de Deus; uma vez casados, não se podiam divorciar. De acordo com a Bíblia, o principal dever da mulher é obedecer as instruções de Deus, enquanto o principal dever do marido é amar a sua esposa; a Bíblia cria o conceito de castidade; o sexo fora do casamento é considerado excêntrico, não sendo permitido, é imoral e é um pecado. Deu-se aqui o início da instituição da monogamia. Durante um concílio ecuménico da Igreja Católica - o Concílio de Trento (Council of Trent), realizado de 1545 a 1563 na cidade italiana de Trento, o casamento foi designado como um dos sete sacramentos. Desde então, foi mais difícil para as pessoas a escapar dos controlos da Igreja no casamento<sup>11</sup>. A monogamia foi estabelecida e implantada através da prática religiosa e tornou-se o regime legal do casamento dos países cristãos, e mais tarde, com a difusão do cristianismo, tornou-se gradualmente a pedra angular da instituição do casamento dos países europeus. Mais tarde, a Revolução Industrial correu, a sociedade civil moderna formou-se gradualmente e foi estabelecido o regime burguês, tudo isto foi um grande golpe para o sistema familiar tradicional. Ao mesmo tempo, devido à independência económica pessoal, a base económica da autoridade parental entrou gradualmente em colapso. Estes fenómenos trouxeram grande influência na instituição do casamento, isto é, lançou-se um movimento da secularização do casamento (mouvement de la sécularisation du mariage), negando o carácter religioso do casamento. Finalmente, no Artigo 7 da Constituição francesa de 1791 (l'article 7 de la Constitution de 1791) previa-se explicitamente que "A lei considera o casamento apenas como um contrato civil" (La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil)<sup>12</sup>; em 1792, a Assembleia Legislativa francesa até afirmou na Declaração que "o casamento é um contrato resolúvel através do divórcio". Com o estabelecimento do absolutismo estatal, tornou-se poder do Estado a

10 Veja Marilyn Yalom, *A History of the Wife*, traduzido por Ho Ying-I, Taipei: PsyGarden Publishing Company, oct. 2003, pp. 47-48.

11 De facto, Martinho Lutero (Martin Luther · 1483~1546 A.D.), uma das figuras centrais da Reforma Protestante, permitiu que os seus seguidores a concluir casamentos poligâmicos. No entanto, como o povo se tinha acostumado e aceitado a propaganda de monogamia pela Igreja durante séculos, a defesa de poligamia por Martinho Lutero foi terminada pela oposição forte da Igreja.

12 Veja Chen Ji-Yan, Huang Zong-Le & Guo Zhen-Gong, *Civil law: family*, Taipei: San Min Book Co., Ltd., outubro de 2015, 12ª edição, segunda impressão, pp. 52-53.

regulamentação do casamento. A lei do casamento foi formulada pelo Estado e o casamento civil foi estabelecido, sendo o casamento separado da religião. Segundo o Artigo 146 do *Código Civil francês* de 1804, “Não há casamento quando não há consentimento”<sup>13</sup>, enquanto o Artigo 147 prevê que “Não se pode contratar um segundo casamento antes da dissolução do primeiro”<sup>14</sup>. A prática da França mostra que a secularização do casamento já foi implementada na legislação e que o casamento começou a ser considerado como um contrato, sendo o casamento aqui o casamento por forma de monograma e por consentimento mútuo. A prática da França influenciou grandemente os outros países europeus, especialmente nos meados do século XIX, com o desenvolvimento do imperialismo, o casamento por forma de monograma e por consentimento mútuo foi estendido, pela força, para todo o mundo e tornou-se a corrente principal de regime em relação ao casamento. Quanto ao casamento em regime de monogamia, o Artigo 1306 do *Código Civil alemão* prevê que “Não se pode contratar um casamento se houver um casamento ou parceria civil entre uma das pessoas que querem entrar na união e uma terceira pessoa”<sup>15</sup>; Artigo 732 do *Código Civil japonês* prevê que “quem tem um cônjuge não pode contratar um segundo casamento”<sup>16</sup>; Artigo 10, parágrafo 1 da *Lei do Casamento da República Popular da China* prevê que “em qualquer das seguintes circunstâncias, o casamento é nulo: (a) bigamia; (...)”. Artigo 985 do Código Civil de Taiwan também prevê que “qualquer pessoa que tem um cônjuge não se pode casar novamente”; além disso, nas conferências dos grandes juízes do Tribunal Constitucional, a monogamia também foi defendida por várias vezes e o regime de casamento foi considerado garantido pelo sistema constitucional (institutionelle Garantie), por exemplo: na Interpretação N.º.242 refere-se que “(...) o Artigo 985, que prevê que “Qualquer pessoa que tem um cônjuge não se pode casar novamente (...)”, é necessário para a manutenção da ordem social que admite apenas casamento monogâmico e não está em conflito com a Constituição (...)”; na Interpretação N.º.362 refere-se que “(...) O artigo 988, parágrafo 2, do Código Civil estipula que um casamento bígamo é nulo. O objectivo desta estipulação procura manter a ordem social do sistema monogâmico. Em circunstâncias gerais, esta disposição não entra em conflito com a Constituição. No entanto, um adulto solteiro está livre de contrair matrimónio e uma outra pessoa está livre de contrair matrimónio com esta. Esta liberdade de casamento,

13 Code civil, Article 146: Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement.

14 Code civil, Article 147: On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

15 Bürgerliches Gesetzbuch, §1306 Bestehende Ehe oder Lebenspartnerschaft: Eine Ehe darf nicht geschlossen werden, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe oder eine Lebenspartnerschaft besteht.

16 Artigo 732 配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。

prevista no Artigo 22 da Constituição, merece a protecção (...)”; na Interpretação Nº.552 refere-se que “ (...)Os objectivos do sistema monogâmico são para manter o relacionamento pessoal e ético entre o marido e a mulher, para implementar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, preservando assim a ordem social, e o sistema deve ser, portanto, protegido pela Constituição. Para este fim, o Código Civil faz um casamento bígamo nulo nos termos do Artigo 988, parágrafo 2. Mesmo que a liberdade do casamento seja uma das liberdades asseguradas pela Constituição, é sujeita à restrição colocada sobre ela pelo sistema monogâmico (...)”; na Interpretação Nº.647 refere-se que “(...) Quando uma pessoa casada que tiver conjugado com um terceiro fora do matrimónio, mesmo com uma intenção subjectiva de conviver com tal terceiro como um casal e o facto objectivo de ter coabitado e compartilhado o sustento por um longo tempo, ele / ela tem violado o casamento monogâmico e prejudicado os interesses económicos do seu / sua cônjuge. Por isso, a disposição em causa não é uma disposição arbitrariamente promulgada pelos legisladores. Uma vez que tenha uma relação racional para a manutenção da instituição do casamento, esta disposição não contradiz o princípio da igualdade previsto no artigo 7º da Constituição (...)”; etc..

Hoje em dia, a menos que hajam motivos de religião, quase todos os países adoptam a monogamia<sup>17</sup>. Os chamados motivos de religião refere-se ao islamismo, porque a lei Islâmica (Shari’ ah)<sup>18</sup> permite o casamento de um marido e várias mulheres. No Alcorão há palavras de que “Se temerdes ser injustos no trato com os órfãos, podereis desposar duas, três ou quatro das que vos aprouver, entre as mulheres. Mas, se temerdes não poder ser equitativos para com elas, casai, então, com uma só, ou conformai-vos com o que tender à mão. Isso é o mais adequado, para evitar que cometais injustiças”<sup>19</sup>. Estas palavras foram geradas após uma grande batalha, na qual muitos homens morreram por seu país, deixando viúvas e órfãos, a responsabilidade de cuidar das quais incumbiu aos irmãos sobreviventes, e o casamento tornou-se o caminho de proteger e cuidar dessas viúvas e crianças, ou seja, a finalidade desta elaboração no Alcorão é a protecção dos órfãos que perderam o seu pai. Em face dos impactos sociais, económicos

17 Veja Lin Ju-Zhi, *Novo comentário sobre direito da família*, Taipei: Wu-Nan Book Inc., Setembro de 1996, a primeira edição, primeira impressão, p. 41.

18 Existem duas fontes principais da Shari’ ah: o Alcorão (Quran) e o Hádice (Hadith): o Alcorão prevê os direitos, responsabilidades e as regras a observar pelos seres humanos e a sociedade; o Hádice descreve as palavras, ações, ou hábitos de Maomé, mostrando como se implementa as regras do Alcorão na sociedade. O escopo da lei islâmica é bastante amplo, de assuntos nacionais como a governação, a diplomacia, a assuntos da vida diária tais como o direito de herança, o direito do casamento e outras leis, bem como o mecanismo de compensação de ferimento, assassinato e as formas de fazer jejum, caridade e adoração.

19 3º parágrafo, 4ª Capítulo do Alcorão.

e culturais derivados dos anos de guerra, o islão permitiu pragmaticamente a poligamia, que desempenhava um papel consideravelmente importante para a estabilidade da sociedade naquela época. Do exposto resulta que o islão adoptou uma prática pragmática e permitiu a poligamia, mas nem incentivou a poligamia sem princípios. Na verdade, no momento em que Profeta Muhammad fundou o islão, o casamento poligâmico já existia generalizadamente na sociedade, portanto, a atitude do “Alcorão” na poligamia era não negligenciar nem abandonar, mas também não permitir o seu desenvolvimento sem limites - tal atitude pode ser observada das regras determinadas pelo “Alcorão”. De acordo com as escrituras do “Alcorão”, o sistema de poligamia existia para cuidado das viúvas e órfãos depois da guerra. Embora já não haja nenhuma guerra, a poligamia não foi revogada no islão, principalmente porque: uma vez abolida a admissibilidade da poligamia, as regras vão se tornar vazias, porque a poligamia vai secretamente continuar na vida real; no entanto, o islão é uma religião pragmática, cuja percepções da vida melhor atendam ao pragmatismo; os ensinamentos do Islão encorajam as pessoas a praticar, colocando em acção um por um e em virtude de estar, em vez de arquivado a doutrina. Isto é a razão pela qual o Islão permite, com condições e restrições, a poligamia. No islão, para constituir um casamento poligâmico, existem cinco pressupostos; preenchidos todos os pressupostos e julgado e aprovado pelo tribunal religioso, a poligamia é admissível. Os cinco pressupostos são os seguintes: 1) o casamento de poligamia deve ser justificado e necessário; 2) o marido deve ter capacidade de suportar todas as suas esposas, filhos e outros familiares, existentes e futuros; 3) o marido deve buscar o consentimento das esposas existentes; 4) o marido deve concordar em tratar imparcialmente todas as mulheres; 5) o marido deve prometer que o novo casamento não vai trazer prejuízos para as esposas existentes. Além disso, para a poligamia, existem quatro princípios: 1) sob certas circunstâncias ou ambientes especiais, a poligamia é permitida, mas com condições, condições não-religiosas, nem obrigatório; 2) embora seja permitida a poligamia, o número de esposas não pode ser mais do que quatro; 3) se um homem casar com uma segunda ou terceira ou quarta esposa, ela deve ter exactamente os mesmos tratamentos e direitos que a primeira esposa; a segunda ou terceira ou quarta esposa deve apreciar plenamente as honras ou títulos da primeira esposa; cada esposa tem o mesmo direito ao tratamento, alimentação, vestuário e amor; 4) a poligamia é a excepção, é o meio de último recurso utilizado para resolver as questões sociais e morais e as obsessões inevitáveis, assim, é uma medida de emergência mas não é um fenómeno normal.

Da exposta origem do sistema da monogamia e do sistema actual de poligamia no Islão resulta que o conflito de leis no casamento não é simplesmente conflitos entre regimes legais de casamento, disposições legais e articulados, mas também contém conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e até religiosos. A

monogamia actual é o produto da civilização cristã, no contexto do imperialismo, divulgada pelos povos europeus em todo o mundo. O fenómeno do casamento poligâmico foi mais frequente no passado, por agora, os países que ainda adoptam a poligamia são principalmente produtos da civilização islâmica, a maioria dos quais é da nação árabe, mas também contém persas (Irão), turcos (Turquia), malaios (Malásia), indonésios (Indonésia), etc.. Portanto, para examinar o conflito de leis entre a monogamia e a poligamia, se apenas observar e comparar o conteúdo do sistema e o significado das disposições, mesmo que possa conhecer a diferença entre elas, não pode deixar de causar inevitavelmente a ignorância das diferenças mais profundas históricas, étnicas, culturais, sociais e religiosas, que dão origem ao fenómeno de conflito de leis. A este respeito, os métodos de investigação da Antropologia Legal (Anthropology of Law), que estão a surgir recentemente, prestam atenção à interacção entre a cultura e a lei<sup>20</sup>, tomando a lei como um instrumento para controlar a sociedade, insistindo em que a lei deve ser discutida em conjunto com a base social da sua geração<sup>21</sup>. Assim, os métodos da Antropologia Legal são métodos adequados para o uso de analisar o conflito de leis entre a monogamia e a poligamia; em particular, a Antropologia Legal sublinha o estudo empírico e a discussão das culturas estrangeiras, por isso, é colocada no campo do direito comparado<sup>22</sup> e é particularmente apropriada para a comparação do conflito da leis em diferentes sistemas jurídicos. Por exemplo, o antropólogo legal Sally Engle Merry disse, “o foco do nosso trabalho não é sobre o direito e a sociedade, mas sobre as formas em que a lei e a sociedade são mutuamente definidos e inseparáveis. Um ponto fundamental é que a lei está intimamente envolvida na constituição das relações sociais e a própria lei é constituída pelas relações sociais. As conversas diárias sobre a lei pelas pessoas ordinárias contribuem para definir o que a lei é e o que não é. As pessoas ordinárias compartilham os seus entendimentos da lei e da forma como isso afecta as suas vidas e define as suas relações. Esses entendimentos, que podem ser chamados de *consciência legal*, incluem as expectativas da lei pelas pessoas, o sentimento dos seus direitos legais, e o sentimento sobre os direitos”<sup>23</sup>. O conceito de “consciência legal” é adequado para o estudo do casamento poligâmico diferente do casamento monogâmico adoptado pela maioria dos países no globo. Devemos

20 Shu-chin Grace Kuo, “A exploração das teorias e métodos de Antropologia Legal: tomando como o exemplo o cônjuge estrangeiro”, in Shu-chin Grace Kuo, *Antropologia jurídica, conhecimento jurídico e tecnologia jurídica*, Taipei: Yuanzhao Publishing Company, maio de 2016, primeira edição, primeira impressão, p. 8.

21 Shu-chin Grace Kuo, *supra*, p. 7.

22 Veja ANNELISE RILES, RETHINKING THE MASTER OF COMPARATIVE LAW 1-21(2001).

23 Veja Sally Engle Merry, Culture, Power and the Discourse of Law, 37 N.Y. SCH.L. REV. 209-210(1992).

tomar o intercâmbio entre a poligamia do islão e a cultura islâmica dinâmica como o ponto de partida, bem como ligar a poligamia ao sistema de valores básicos da comunidade muçulmana e os chamados padrões normais, para o estudo do fenómeno cultural e social do casamento poligâmico<sup>24</sup>.

### 3. A lei aplicável ao casamento estrangeiro poligâmico

Apesar de a maioria dos países de hoje adoptar a monogamia, a poligamia é permitida pelo Islão, resultando inevitavelmente nos países que adoptam a monogamia o problema de saber como tratar e lidar com o casamento poligâmico estrangeiro. Para os países que adoptam a monogamia, o casamento poligâmico é considerado como bigamia, e a bigamia divide-se em dois tipos: a bigamia consumida (*Faktisch polygame Ehe*) e a bigamia potencial (*Potentiell polygame Ehe*). A bigamia consumida corresponde ao entendimento geral do conceito de bigamia, isto é, um homem tem relações conjugais com mais de uma mulher ao mesmo tempo, por exemplo, um homem árabe casado com simultaneamente quatro mulheres. A bigamia potencial significa que o homem tem a capacidade de casar com várias mulheres; mesmo que na verdade ele só tenha praticamente contratado a relação conjugal com uma mulher, constitui também a bigamia; ou seja, desde que o homem tenha a possibilidade de se casar com mais de uma mulher, independentemente de quantas mulheres realmente tenha, constitui a poligamia, por exemplo, quando um homem árabe for aprovado pelo tribunal religioso para constituir relações conjugais com mais de uma mulher, mesmo que ele apenas tenha uma mulher, esta situação pertence também à poligamia. Se ambas bigamias, a consumada e a potencial devem ser consideradas como bigamia? Alguns autores acreditam que sim<sup>25</sup>, no entanto, no caso de bigamia potencial, o homem apesar de poder concluir casamento poligâmico, na verdade não faz isso, por isso, não se deve considerar a bigamia potencial como bigamia; apenas a bigamia consumada, ou seja, quando um homem casar ao mesmo tempo com mais de uma mulher, constitui bigamia<sup>26</sup>.

---

24 A prática da poligamia pelo Profeta Muhammad também é vista como o modelo da comunidade muçulmana, constituindo o tipo ideal de poligamia da tradição do Islão. No “Hádice”, há registos da relação de poligamia entre o Profeta Muhammad e as suas esposas, as quais foram modelos para as mulheres muçulmanas a aprender o seu papel-playing e a sua gestão emocional.

25 See ,e.g., J.h.c. Morris Et Al., *Dacey and Morris On the Conflict of Laws* 279-85(9Th Ed. 1973).; P.m. North & J.j. Fawcett, *Cheshire and North Private Internatinal Law* 597-99(11Th Ed. 1987).

26 Os tribunais alemães tomam a mesma posição: O Supremo Tribunal do Estado de Celle, numa decisão de 27 de Setembro de 1957, afirmou que o casamento estabelecido entre um homem alemão e uma mulher muçulmana no Egito por forma islâmica é válido; mesmo que nesta

Quanto a saber se se deve reconhecer o último casamento da poligamia nulo porque constitui bigamia, deve ser determinada a lei aplicável ao casamento internacional de acordo com os mecanismos do direito internacional privado. Segundo o mecanismo de determinar a lei aplicável do Direito Internacional Privado de Taiwan, o Artigo 46 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior” prevê: “A formação de um casamento é regida pela legislação nacional de cada parte. No entanto, um casamento também é eficaz desde que preencha os requisitos formais previstos quer pela legislação nacional de uma das partes quer pela lei do lugar da cerimónia”. Isto é a disposição sobre as regras de conflitos da constituição do casamento: a primeira parte prevê a lei aplicável aos requisitos de substância do casamento (os requisitos de substância do casamento referem-se às condições que, conforme as disposições da lei, as partes devem ter ou devem excluir no acto do casamento) e a parte de “no entanto” prevê a lei aplicável aos requisitos de forma (os requisitos de forma do casamento referem-se às formalidades ou procedimentos que as partes devem cumprir no acto do casamento). Isto é: os requisitos de substância do casamento devem estar em conformidade com a legislação nacional de cada uma das partes, o que significa que se deve considerar, respectivamente, os pontos de vista do marido e a mulher e se aplicar a legislação nacional de cada parte, ou seja, para determinar se o casamento é estabelecido de uma forma eficaz, deve o marido cumprir a legislação nacional dele e a mulher cumprir a legislação nacional dela<sup>27</sup>. Quer dizer, se a legislação nacional da mulher admite o estabelecimento ou a validade do casamento poligâmico mas a legislação nacional do marido não, este casamento poligâmico estrangeiro não está estabelecido nem está válido; igualmente, se a legislação nacional da mulher recusa admitir o estabelecimento ou a validade do

---

situação o homem tenha a possibilidade de casar com mais mulheres, ele não fez isso, portanto, a validade do seu casamento não foi afectada.

- 27 Segundo o Artigo 988 do Direito Civil: “Um casamento é nulo se verificada qualquer uma das seguintes circunstâncias: (1) Nos casos em que não se conforma com as formalidades previstas pelo artigo 982; (2) Quando viola o impedimento matrimonial previsto no artigo 983, ou (3) Quando viola o impedimento matrimonial previsto no artigo 985. Excepto quando as partes do casamento bigamo se casarem em boa fé e sem negligência, baseando-se na dissolução do casamento anterior resultante de um acordo ou uma decisão irrevogável”. Portanto, ainda há diferença entre a nulidade do casamento e a inexistência do casamento. Ambas a nulidade e a inexistência não produzem efeitos jurídicos, no entanto, segundo a teoria geral, a inexistência de um negócio jurídico significa a não satisfação dos requisitos de existência, enquanto a nulidade significa a satisfação dos requisitos de existência mas não satisfação dos requisitos de validade, e por isso, não produz efeitos jurídicos. Por outras palavras, apenas precisamos considerar a validade dos negócios jurídicos já existentes. Na interpretação do direito civil de Taiwan, o casamento que não se encontre em conformidade com os procedimentos legais é inexistente. Veja Lin Hsiu-Hsiung, *Manuel do direito de família*, Taipei: Yuanzhao Publishing Company, março de 2013, 3ª edição, 1ª impressão, p. 89.

casamento poligâmico mas a legislação nacional do marido aceita a poligamia, este casamento poligâmico estrangeiro ainda não está estabelecido nem está válido. Para os requisitos de forma do casamento, deve-se escolher a lei do lugar da cerimónia e a legislação nacional das partes como a lei aplicável, ou seja, os procedimentos ou formas do casamento devem estar em conformidade com os requisitos e regulamentos de quer a lei do lugar da cerimónia quer a legislação nacional das partes; o casamento existente ou valorizado em conformidade com os elementos substanciais previstos na lei aplicável aos requisitos de substância do casamento deve ser considerado existente ou válido. Quanto a saber se se deve reconhecer o último casamento da poligamia nulo porque constitui uma situação de bigamia, a lei aplicável deve ser a lei aplicável aos requisitos de substância do casamento, isto é porque, o princípio é determinar a natureza segundo a *lex fori*, mas de acordo com “Direito Civil” de Taiwan, a disposição não ser bigamo nem existir casamentos simultâneos (Artigo 985) é um requisito de substância do casamento (em caso de excluir o casamento por causa disso, o casamento é nulo segundo o Artigo 988 mas não é não existente)<sup>28</sup>. Existem cinco situações: 1) o país do marido é país árabe que admite a poligamia e o marido foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, ao mesmo tempo, o(s) país(es) da(s) mulher(es) é também país árabe que admite a poligamia, então, todos os casamentos envolvidos são existentes ou válidos; 2) o país do marido é país árabe que admite a poligamia e o marido foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, enquanto o país da primeira mulher é país que adopta a monogamia, então, o casamento entre o marido e a primeira mulher é existente ou válido; 3) o país do marido é país árabe que admite a poligamia e o marido foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, enquanto o país da segunda ou terceira ou quarta mulher é país que adopta a monogamia, então, o casamento entre o marido e a segunda ou terceira ou quarta mulher não é existente nem é válido; 4) o país do marido é país árabe que admite a poligamia mas o marido não foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, ou o país do marido é país que adopta a monogamia, então, independentemente de se o país da primeira mulher é país árabe que admite a poligamia ou é país que adopta a monogamia, o casamento entre o marido e a

---

28 Segundo o Direito Civil de Taiwan, os outros requisitos de substância do casamento são os seguintes: um homem e uma mulher, o consentimento para casar, não existência de fraude ou coação, idade núbil (18 para o homem e 16 para a mulher, Artigo 980), o consentimento do representante legal no caso do casamento de menor (Artigo 981), não violação dos impedimentos matrimoniais (o parentesco na linha recta e afinidade na linha recta; dentro do sexto grau da linha colateral; excepto o quarto grau da linha colateral e o sexto grau da linha colateral constituído pela adopção e o homem e a mulher na mesma antiguidade; o quinto grau da linha colateral e o homem e a mulher na diferente antiguidade, alínea a do Artigo 983), sem tutela (Artigo 984), não desumanidade, etc..

primeira mulher é existente ou válido; 5) o país do marido é país árabe que admite a poligamia mas o marido não foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, ou o país do marido é país que adota a monogamia, então, independentemente de se o país da segunda ou terceira ou quarta mulher é país árabe que admite a poligamia ou é país que adota a monogamia, o casamento entre o marido e a segunda ou terceira ou quarta mulher é existente ou válido.

Nisto está em questão na primeira situação: todos os casamentos são existentes ou válidos segundo respectivamente a lei nacional do marido e da(s) mulher(es), no entanto, este resultado viola a monogamia adoptada pelo Direito Civil de Taiwan; além disso, nas conferências dos grandes juízes do Tribunal Constitucional, a monogamia também foi defendida por várias vezes e o regime de casamento monogâmico foi considerado ser garantido pelo sistema constitucional. De acordo com o Artigo 8 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior”, “se esta lei prevê que o direito de um Estado estrangeiro é aplicável, mas o resultado de tal aplicação conduz a uma violação da ordem pública ou bons costumes da República da China, não é aplicada essa lei do Estado estrangeiro”, então, podemos aplicar a *lex fori*, ou seja, a lei nossa, em vez de aplicar a lei nacional do Estado estrangeiro que faz todos os casamentos existentes ou válidos porque este resultado ofensa a ordem pública e bons costumes da nossa sociedade? Na nossa opinião, considerando a protecção de “direitos adquiridos”, o casamento de bigamia em caso de poligamia, embora viole a ordem pública e os bons costumes da nossa sociedade, não é necessariamente nulo. Isto é porque, a chamada “violação da ordem pública ou bons costumes da República da China”, do Artigo 8 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior”, refere-se à ordem pública internacional aceite por nós, mas não se limita à ordem pública interior de Taiwan. A ordem pública internacional toma a lei natural como ponto de partida, explora os diferentes ambientes de vida das pessoas e a condição moral da sociedade, é um conjunto das ordens públicas sobre as relações privadas Internacionais dos Estados soberanos; o princípio da ordem pública internacional é excluir as relações no âmbito do direito internacional privado envolvidas na ordem pública interior de um certo Estado, por isso, é uma ordem relativa a ordem pública internacional, cujo conteúdo e o conteúdo da ordem pública nacional têm algo em comum, mas o âmbito do primeiro é sempre menor do que o do último<sup>29</sup>. Portanto, se a matéria civil que envolva elementos do exterior viola a ordem pública interior de Taiwan, não é necessariamente nula, mas devemos analisar se esta matéria civil que envolva elementos do exterior viola a ordem pública internacional: é nula quando violar

---

29 Tse-Tung Ko, Direito Internacional Privado, actualizado por Wu KuangPing, Taipei: Yuanzhao Publishing Company, setembro de 2016, 5ª edição, 1ª impressão, p. 153.

a ordem pública internacional; se violar só a ordem pública interior mas não a ordem pública internacional, o Tribunal não deve aplicar o Artigo 8 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior” para rejeitar a aplicação do direito de um certo Estado estrangeiro. Isto é, porque, nos casos civis estrangeiros relacionados, é necessário considerar os elementos tais como a conciliação das relações e a salvaguarda dos “direitos adquiridos” (vested right), diminuindo a aplicação dos conteúdos da ordem pública nos casos de matéria civil que envolva elementos do exterior, para beneficiar do efeito atenuado (l’effet atténué) da ordem pública internacional<sup>30</sup>. Como o antropólogo legal Sally Engle Merry disse, quando falando do método de etnografia (ethnography) da Antropologia Legal e dos fenómenos jurídicos transnacionais, “para a compreensão do conhecimento jurídico e a estrutura de prática jurídica bem como os fenómenos jurídicos gerais, é consideravelmente importante o estudo da consciência legal das pessoas normais e as tecnologias legais (legal technologies) com o método de etnografia, por exemplo, os fluxos transfronteiriços podem afectar a sucessão ou transformação estruturais das disposições legais de direitos humanos e o direito internacional privado”<sup>31</sup>. Devemos iniciar a nossa análise do caminho e trajecto (trajectory) da formação do casamento poligâmico do islão, compreender a lei do interior (within law), então, ao buscar a formação do processo do casamento poligâmico do islão, podemos observar como o casamento poligâmico do islão foi abstractamente estabelecido e reconhecido. Isso ajudar-nos-á a fazer um auto-exame e observação, de diferentes ângulos, da instituição do casamento conhecida e tida como certa (casamento monogâmico), e ajudar-nos-á a abandonar a opinião de que a poligamia viola certamente a ordem pública da sociedade que adopta a monogamia. Devemos partir da “consciência legal” dos muçulmanos e proteger os seus “direitos adquiridos”, considerando a monogamia como a transformação estrutural dos casamentos internacionais, para exercer o efeito atenuado (l’effet atténué) da ordem pública internacional.

#### **4. Conclusão**

O conflito de leis no casamento não é simplesmente conflito entre regimes legais de casamento, disposições legais e articulados, mas também contém conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e religiosos. Com as soluções do Direito Internacional Privado, o conflito de leis nos casos de casamento é apenas

---

30 Tse-Tung Ko & Wu KuangPing, *supra*, p. 163.

31 Veja Sally Engle Merry, *New Legal Realism: New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law*, 31 LAW & SOC. INQUIRY. 975-77(2006).

resolvido de uma forma negativa e em cada caso separadamente; no entanto, o conflito de leis do casamento continua a existir no mundo real. A utilização de mecanismos internacionais da ordem pública, com a aplicação da *lex fori* em vez da aplicação da lei nacional que admite a poligamia, não contribui para a reconciliação e resolução dos conflitos. Em face destes conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e religiosos, é conveniente o uso dos métodos de pesquisa de antropologia jurídica; devemos prestar atenção às influências mútuas entre a cultura e a lei e conciliar os regimes de casamento formados no contexto de diferentes culturas; devemos introduzir o conceito de “consciência legal” na aplicação do mecanismo internacional da ordem pública, em vez de tomar o regime de monogamia como o padrão e excluir cegamente a aplicação das leis estrangeiras que admitem a poligamia; devemos ainda levar a cabo o “pensamento de modéstia” na ordem pública, tomando a tolerância e reconciliação como a atitude básica de resolver, pelo Direito Internacional Privado, os problemas decorrentes do intercâmbio entre diferentes povos, para melhorar a justiça transnacional.