

Das Inconstitucionalidades do Direito Internacional Privado Guineense¹

1. Direito Internacional Privado (DIP) e Direito Constitucional – evolução do seu relacionamento

O Direito Constitucional é o eixo jurídico que, ao actuar, penetra em profundidade nos vários ramos de Direito.

Pretender o isolamento do Direito Constitucional em relação aos outros ramos de Direito é uma tarefa inglória, já que decorre dos Princípios Gerais de Direito que as leis devem respeitar valores fundamentais – e estes estão, em grande parte, plasmados na Constituição de cada Estado. Por isso é que conceder ramos de Direito isolados seria sinónimo de não assegurar que todos eles se pautassem por esses valores, o que é claramente inadmissível.

Consequentemente, e como não podia deixar de ser, **também o Direito Internacional Privado**, conhecido por ser um ramo formal de Direito, por excelência, **acaba por ser banhado pela sua influência**.

Este entendimento, no sentido de uma clara influência constitucional no Direito Internacional Privado, é actualmente tido por unânime no seio da doutrina corrente. Desta forma, encontra-se praticamente afastada aquela ideia, nos termos da qual as normas de conflitos teriam uma natureza fundamentalmente **técnica**, e de carácter essencialmente **formal** – ou seja, que entre a Constituição e o Direito Internacional Privado, enquanto ramo de Direito formal por excelência, não haveria qualquer interpenetração.

Com base neste entendimento que, reiteramos, se encontra hoje ultrapassado, não se vislumbrava como possível nenhuma relação ou plano de incidência possíveis entre estes dois ramos de Direito.

Hoje o entendimento é diverso, e para isso muito contribuiu o que sucedeu na Alemanha, através da publicação da sentença do *Bundesverfassungsgericht*, datada de 4

¹ Conferência proferida em Bissau, em 22 de Março de 2006, no âmbito das Jornadas Jurídicas, inseridas nas Comemorações do 15.º Aniversário da Faculdade de Direito de Bissau.

de Maio de 1971, o que permitiu uma reviravolta na forma como este problema era encarado.

Estava em causa um problema de conjugação de um preceito constitucional, nomeadamente aquele que consagrava o **Princípio da Igualdade** (artigo 3.º, II, da Constituição de Bona) e certas normas de conflitos.

Concretizando, estavam em causa **normas de conflitos** da Lei de Introdução do Código Civil, que fixavam o Direito a aplicar, tendo como **elemento de conexão a nacionalidade do marido**.

Assim, o problema que se colocou perante o tribunal era no sentido de saber se o elemento de conexão, referido por aquelas normas de conflitos, e que assenta na nacionalidade do marido, estaria ou não a violar o princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado.

Para resolver este problema, formaram-se duas tendências ou correntes de opinião, que se dividiam acerca da forma de resolução da mesma.

Uma dessas correntes é precisamente aquela que tradicionalmente vinha sendo defendida, e que assentava no facto do **DIP não ter qualquer relação directa com a Constituição**.

Para esta corrente, as normas de conflitos não deveriam reflectir princípios constitucionais, uma vez que são **regras técnicas neutras**. Assim, não haveria qualquer problema de inconstitucionalidade, relativamente às normas de conflitos.

Do outro lado, formou-se um outra tendência que defendia que, não obstante o Direito Internacional Privado não ter como principal intuito a prossecução de valores de justiça material, o que é certo é que **os seus preceitos não são totalmente cegos a valorações**.

Ou seja, a regulamentação de Direito Internacional Privado é feita visando a **prossecução de certas finalidades, pelo que não é possível afirmar com rigor que as normas de conflitos são normas técnicas neutras**. Estão aqui em causa finalidades que vão desde a harmonia jurídica e de julgados, até à justiça do caso concreto, que determina por vezes a necessidade de recorrer ao elemento de conexão traduzido na *conexão mais estreita*.

A sentença do *Bundesverfassungsgericht* acabou por ser inovadora, neste âmbito, na medida em que veio dar voz à corrente, nos termos da qual as normas de conflitos não são valorativamente neutras.

Ou seja, o tribunal alemão acabou por reconhecer que as regras de direito internacional privado alemão, bem como a aplicação a um caso particular do direito estrangeiro, considerado competente, devem ser sempre confrontados com os direitos fundamentais².

Para esta mudança de mentalidades, no âmbito do DIP, contribuiu também em muito a crítica protagonizada pelas **Escolas Norte-Americanas de DIP**, que pôs a nu o carácter formal das normas de conflitos. De uma maneira geral, os autores norte-americanos criticaram um certo formalismo, defendido até então, no qual assentava a resolução de conflitos legais – pelo que propuseram novas soluções para os mesmos problemas. Haveria, em certos casos, de ditar soluções mais específicas, para a resolução dos casos concretos, que não passassem por soluções rígidas e generalizadas. Ou seja, por vezes a certeza deveria ceder perante a justiça do caso concreto.

Um dos nomes que mais se destaca, ao nível das Escolas Norte-Americanas de DIP, foi **David Cavers**, que cedo se apercebeu da necessidade de introduzir formas de flexibilização, no âmbito do DIP, bem como de se recorrer a outro tipo de normas, que permitissem que as relações privadas internacionais pudessem ser resolvidas de forma mais material.

Tal como refere a este respeito Pierre Meyer³, David Cavers criticou severamente o método bilateralista clássico, dizendo que o mesmo procede de uma escolha feita “de olhos fechados”, sem atender aos exactos termos da situação em concreto. Tratava-se aqui de um *teste cego*⁴, uma vez que o juiz, na sua tomada de decisão, não atende ao conteúdo da lei, nem ao fim que esta visa e aos resultados da sua aplicação.

² Cf. Rui Manuel Gens de Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e a Constituição*, 3.^a reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 181.

³ Cf. *Droit International Privé*, Paris, Éditions Montchrestien, Collection Université Nouvelle, 1977, p. 108.

⁴ Cf. Rui Manuel Gens de Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e a Constituição*, 3.^a reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 57.

Cavers, não só criticou o método à data praticado, como ainda propôs que a solução de problemas de DIP deveria passar pela análise de todas as soluções substanciais em causa, procurando, no meio destas, aquela que seja, em concreto, **mais justa**. Adopta-se aqui aquilo a que este autor designou de *result-selective method* – assente na necessidade de comparar os resultados possíveis de ser alcançados, com base em considerações de justiça, e tendo em conta os interesses sociais, gerais e específicos.

Actualmente, é possível afirmar-se que o DIP está, mais do que nunca, aberto às influências valorativas do exterior, pelo que **não se pode admitir que seja alheio a princípios fundamentais à Ordem Jurídica, consagrados na Constituição de cada Estado**.

Assim, é perfeitamente normal, e até necessário, que o DIP nacional de cada Estado e, mais concretamente, o sistema de normas de conflitos vigente em cada Ordenamento Jurídico, se encontre imbuído por aqueles que são os valores e princípios constitucionais fundamentais desse sistema.

Com isso não se quer, contudo, significar que as normas de conflitos sejam normas constitucionais ou tenham sequer a pretensão de o ser. Não o são, da mesma forma que não o são, por exemplo, as normas que regulam o conteúdo do negócio jurídico e que constam do Código Civil.

Contudo, parece claro e mais que evidente para todos nós que há uma necessidade de compatibilizar aquelas normas, que se encontram hierarquicamente num plano inferior ao das normas constitucionais, com os princípios e valores fundamentais, vigentes na Constituição, enquanto Lei Fundamental de cada Estado.

Por muito que a justiça do DIP de cada Ordenamento Jurídico vise, em primeira linha, garantir a certeza e a estabilidade jurídica, permitindo **assegurar a plena validade de situações jurídicas, mesmo que constituídas à luz de outros Ordenamentos Jurídicos**, o que é certo é que **também essas normas**, cujo intuito é a salvaguarda dessa estabilidade, **poderão colidir com os valores constitucionais, fundamentais, vigentes nesse sistema jurídico**.

Assim, actualmente já não restam dúvidas de que **o carácter essencialmente formal das normas de conflitos conhece limites**, já que os valores que o DIP

prossegue estão amplamente relacionados com os valores do Ordenamento Jurídico no seu conjunto.

2. Relação entre o Direito Internacional Privado Guineense e o Direito Constitucional

Tendo como assente aquele que é actualmente o entendimento nesta matéria, no sentido de que o DIP, enquanto ramo de Direito, não é valorativamente neutro, e está também sujeito aos ditames e valores, que resultam da Constituição de cada Estado, vamos agora atender **ao sistema de DIP vigente no Ordenamento Jurídico Guineense, mais concretamente, olhando para as normas de conflitos que se encontram estabelecidas e através das quais se resolvem os conflitos jurídicos privados internacionais**, que sejam colocados diante do foro guineense.

Do que ficou dito, não restam dúvidas de que há uma efectiva possibilidade das normas de conflitos, enquanto normas de um grau hierárquico inferior, relativamente às normas constitucionais, puderem colidir com estas.

Ou seja, há uma efectiva possibilidade de nos depararmos com normas de conflitos guineenses, cuja função é determinar qual o Ordenamento Jurídico competente para regular a situação jurídica em causa, em clara contradição com valores constitucionais, vigentes no sistema jurídica do Estado da Guiné-Bissau.

Nesta análise que estamos a levar a cabo, é necessário ressaltar o facto de, na Guiné-Bissau, vigorar à data o Código Civil de 1966, sem que tenha havido, de então para cá, nenhuma reforma expressa do mesmo, que permitisse conformar o seu regime com a actual Constituição Guineense, em vigor desde 16 de Maio de 1984, bem como com os valores e princípios fundamentais, aqui vigentes, muitos deles pós-independência.

Ou seja, se é bem verdade que muitas Leis se produziram após a Independência, faltou possivelmente a coragem ou a oportunidade de levar a cabo um trabalho de fundo, que permitisse reformar o Código Civil, tal como noutros Estados, de que é exemplo o caso português, com a reforma de 1977, através do Decreto-lei n.º 496/77, de 6 de Outubro.

Faltando uma reforma de fundo, que permitisse o afastamento de quaisquer dúvidas, acerca desta matéria, a tarefa a que nos propomos levar aqui a cabo, de forma sucinta, é a de **analisar as normas de conflitos e outras, que constituem Direito Internacional Privado Guineense, que nos pareçam inconstitucionais.**

Tentaremos ainda, na medida do possível, propor aquele que nos parece **o caminho a seguir, no rumo da constitucionalidade**, sempre que algum desses problemas de compatibilização entre normas jurídicas específicas e valores constitucionais determinados se coloque.

Antes da análise, convém delimitar o âmbito de regras jurídicas que merecerão aqui a nossa atenção e que são os artigos 14.º a 65.º do Código Civil, relativos ao Capítulo III, do Título I, que tem como epígrafe *Direito dos estrangeiros e conflitos de leis*.

O primeiro problema que desde logo nos salta à vista resulta do disposto no **n.º 2 do art. 14 do Código Civil**. Não se trata aqui de uma norma de conflitos propriamente dita, mas sim de uma disposição geral, que fixa a condição jurídica dos estrangeiros.

Esta disposição vem fixar o seguinte:

«2. Não são, porém, reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos guineenses em igualdade de circunstâncias.»

Depois de se proceder à análise do n.º 2 deste artigo, é possível questionar a sua constitucionalidade, tendo em conta o disposto no **Art. 28.º, n.º 1 da Constituição da República da Guiné-Bissau**, na parte em que dispõe «**Os estrangeiros, na base da reciprocidade, [...], gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres que o cidadão guineense, [...]**».

Esta disposição do Código Civil manteve-se inalterada em Portugal, pelo que também lá se coloca o mesmo problema. Concretizando, em Portugal o problema da compatibilização surge em relação ao art. 15.º/1 da Constituição da República Portuguesa. Esta disposição, tal como sucede na Guiné-Bissau, consagra também o Princípio da Equiparação.

Assim, tendo em conta o paralelismo de situações, achamos por bem **ter aqui em conta aquela que é a posição da doutrina portuguesa**, em relação a este problema, de modo a analisar se a mesma pode ou não ser adaptada para o Ordenamento Jurídico Guineense.

Assim sendo, a maioria da doutrina, onde se inserem nomes como o **Professor Castro Mendes**⁵, a **Professora Magalhães Collaço**⁶, o **Professor Carvalho Fernandes**⁷ e o **Professor Lima Pinheiro**⁸, defende a inconstitucionalidade do preceito, o mesmo é dizer, entende que **o n.º 2 do art. 14.º do Código Civil foi revogado pela Constituição**.

Ou seja, apesar desta disposição não ter sido expressamente afastada pela reforma, que ocorreu em Portugal, em 1977, estes núcleo de autores considera que a mesma viola claramente o princípio constitucional, nos termos do qual os estrangeiros são equiparados aos nacionais, pelo que deve ser afastada a sua aplicação.

Sendo esta uma cláusula que estabelece o princípio da retaliação, a mesma está em contradição com o princípio constitucional da equiparação, que se encontra estabelecido.

Transpondo esta posição para a Guiné-Bissau, significaria a mesma que a disposição do n.º 2 do art. 14.º do Código Civil se consideraria revogada na Guiné-Bissau, apesar de não existir nenhuma lei que o tenha determinado expressamente.

Todavia, nomes como **Jorge Miranda**⁹, **Ferrer Correia**¹⁰ e **Dário Moura Vicente**¹¹ defendem a **constitucionalidade da disposição**, pelo que entendem que a mesma se encontra em vigor.

A ideia fundamental que é invocada para justificar esta posição assenta basicamente no seguinte: da mesma forma que a lei pode reservar certos direitos aos nacionais portugueses, sem que, com isso, se fira o princípio da equiparação, o mesmo

⁵ Cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1995, p. 176.

⁶ Segundo o seu ensino oral.

⁷ Cf. *Teoria Geral do Direito Civil I*, 3.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001, p. 237.

⁸ Cf. *Direito Internacional Privado*, vol. II, *Direito dos Conflitos, Parte Especial*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 145.

⁹ Cf. *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 152.

¹⁰ Cf. *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 78.

¹¹ Posição adoptada nas aulas teóricas, leccionadas na Faculdade de Direito de Lisboa, no ano lectivo de 1997/1998.

sucedem também ao nível da limitação do reconhecimento de certos direitos, que não sejam reconhecidos aos portugueses nesses Estados.

Por aqui se vê que a discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade deste artigo não é um problema isolado do Ordenamento Jurídico Guineense, por virtude da falta de reforma do Código Civil de 1966.

Ou seja, também em Portugal, onde o Código foi objecto de uma profunda reforma, se manteve o artigo, embora a sua constitucionalidade seja posta em causa.

Da nossa parte, entendemos que **o princípio da equiparação não significa uma igualdade total de direitos e deveres**.

A equiparação não tem que ser necessariamente total, porque, se assim fosse, não faria sentido, a título de exemplo, limitar alguns direitos políticos aos nacionais.

Assim, pretender atribuir os mesmos direitos aos estrangeiros que aos nacionais não parece ser correcto.

Por isso, não nos parece que possa chocar com o princípio da equiparação o não reconhecimento de certos direitos aos nacionais estrangeiros, desde que tal se justifique por via da reciprocidade.

A comprovar a constitucionalidade desta disposição está, por exemplo, a celebração de Acordos Bilaterais¹², entre Portugal e a Guiné-Bissau, através dos quais se estabelecem regimes específicos de protecção aos nacionais de um e de outro Estado, quando estejam nos territórios correspectivos, e que não são reconhecidos a outros estrangeiros (sem que seja questionada a constitucionalidade dos referidos Acordos).

De tudo isto, parece-nos ser de concluir pela manutenção do n.º 2 do art. 14.º do Código Civil, dando por encerrada a questão da sua inconstitucionalidade.

Continuando o nosso percurso, pelo Código Civil Guineense, somos confrontados com **os números 2 e 3 do art. 51.º do Código Civil**, nos quais se menciona o **casamento perante ministros do culto católico, e segundo as leis canónicas**. Aqui já estamos perante efectivas normas de conflitos, nomeadamente:

¹² A título de exemplo, podemos referir o Acordo Geral sobre Migração entre a República de Portugal e a República da Guiné-Bissau, assinado em Bissau, em 24 de Fevereiro de 1979, bem como o Acordo sobre Promoção e Protecção de Investimentos entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau, assinado em Lisboa, em 24 de Junho de 1991.

«2. O casamento no estrangeiro de dois *guineenses* ou de *guineense* e um estrangeiro pode ser celebrado perante agente diplomático ou consular do Estado *guineense* ou **perante os ministros do culto católico**; em qualquer caso, o casamento deve ser precedido do processo de publicações, organizado pela entidade competente, a menos que ele seja dispensado nos termos do art. 1599.º.

3. O casamento no estrangeiro de dois *guineenses* ou de *guineense* e estrangeiro, em harmonia com as leis canónicas, é havido como casamento católico, seja qual for a forma legal da celebração do acto segundo a lei local, e à sua transcrição servirá de base o assento do registo paroquial.»

Deve aqui questionar-se até que ponto é que podemos ou não considerar como constitucionais estas disposições, nomeadamente **na parte em que referem o casamento católico**.

O que se passa quanto a estas referências ao casamento segundo o culto católico pode ser resumido nas seguintes premissas: até à independência da Guiné-Bissau, o Estado guineense encontrava-se vinculado pela Concordata de 1940 (publicada no 33.º Suplemento ao BO n.º 53, de 1940), no que diz respeito ao reconhecimento de efeitos civis do casamento católico (cf. Art. XXII da Concordata).

Contudo, após a independência, e nos termos **da Lei n.º 1/73** (cf. BO n.º 1, de 4 de Janeiro de 1975), **só deveria manter-se em vigor a legislação portuguesa vigente até à data que não contrariasse a Constituição da República, bem como os princípios fundamentais do P.A.I.G.C.**

Procedendo a uma análise da **Constituição da República da Guiné-Bissau**, retira-se da mesma que **a Guiné-Bissau é um Estado laico**, marcado pelos Princípios da liberdade religiosa e da igualdade de cultos (cf. Art. 1.º; Art. 6.º/2; Art. 24.º, *in fine* e Art. 52.º).

Consequentemente, **não nos parece que a Concordata de 1940 pudesse continuar a vincular a Guiné-Bissau após a independência**, por ser contrária aos princípios fundamentais, que resultam da Constituição, e foram assumidos como princípios fundamentais do P.A.I.G.C., e que se baseiam no princípio da liberdade religiosa e da laicidade do Estado.

A isto se acresce o facto de, em 1975, a Guiné-Bissau não ter aderido ao Protocolo Adicional à Concordata da Santa Sé, datada de 1940 (tal como sucedeu em Estados, como, por exemplo, Portugal).

Tendo em conta todos estes fundamentos, **entendemos que a parte do n.º 2 do art. 51.º do Código Civil que se refere aos ministros do culto católico não se encontra em vigor na Guiné-Bissau.**

Consequentemente, esta disposição, para que possa aqui vigorar em pleno, deve ter outra formulação, que não aquela que consta da letra do preceito, em vigência no Código Civil:

«O casamento no estrangeiro de dois *guineenses* ou de *guineense* e estrangeiro pode ser celebrado perante agente diplomático ou consular do Estado *guineense*; em qualquer caso, o casamento deve ser precedido do processo de publicações, organizado pela entidade competente, a menos que ele seja dispensado nos termos do art. 1599.º.»

Ou seja, **retira-se daqui a menção: «...ou perante os ministros do culto católico...».**

Estamos aqui apenas a propor aquela que nos parece ser a alternativa mais consentânea com a constitucionalidade do preceito no Ordenamento Jurídico Guineense. Obviamente que este trabalho não se destina a alterar a letra da lei – contudo, tendo em conta a sua inconstitucionalidade, e na data em que se pretender alterar o preceito, em consonância com a Constituição, parece-nos ser este um dos caminhos a seguir.

No que concerne ao n.º 3 do mesmo artigo, uma vez que todo ele diz respeito ao casamento católico, aquele que nos parece ser o entendimento mais correcto a adoptar nesta sede passa por considerar que o mesmo não se encontra em vigor na Guiné-Bissau.

Mais uma vez, convém ressaltar que não se pretende, com este trabalho, revogar a letra da lei, mas apenas apontar o caminho para que a mesma avance em direcção à constitucionalidade.

Continuando este percurso que nos propusemos seguir, logo somos travados pelo **n.º 2 do art. 52.º do Código Civil**, no qual se estabelece como elemento de conexão subsidiário, ao nível das **relações entre os cônjuges, a lei pessoal do marido**:

«2. Não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade, é aplicável a lei da sua residência habitual comum e, na falta desta, **a lei pessoal do marido**.».

No que concerne a este elemento de conexão, devemos entender que **o mesmo não se encontra em vigor na Guiné-Bissau**, em virtude da sua contrariedade aos Princípios, constitucionalmente consagrados, através dos quais se estabelece **a igualdade entre o homem e a mulher** (cf. artigo 25.º da Constituição da República da Guiné-Bissau), e, conseqüentemente, **a igualdade entre os cônjuges** (cf. artigo 26.º/3, também da Constituição).

No caso de não existir lei nacional comum, nem lei da residência habitual comum dos cônjuges, entendemos que a solução para o problema não pode ser aquela que actualmente se encontra plasmada na letra do artigo, uma vez que a mesma, estando em clara violação com os preceitos constitucionais já referidos, consubstancia um regime privilegiado para um dos cônjuges, em detrimento do outro.

Uma das soluções que cremos ser capaz de resolver este problema, revelado pela inconstitucionalidade parcial do preceito, passa pela aplicação daquela que é a **posição de Ferrer Correia**¹³ relativamente à mesma disposição, na lei portuguesa.

No Ordenamento Jurídico Português, este preceito foi alvo de uma reforma expressa, através da qual se consagra como elemento de conexão subsidiário a lei do país com a qual a vida familiar do casal se ache mais estreitamente conexas.

Para este autor, aquele elemento de conexão subsidiário não deveria ter sido o leito, para este tipo de casos, dada a insegurança que ele pode traduzir, na prática. Assim, ele continua, dizendo que era preferível recorrer a outras **conexões, susceptíveis de gerar soluções menos imprevisíveis e que traduzam menos insegurança jurídica**.

¹³ Cf. *A Codificação do direito internacional privado*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. LI (1975), pp. 83, 87 e ss..

Concretizando, estão aqui em causa conexões alternativas, tais como *a lei da última nacionalidade comum dos cônjuges*, ou *a lei do último domicílio comum dos cônjuges*.

A posição de Ferrer Correia pode ser transposta, com adaptações, para o Ordenamento Jurídico Guineense. Desta forma, e sempre que os cônjuges não tenham nacionalidade comum ou residência habitual comum, **devem procurar-se soluções subsidiárias**, capazes de gerar soluções que não traduzam insegurança jurídica, nomeadamente, pela aplicação da **lei da última residência habitual comum das partes** ou a **lei do domicílio comum das partes**.

Parece-nos que só em último caso, dados os inconvenientes a que essa solução conduz, é que se deve admitir o recurso ao elemento de conexão, que actualmente se encontra vigente em Portugal, como elemento subsidiário, e que se traduz *na lei do país com a qual a vida familiar do casal se ache mais estreitamente conexas*. Só quando este aponte para um resultado material justo e equitativo para ambas as partes, é que fará sentido recorrer ao mesmo.

Continuando esta nossa análise, somos confrontados com o disposto no art. 53.º do Código Civil, no qual existe o mesmo problema, analisado a propósito do art. 52.º.

Ou seja, também na última parte do n.º 2 do art. 53.º do Código Civil se faz referência ao elemento de conexão *lei pessoal do marido ao tempo do casamento*:

«2. Não tendo os nubentes a mesma nacionalidade, é aplicável a lei da sua residência habitual comum à data do casamento e, se esta faltar também, **a lei pessoal do marido na mesma data**.».

Para aqui vale a análise por nós feita anteriormente, em relação ao art. 52.º. Desta forma, aquela que nos parece ser a posição a adoptar passa também aqui por entender que **a referência a este elemento de conexão não se encontra em vigor**.

Isto é assim, na medida em que o mesmo se encontra em clara violação dos Princípios Constitucionais, que consagram a igualdade entre o homem e a mulher (cf. artigo 25.º da Constituição da República da Guiné-Bissau), bem como a igualdade entre os cônjuges (cf. artigo 26.º/3, também da Constituição).

Caso não exista lei da nacionalidade comum das partes, nem lei da residência habitual comum, **deverá recorrer-se a conexões subsidiárias**, distintas da lei pessoal do marido. Uma das soluções poderá passar pela aplicação de um elemento de conexão que se traduza na conexão mais estreita com o casal, no momento da celebração do casamento. Aqui faz sentido mobilizar o elemento de conexão ou concretizá-lo à data da celebração do casamento, uma vez que o próprio legislador o faz no n.º 1 do art. 53.º, mandando que se concretize o elemento de conexão lei nacional dos nubentes **ao tempo da celebração do casamento**.

Concretizando aquela que poderá ser a conexão mais estreita com o casal, poderemos aqui aplicar, por exemplo, a lei da primeira residência conjugal. Esta acaba por ser a solução que se encontra estabelecida no Código Civil, em vigência em Portugal, mercê de uma alteração legislativa (não verificada na Guiné-Bissau).

Continuando esta nossa viagem, pelas eventuais inconstitucionalidades no DIP guineense, somos confrontados com o conteúdo dos artigos 56.º a 59.º do Código Civil, todos eles relativos à filiação, e nos quais se procede à **distinção entre filiação legítima e ilegítima**.

A inconstitucionalidade de parte destas disposições não deixa dúvidas, pelos motivos que a seguir se apresentam.

Após a independência do Estado da Guiné-Bissau, foi criada alguma legislação de monta, que veio fixar um conjunto de disposições, baseadas em valores que até então não eram prosseguidos.

Um dos exemplos de uma Lei dessa envergadura é o caso da **Lei n.º 4/76 de 3 de Maio de 1976**, publicada no 1.º Suplemento ao BO n.º 18 de 4 de Maio de 1976. Nesta se estabelece, entre outras coisas, que:

«Todos os filhos são iguais e têm iguais direitos e deveres, qualquer que seja o estado civil dos seus progenitores.»

Esta Lei foi complementada e reforçada pelo **Princípio Constitucional da igualdade entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento** (cf. artigo 26.º/2 da Constituição da República da Guiné-Bissau), o que determinou que deixasse de ser possível proceder na Guiné-Bissau a qualquer distinção entre filhos legítimos e ilegítimos (o mesmo é dizer, entre filhos dentro ou fora da constância do matrimónio).

Consequentemente, e olhando agora para normas de conflitos do Código Civil, que visam dirimir conflitos relativos à Filiação, chama-nos desde logo a atenção a epígrafe do art. 56.º – «**Filiação legítima**», que, da forma como está redigida, é inconstitucional, e tem que ser alvo de uma modificação.

Da nossa parte, entendemos que esta epígrafe deveria ser alterada, de modo a ter apenas como formulação «**Filiação**», o que lhe permitiria, assim, abranger os filhos nascidos dentro e fora do casamento.

Ou seja, parece-nos mais curial com os valores vigentes no Ordenamento Jurídico guineense, que a filiação seja tratada numa única disposição – tendo, obviamente, em conta que quando a filiação diga respeito a filho de mulher casada ou unida de facto¹⁴, em relação ao pai, o regime deva ser diverso, já que existe a presunção de legitimidade (que deve ser entendida enquanto verdadeira presunção de paternidade, sob pena de inconstitucional), e que consta do art. 1801.º do Código Civil.

Voltando ao art. 56.º, nos termos do qual se procede à determinação da filiação de filhos nascidos dentro da constância do casamento, o mesmo tem que ser alvo de uma adaptação, **de forma a poder ser aplicado a filhos nascidos dentro e fora do casamento ou da união de facto**.

Para o fazer, convém ter em conta o regime que consta do art. 59.º, que regulamenta a **Filiação ilegítima**, e que cremos ter sido revogado pelo art. 5.º da referida Lei n.º 4/76 de 3 de Maio de 1976. Ou seja, é necessário criar aqui uma disposição nova, pensada para o estabelecimento da filiação de filhos nascidos fora do casamento ou da união de facto, e que deixa de existir a partir do momento em que consideramos revogado o art. 59.º.

Desta forma, a letra do art. 56.º poderá ser aplicada em pleno ao estabelecimento da filiação (e não da legitimação) de filhos de mulher casada ou unida de facto, o mesmo é dizer, de filhos nascidos dentro do casamento (ou da união de facto), **em relação ao pai**. Isto é assim, porque se estabelece uma presunção de paternidade, no art. 1801.º do Código Civil, embora sob a forma de **presunção de legitimidade**.

¹⁴ Neste âmbito, chama-se a atenção para a importante Lei n.º 3/76, publicada no Boletim Oficial n.º 18 de 4 de Maio de 1976, nos termos da qual se estabelece que a união de facto corresponde ao casamento não formalizado, e este deve produzir todos os efeitos do casamento formalizado.

Para que o mesmo artigo possa também ser aplicado ao estabelecimento de filiação, **em relação a qualquer um dos progenitores**¹⁵, deverá ser-lhe acrescentada uma disposição, nos termos do que está ou estava (consoante a posição que se adopte acerca da sua revogação) formulado no art. 59.º, n.º 1 do Código Civil.

Desta forma, para se estabelecer a **filiação**, a disposição que cremos dever vigorar no Ordenamento Jurídico Guineense (não de forma expressa, mas inserida implicitamente no n.º 1 do art. 56.º) deve ser formulada nestes termos:

«À constituição da relação de filiação é aplicável a lei pessoal do progenitor, que vigore à data do reconhecimento.»

Esta disposição acaba por ser aquela que consta da redacção original do art. 59.º, n.º 1 do Código Civil de 1966, que cremos já não vigorar na Guiné-Bissau, por visar a regulamentação da filiação ilegítima, que foi banida do Ordenamento Jurídico Guineense, por virtude da entrada em vigor da Lei n.º 4/76 de 3 de Maio de 1976, acima referida. Contudo, **foi suprida a expressão ilegítima**, o que bem se compreende, uma vez que agora há um único conceito de filiação, que não admite discriminações.

No que concerne ao estabelecimento da **filiação de filhos nascidos na constância do casamento ou da união de facto**, aí sim faz sentido, como já vimos, **aplicar a actual redacção do n.º 1 do art. 56.º em análise**, suprimindo, contudo, a expressão «...da legitimidade...», desde que se trata da filiação em relação ao pai. Ou seja, o n.º 1 deve começar da seguinte forma: «A determinação da filiação compete...».

A aplicação do preceito pressupõe que o aplicador de Direito tenha consciência que o mesmo só pode e deve ser aplicado a filhos de mulher casada ou unida de facto. Paralelamente, só deverá ter por objecto o estabelecimento da filiação em relação ao pai, o que se explica mercê da presunção de paternidade, que cremos vigorar na Guiné-Bissau (esta, apesar de não constar directamente da letra da lei, está pressuposta no art. 1801.º do Código Civil).

¹⁵ Sendo que, em relação ao pai, só poderá incluir a filiação em relação a filhos nascidos fora do casamento ou da união de facto, já que a filiação em relação a filhos nascidos dentro do casamento/união de facto já se encontra resolvida através da letra do art. 56.º.

Para o estabelecimento da filiação em relação à mãe, e em relação ao pai, quando não se trate de filho de mulher casada ou unida de facto, é, como já vimos, deve ser aplicável uma disposição paralela àquela que se encontra na letra do art. 59.º, n.º 1.

No que concerne à **parte final do n.º 2 do art. 56.º**, há que ter em conta que aí se manda atender à **lei pessoal do marido**, na falta de lei da nacionalidade ou da residência habitual comum dos cônjuges.

Ora, já vimos que este elemento de conexão não pode, em concreto ser aplicado, uma vez que **viola os Princípios Constitucionais, que consagram a igualdade entre o homem e a mulher** (cf. artigo 25.º da Constituição da República da Guiné-Bissau), **bem como a igualdade entre os cônjuges** (cf. artigo 26.º/3, também da Constituição da República da Guiné-Bissau).

Como forma de solucionar o problema que se levanta no caso de não existir lei nacional comum, nem lei da residência habitual comum entre a mãe e o marido, já que o elemento de conexão «lei pessoal do marido» é claramente inconstitucional, entendemos que faz sentido recorrer aqui, como elemento de conexão subsidiário, à **lei pessoal do filho**.

Esta é uma forma de dar sempre resposta ao problema, de forma célere e isenta de dúvidas, uma vez que muito dificilmente o filho será um apátrida.

Paralelamente, e tendo em conta ensinamentos de Direito Comparado, esta solução está em consonância com a solução adoptada em Portugal (cf. art. 56.º, n.º 2, *in fine*, do Código Civil, vigente em Portugal, com a redacção de 1977) para dar resposta a este mesmo problema.

No que concerne ao art. 57.º do Código Civil, no mesmo se estabelece **o regime das relações entre pais e filhos legítimos**.

Em função dos argumentos já anteriormente aduzidos, que se prendem com as regras constitucionais, que estabelecem a igualdade entre filhos nascidos dentro e fora do casamento, entendemos que deve ser retirada da epígrafe deste artigo a expressão **legítimos**.

Desta forma, esta disposição deverá o regime relativo às «**Relações entre pais e filhos**», sem que se proceda a qualquer distinção, consoante tenham nascido dentro ou fora do casamento.

Tal como sucede com a epígrafe, também do n.º 1 desta disposição deve ser retirada a expressão *legítimos*, de forma a permitir que a mesma possa ser aplicada a filhos nascidos dentro e fora do casamento.

Para que o art. 57.º possa ser aplicado às relações entre pais e filhos, sem que se proceda a qualquer distinção, é ainda necessário que o seu conteúdo seja alterado.

Em primeiro lugar, no caso de faltar a lei nacional comum, ou a lei da residência habitual comum dos pais, o elemento de conexão subsidiário a aplicar não pode ser a lei pessoal do pai (não obstante a parte final da disposição), uma vez que estaríamos a dar preferência ao pai, em detrimento da mãe.

Consequentemente, estaríamos a atentar contra os Princípios Constitucionais, que **consagram a igualdade entre o homem e a mulher** (cf. artigo 25.º da Constituição da República da Guiné-Bissau), bem como a igualdade entre os cônjuges (cf. artigo 26.º/3, também da Constituição).

Aquilo que deve aqui ser feito, tal como já fizemos noutras disposições, é recorrer a um elemento de conexão subsidiário, tal como, por exemplo, **a lei pessoal do filho**.

Esta acaba por ser também a solução adoptada pelo Código Civil português, depois da Reforma de 1977 (operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 6 de Outubro).

No caso da filiação estar estabelecida em relação a um único progenitor, aí sim faz sentido **aplicar a lei pessoal do mesmo**, quer se trate do pai, quer se trate da mãe, sem que seja posto em causa o Princípio Constitucional da Igualdade entre o homem e a mulher, e, consequentemente, entre os cônjuges.

No que concerne aos artigos 58.º e 59.º do Código Civil, relativos à **Legitimação** e à **Filiação ilegítima**, parece evidente que os mesmos se encontram revogados, pelas razões já acima apontadas.

Ou seja, a regulamentação da filiação e da relação entre pais e filhos pode perfeitamente ser feita através de dois artigos, já que se juntam os regimes, independentemente dos filhos em causa nascerem dentro ou fora do casamento. A partir do momento em que se afastam quaisquer discriminações, deixa de se justificar o estabelecimento de regimes autónomos, em disposições também elas diferentes.

Continuando esta nossa análise pelas normas que compõem o Direito Internacional Privado Guineense, deparamo-nos com o art. 60.º, que regulamenta a **Filiação adoptiva**, e que manda aplicar, como elemento de conexão subsidiário, **a lei pessoal do marido**:

«1. À constituição da filiação adoptiva é aplicável a lei pessoal do adoptante; mas, se a adopção for realizada por marido e mulher ou o adoptando for filho do cônjuge do adoptante, é competente a lei nacional comum dos cônjuges; na falta desta, a lei da sua residência habitual comum; e, se também esta faltar, **a lei pessoal do marido**.».

Como resulta do que já foi dito, relativamente a outras disposições, a parte final do n.º 1 do art. 60 tem que ser alvo de uma modificação, uma vez que, ao dispor que, quando não exista lei nacional comum ou lei da residência habitual comum dos cônjuges, se deve aplicar a lei pessoal do marido, está em clara violação com a Constituição.

Estão aqui em causa, especificamente, **os princípios constitucionais, que consagram a igualdade entre o homem e a mulher** (cf. artigo 25.º da Constituição da República da Guiné-Bissau), **bem como a igualdade entre os cônjuges** (cf. artigo 26.º/3, do mesmo diploma).

Desta forma, aquela que nos parece ser a posição mais adequada, e que permita pôr fim à situação actual de inconstitucionalidade, passa pela **aplicação de um elemento de conexão subsidiário**, a aplicar sempre que não existir lei da nacionalidade comum, bem como lei da residência habitual comum dos cônjuges.

Pela nossa parte, pensamos que, neste caso, se poderá recorrer a elementos de conexão, tais como a lei da última nacionalidade comum dos cônjuges, ou então, a lei da sua última residência habitual comum.

Se nenhum destes dois elementos de conexão se poder concretizar, em concreto, então parece-nos que a solução passa pela aplicação da **lei do país com o qual a vida familiar dos adoptantes se ache mais estreitamente conexa**.

Esta solução é passível de gerar algumas críticas, uma vez que é uma via juridicamente pouco segura de nos indicar qual a lei aplicável. Contudo, é este o elemento de conexão subsidiário a aplicar em Portugal, e inserido após a reforma de 1977 (através do Decreto-Lei n.º 496/77, de 6 de Outubro).

Terminaremos este périplo pelas normas que formam o Direito Internacional Privado Guineense, olhando para o art. 61.º do Código Civil, que regula os **Requisitos especiais da legitimação, perfilhação ou adopção**.

Ora, a partir do momento em que foi abolida a distinção entre filhos nascidos dentro e fora do casamento¹⁶, deixa de fazer sentido falar-se em filhos legítimos e ilegítimos, da mesma forma que não faz sentido falar-se em **Legitimação**.

Consequentemente, uma vez que o art. 61.º, agora em análise, regula, entre outras coisas, os requisitos da legitimação, o mesmo é, pelo menos nesta parte, inconstitucional.

Para que esta disposição se torne constitucional, deve-lhe ser retirada toda e qualquer expressão relativa à legitimação. Ou seja, o artigo manter-se-á em vigor, plenamente constitucional, desde que diga apenas respeito aos requisitos especiais da perfilhação e da adopção.

No fim da viagem, que nos propusemos fazer no início, é possível apontar algumas conclusões, retiradas desta análise, tanto quanto possível cuidadosa, das normas que compõem o Direito Internacional Privado Guineense, com a tónica especial centrada nos artigos do Código Civil, tal como vigoram na Guiné-Bissau.

¹⁶ Cf., a este propósito, o que ficou dito na análise dos artigos 56.º a 59.º do Código Civil.

A Guiné-Bissau, após a sua Independência, criou um conjunto de normas, assentes em valores e princípios, claramente em contradição com aqueles que se encontravam em vigor até àquela data.

Contudo, o legislador guineense, não obstante a sua ousadia, ficou aquém do que se previa. Ou seja, se é bem verdade que se quebrou com tradições legais, e se estabeleceu, por exemplo, e entre outras coisas, a equiparação entre o casamento e a união de facto¹⁷, em relação aos efeitos jurídicos, também é verdade que se esperaria um pouco mais desta actividade do legislador. Este limitou-se a criar Leis e uma nova Constituição, nas quais plasmou tais valores e princípios, sem que tenha procedido a uma revogação expressa e casuística de todas as disposições que se deveriam, em concreto, afastar.

Na grande maioria dos casos, a revogação foi feita em bloco e de forma tácita, já que o legislador se limitou a dizer que se devem considerar revogadas as disposições que contrariem os diplomas em causa.

É disso exemplo o próprio art. 1.º da Lei n.º 1/73, publicada no Boletim Oficial n.º 1, de 4 de Janeiro de 1974, nos termos do qual se fixa que se mantém em vigor a legislação portuguesa, «... em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à Constituição da República, as suas leis ordinárias e aos princípios e objectivos do Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde (P.A.I.G.C.)». Ou seja, toda a legislação que se revele contrária à soberania nacional, à Constituição e aos princípios do P.A.I.G.C. se deverá considerar revogada, sem que, contudo, se faça concreta menção de que parte da legislação é se trata – que normas estão em concreto aqui abrangidas.

Mas outros exemplos podem ainda ser dados: o art. 5.º da Lei n.º 4/76, publicado no Boletim Oficial n.º 18, de 4 de Maio de 1976; o art. 3.º da Lei n.º 5/76, e ainda a parte final do art. 19.º da Lei n.º 6/76, ambas publicadas também no Boletim Oficial n.º 18, de 4 de Maio de 1976.

É por isso que, mais do que estudos desta natureza, o que o Ordenamento Jurídico Guineense realmente necessita é de uma reforma expressa e urgente destas disposições.

¹⁷ Cf. o disposto na Lei n.º 3/76, de 1976, publicada no Boletim Oficial n.º 18 de 4 de Maio de 1976.

As normas de DIP são usadas fundamentalmente por juristas, mas isso não significa que o Código Civil não seja aberto por não juristas. O problema que daqui resulta é que, uma pessoa menos precavida, seja ou não jurista, seja ou não juiz de um qualquer tribunal do foro guineense, ou de um foro estrangeiro, tenha ou não nacionalidade guineense, pode não ser capaz de perceber que muitas destas disposições contêm regras que devem ser afastadas, por serem contrárias a princípios constitucionais fundamentais.

E mesmo os mais precavidos, que sejam capazes de concluir pela não aplicação de certos artigos, ou de parte dos mesmos, ficam, todavia, com um problema em mãos – como resolver as lacunas que resultam da inconstitucionalidade dos preceitos? Que soluções adoptar para a resolução dos problemas em concreto?

Estas são apenas algumas das razões que fundamentam a extrema necessidade de se proceder a uma reforma urgente destas disposições.

Só assim se poderá pôr fim a incertezas, que afectam a aplicação do Direito, e, no caso particular do ensino, dificultam a apreensão das normas de conflitos que integram, efectivamente, o DIP Guineense.

E só assim se caminhará rumo a um Estado de Direito efectivo, assente em leis concretas e, tanto quanto possível, actuais.

Mónica Lize de Freitas