

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO N.º 51.858.

Conflito de leis.

Qual a lei aplicável, num caso de conflito internacional de leis sobre investigação de paternidade ilegítima.

ÊSTE OPÚSCULO CONTÉM:

- a) **ALEGAÇÕES** para o tribunal pleno pelo Dr. Ruy Gomes de Carvalho, falecido advogado dos recorrentes D. Elizabeth Roeders e outros, herdeiros de Julius Wilhelm Gerhard Burmester, súbdito alemão que residiu e faleceu em Portugal. — Pág. 3 a 22.
- b) **PARÉCER DO SR. DR. ALVARO VILELA**, professor de direito internacional na Universidade de Coimbra, actualmente aposentado. — Pág. 23 a 64.
- c) **PARÉCER DO SR. DR. MANUEL RODRIGUES JÚNIOR** professor de direito na Universidade de Coimbra e antigo Ministro da Justiça. — Pág. 65 a 72.

LISBOA — 1942

Edição dos recorrentes

CONFLITO DE LEIS

Lei normalmente competente quanto
os pretensos pai e filho não têm a
- - mesma nacionalidade - -
Leis de ordem pública internacional
- - proibitivas e permissiva - -

Supremo Tribunal de Justiça

PROC. N.º 51.858

RR. e recorrentes:

D. Elizabeth Roeders, marido e outros

AA. é recorridos:

D. Maria Alice dos Anjos Vale e marido

Alegação dos recorrentes

para Tribunal Pleno

pelo advogado DR. RUY GOMES DE CARVALHO

PARECERES dos Professores Doutores ALVARO MACHADO VILELA
e MANUEL RODRIGUES JÚNIOR

|||||

LISBOA

1 9 4 2

Composto e impresso na Tipografia
COUTO MARTINS
R. Arco Marquês de Alegrete, 60
Telefone 21924

—≡ LISBOA ≡—

Alegação dos recorrentes D. Elizabeth
Roeders, marido e outros, no recurso para
Tribunal pleno, em que são recorridos D. Ma-
ria Alice dos Anjos Vale e marido:

Vai esta alegação acompanhada dos pareceres dos ilus-
tres Professores Doutores Alvaro Machado Villela e Manuel
Rodrigues Júnior.

Não nos alongamos, porisso, nas nossas considerações e
pedimos a esclarecida atenção dos Doutos Julgadores para êsses
dois pareceres.

I

O conflito de jurisprudência

É bem flagrante a opposição, sôbre a «mesma questão de
direito», existente entre o Acórdão recorrido e o invocado Acór-
dão de 12 de Abril de 1929.

E, para mais, «é do maior interêsse **pôr termo à incer-
teza** que dos dois julgados deriva», como muito bem se pon-
dera no Acórdão de fls. 414, que mandou seguir o recurso.

Ambos aquêles Acórdãos foram proferidos em acções de
investigação de paternidade ilegítima intentadas por pretensos
filhos de nacionalidade portuguesa contra representantes de su-
postos pais estrangeiros.

O Acórdão de 12 de Abril de 1929 observou inteiramente
as regras de conflitos de leis do direito português, sôbre estado

e capacidade das pessoas, expressas nos artigos 24.º e 27.º do Código Civil, e, assim, por o **estado de filho** ser um estado **relativo** e a sua constituição importar também a constituição do **estado de pai**, entendeu que não era de aplicar exclusivamente a lei nacional do filho, embora fôsse a portuguesa, e que se deviam aplicar, simultânea e respectivamente, as leis da nacionalidade de ambos, coordenando-as por forma que uma pessoa nunca possa pretender um estado que a sua lei nacional não admita ou **impor** a outra pessoa um estado que a lei nacional dessa pessoa não reconhece, quer em geral, quer no caso especial de que se tratar.

E o Acórdão recorrido, de 24 de Fevereiro de 1942, fez exclusiva aplicação da lei portuguesa (da nacionalidade do suposto filho), por entender que a norma do citado artigo 27.º, que manda regular o estado e a capacidade civil dos estrangeiros pela lei do seu país, só é de respeitar quando da aplicação da lei estrangeira não resultar ofensa a direitos e interesses especialmente protegidos pela lei portuguesa.

Portanto, o Acórdão de 1929 observou inteiramente a regra do artigo 27.º do Código Civil e o Acórdão de 1942 repleliu-a em absoluto; o Acórdão de 1929 aplicou cumulativamente a lei nacional do filho e a lei nacional do pai, e o Acórdão de 1942 aplicou **exclusivamente** a lei portuguesa, excluindo expressamente a aplicação da lei estrangeira, que era a lei nacional do pai. Não pode ser mais evidente a contradição.

A questão de direito consiste, pois, em se determinar se se deve observar ou não a regra de conflito de leis do artigo 27.º do Código Civil, em matéria de investigação de paternidade ilegítima, quando o pretense pai é estrangeiro e a sua lei nacional é mais restritiva do que a portuguesa.

Em nada torna essa questão diferente o facto de, no caso do Acórdão de 1929, o pretense pai ser francês, e, no caso do Acórdão recorrido, o pretense pai ser alemão, pois uma coisa é determinar se a lei nacional do pai tem ou não que aplicar-

se, e outra coisa é fazer a própria aplicação da lei que fôr determinada competente.

A questão é se a lei nacional do pai é aplicável, em princípio, cumulativamente com a lei nacional do filho; — não respeita à própria aplicação.

Trata-se duma questão de conflito de leis; e o conflito é criado pelo facto do pretenso pai ser estrangeiro e existe qualquer que seja a nacionalidade dêle.

Foram aquêles dois Acórdãos proferidos no “domínio da mesma legislação».

As regras de conflitos de leis do direito português, quanto ao estado e capacidade das pessoas, são hoje as mesmas que em 1929, pois constam dos perceitos dos artigos 24.º e 27.º do Código Civil.

E, embora o que interessa seja a identidade daquelas regras de conflitos de leis, pois se trata da sua interpretação e do seu alcance, — até são as mesmas também as disposições da lei portuguesa relativas à investigação de paternidade ilegítima (decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910), que se discute se são ou não de ordem pública internacional.

Com efeito, embora o § 2.º do artigo 13.º da Constituição deixe prever a modificação daquelas disposições, elas continuam inteiramente em vigor, por não ter sido ainda publicado diploma que dê execução ao mesmo parágrafo.

E as disposições das leis estrangeiras são indiferentes para a resolução do problema, que, como acima se diz, respeita à interpretação e alcance de regras de conflitos de leis do direito português.

De mais a mais, o artigo 763.º do Código de Processo Civil, ao falar na «mesma legislação», só se quis referir à «legislação **portuguesa**». Nem a legislação estrangeira é aplicável em Portugal, sem disposição de lei portuguesa que o ordene ou autorize.

Nada obsta, portanto, a que o Venerando Supremo Tribunal resolva o conflito de jurisprudência.

II

As acções de perfilhação e o direito de sucessão dos filhos perfilhados no direito português interno e internacional privado

Determina o artigo 31.º do decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, que o filho perfilhado, espontâneamente ou por sentença, adquire, além do direito ao nome e do direito a alimentos, o **direito de sucessão** na herança do pai e dos avós.

É um facto incontestável que, na grande maioria dos casos, a causa determinante das acções de investigação de paternidade ilegítima é a conquista' daquêlê **direito de sucessão**.

Em puro **direito português interno**, isto é, quando o pretense filho e o pretense pai ou avô são todos portugueses, o vencimento na acção de perfilhação tem sempre por efeito a aquisição do **direito de sucessão**. A lei aplicável, sob o ponto de vista da própria **nacionalidade** dela, é sempre a mesma, porque é sempre a lei portuguesa.

Quando, porém, o pretense filho e o pretense pai não são ambos portugueses, mas, por exemplo, o pretense pai é estrangeiro, como acontece na espécie, a situação pode não ser a mesma, e o vencimento na acção de perfilhação pode não atribuir ao filho o direito de sucessão na herança do pai ou dos avós, ou atribuir-lhe um quinhão diferente daquêlê que a lei portuguesa atribui aos filhos perfilhados.

Depende isso da **lei reguladora da sucessão**, determinada em harmonia com as regras do **direito internacional privado**.

A questão deixa, assim, de ser uma questão de simples direito português interno, para se tornar numa questão de **direi-**

to internacional privado português, que tem de ser resolvida segundo as **regras de conflito de leis** do direito português.

Ora, pode afirmar-se que neste ponto existe no nosso direito uma regra bem definida, a qual é: — **as sucessões são reguladas pela lei nacional do autor da herança**.

A jurisprudência do Venerando Supremo Tribunal é unânime nesse sentido: — *Acórdão de 16 de Julho de 1912*, na «Gazeta da Relação de Lisboa», vol. 26, pág. 444, e no «Direito», vol. 44, pág. 340; *Acórdão de 22 de Fevereiro de 1921*, na «Colecção Oficial», vol. 20, pág. 95, e no «Direito», vol. 54, pág. 343; *Acórdão de 12 de Julho de 1929*, na «Colecção Oficial», vol. 28, pág. 251, e na Gazeta Judiciária, vol. 1, pág. 93; etc..

E o mesmo acontece quanto à doutrina: — *Prof. Dr. José Alberto dos Reis* — «Das sucessões no direito internacional privado» (páginas 92 e seguintes, 117 e 160 e seguintes); *Prof. Dr. Alvaro Machado Vilela* — «Tratado elementar de direito internacional privado» (volume 1, páginas 442, 445, 486, 502 e 505); etc.

Este princípio da competência da lei nacional do autor da herança para regular a sucessão, assim aceito pela jurisprudência e pela doutrina em Portugal, foi consagrado, doutrinariamente, pelo **Instituto de Direito Internacional**, na sessão de Oxford de 1880 (*Annuaire de l'Institut*, volume de 1881, página 56), e, diplomáticamente, pelas **Conferências da Haia**, nos projectos por elas elaborados, em 1904 e 1928, sobre o regime jurídico internacional de sucessões («Actas de 1904», página 212, e de 1928, página 405).

E não pode haver dúvida de que o princípio se aplica, natural e logicamente, aos direitos sucessórios tanto dos filhos legítimos como dos filhos perfilhados, não havendo razão para admitir o contrário, tanto mais que os filhos legítimos são, em princípio, mais favorecidos que os filhos ilegítimos.

Esta independência entre regime de investigação da paternidade ilegítima para o efeito da declaração do estado do filho

perfilhado e o regime dos seus direitos sucessórios, é seguida, em França de forma nítida tanto pela jurisprudência como pela doutrina.

A Cassação, regulando a acção de investigação de paternidade pela lei nacional do filho (como lei normalmente competente e não aplicando a lei francesa como lei de ordem pública **internacional**), decide que os **efeitos de filiação** obedecem à sua lei própria e dá como competente para regular a sucessão a lei pessoal do autor da herança (Acórdão de 26 de Março de 1935, na «Revue Critique», volume de 1935, página 771; Acórdão de 20 de Janeiro de 1925, citado por Niboyet, no «Manuel», n.º 619-bis).

E é também o que sustentam os próprios escritores que defendem a aplicação da lei nacional do filho, como lei normalmente competente, na acção de investigação de paternidade ilegítima (*Weit* — «Traité de droit international privé», volume IV, 1912, páginas 55, 580 e 586; *Planiol et Ripert* — «Traité de droit civil français», tomo II, n.º 936, e tomo VI, n.º 102; *Niboyet* — «Manuel», n.º 619-bis).

E a mesma independência entre os dois regimes aparece no **Código Bustamante**, em vigor na maior parte das Repúblicas americanas, o qual, embora mande reger a investigação de paternidade, a da filiação materna e a sua proibição pelo direito territorial (artigo 63.º), determina que **os direitos sucessórios dos filhos naturais são submetidos à lei nacional do pai e os dos pais naturais à lei nacional do filho** (artigo 65.º).

Ora, perante a independência entre o regime jurídico internacional da investigação da paternidade ilegítima, considerada em si mesma, e o regime jurídico internacional do direito de sucessão dos filhos ilegítimos, reconhecida pela doutrina, pela jurisprudência e até por um grande monumento legislativo como é o **Código Bustamante**, é lícito e lógico admitir que o artigo 31.º do decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, ao determinar os

direitos dos filhos perfilhados, estabeleceu uma regra de puro direito **interno** e não se preocupou com os conflitos de leis que pudessem aparecer nos casos em que o pretense filho ou o pretense pai fôsse estrangeiro, deixando a resolução de tais conflitos à aplicação das regras de direito internacional privado português, já estabelecidos pela lei ou pela jurisprudência.

E, com efeito:

1.º) O referido decreto de 1910 é, em toda a sua contextura, uma lei de direito interno que **regula** a situação dos filhos tanto legítimos como ilegítimos, contendo a **lei portuguesa reguladora da investigação da paternidade ilegítima**, sem o menor preceito relativo à resolução dos conflitos de leis que possam surgir quando nessa investigação aparecem interessados estrangeiros;

2.º) O autor do mesmo decreto não devia ignorar que êsses conflitos podiam aparecer, pois, no decreto da mesma data, relativo ao casamento, inseriu disposições relativas a conflitos de leis, assim como não ignorava que havia no direito português regras de conflitos de leis que podiam aplicar-se à investigação da paternidade como meio de constituir um estado das pessoas, bem como às sucessões, e, porisso, deve entender-se que quis deixar êsses conflitos submetidos às regras gerais do direito internacional português, relativos tanto à investigação da paternidade como meio de declarar o estado de filhos ilegítimos, como aos seus direitos de sucessão.

Pode concluir-se, portanto, que: — ou a perfilhação judicial não tem por efeito conceder aos filhos direito sucessório, ou, se a perfilhação tem êsse efeito, há-de necessariamente ser regulada **também pela lei nacional do pai**.

III

**Lei normalmente competente segundo
as regras de conflitos
de leis para regular a investigação
de paternidade ilegítima**

Não estabeleceu o decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, **regra especial** para a resolução dos conflitos internacionais de leis relativa às acções de investigação de paternidade ilegítima.

Deixou-as, portanto, submetidas às **regras gerais** de conflitos, constantes dos artigos 24.º e 27.º do Código Civil.

O mesmo sucede quanto ao divórcio, pois o decreto de 3 de Novembro de 1910 também não contém nenhuma disposição que constitua excepção àquelas **regras gerais**.

E, em verdade, quer a doutrina, quer a jurisprudência assentaram em que, por se tratar do estado das pessoas, que os citados artigos mandam regular pela lei nacional dos interessados, os tribunais somente podem decretar o divórcio de estrangeiros quando a lei do seu país permita o divórcio e nos mesmos casos (*Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Janeiro de 1913*, na «Colecção Oficial», volume 17, página 72, e no «Direito», volume 51 página 250; de *15 de Novembro de 1921*, na «Colecção Oficial», volume 21, página 16, na «Gazeta da Relação de Lisboa», volume 36, página 143, e na «Revista dos Tribunais», volume 40, página 211; de *23 de Novembro de 1923*, na «Colecção Oficial», volume 23, página 21, na «Revista de Legislação e Jurisprudência», volume 56, página 413; no «Direito», volume 55, página 327, na «Gazeta da Relação de Lisboa», volume 37, página 251, e na «Revista dos Tribunais», volume 42, página 194; de *24 de Outubro de 1924*, na «Colecção Oficial», volume 23, página 143, na «Revista de Legislação e Jurisprudência», volume 57, página 237, no «Direito», volume 56, página 274, na «Gazeta da Relação de Lisboa», vo-

lume 38, página 221, e na «Revista dos Tribunais», volume 43, página 163, etc.).

E, como já se disse, não se pode sustentar que o legislador do decreto n.º 2 não pensou deixar a investigação da paternidade ilegítima submetida às regras gerais de conflitos de leis, pois no decreto n.º 1, da mesma data, regula por forma especial a resolução desses conflitos relativos ao casamento (artigos 58.º a 62.º).

Dispõe o Código Civil no artigo 24.º, que os portugueses, que viajam ou residem em país estrangeiro, conservam-se sujeitos às leis portuguesas concernentes à sua capacidade civil e ao seu **estado**, e no artigo 27.º, que o **estado** e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu país.

Segundo aquele Código são, pois, regidos pela sua lei nacional o estado e a capacidade dos indivíduos (*Prof. Dr. Machado Vilela* — «Tratado Elementar de Direito Internacional Privado», livro 1, páginas 433 e seguintes).

E não pode pôr-se em dúvida que, segundo o nosso direito, o reconhecimento da qualidade de filho ilegítimo e o da qualidade de pai ilegítimo constitue a **criação dum estado** das pessoas e relação de família, pois enquadra a situação jurídica dos filhos e dos pais ilegítimos no direito de família e ao lado da dos filhos e pais legítimos (artigos 101.º e seguintes, 122.º e seguintes, 1985.º e seguintes, 1989.º e seguintes do Código Civil; artigos 1.º e seguintes e 22.º e seguintes do decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910).

A procedência duma acção de investigação de paternidade ilegítima envolve, porém, a declaração do estado civil de **duas pessoas**: — a do estado do filho e a do estado do pai.

Trata-se de **estados relativos**, ou **correlativos**, pois dependem um do outro e são recíprocos.

A declaração de filiação afecta o estado do pai, assim como a declaração de paternidade afecta o estado do filho.

Por consequência, quando pai e filho não têm a mesma nacionalidade, devem aplicar-se, **simultânea e respectivamente**, a lei nacional do pai e a lei nacional do filho, coordenando-se as duas leis por forma que uma pessoa nunca possa pretender um estado que a sua lei nacional não admita ou impor a outra pessoa um estado que a lei nacional dessa pessoa não reconheça, quer em geral, quer no caso especial de que se tratar (*Prof. Dr. Machado Villela, «Tratado»* citado, livro I, páginas 461, e livro II, páginas 648 e seguintes; e referido *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Abril de 1929*).

De mais a mais, regular o estado do pai pela lei do filho ou o estado do filho pela lei do pai seria desrespeitar as regras de conflitos de leis dos artigos 24.º e 27.º do Código Civil, e cair-se-ia no absurdo de se dar preferência a uma lei por motivos perfeitamente iguais aos que, respectivamente, militariam em favor da outra.

Depois dos tribunais portugueses haverem julgado competente a lei nacional do filho, aliás em casos que revestiam aspectos especiais que aconselhavam, por outros motivos, a aplicação dessa lei, e depois de alguns autores se terem pronunciado pela lei nacional do pai, — tanto a doutrina, como a jurisprudência posterior assentavam na aplicação **cumulativa** das duas leis nacionais. E até o invocado Acórdão de 12 de Abril de 1929 foi apoiado pelas revistas de direito (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, volume 62, página 153, e *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 43, página 13, e volume 44, página 206).

Pelo contrário, a doutrina do Acórdão recorrido já foi abertamente combatida na *Revista dos Tribunais*, vol. 60, pág. 98, e na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, vol. 65, pág. 109.

Em Itália, antes da publicação do decreto de 12 de

Dezembro de 1938 — A, que aprovou o Livro I do novo Código Civil (Das Pessoas), a doutrina manifestava-se fortemente no sentido da aplicação cumulativa das duas leis (*Anzilotti e Fedozzi*, respectivamente, no volume de 1907, a página 115 e seguintes, e no volume de 1937, a página 495, da *Rivista di diritto internazionale privato*).

E tão radicada e aceita está essa doutrina que, embora o artigo 10.º daquele novo Código disponha que “as relações entre pais e filhos são **reguladas pela lei nacional do pai**, ou pela mãe se somente a maternidade fôr estabelecida ou se somente a mãe legitimou o filho” (em Itália, existe a legitimação por decreto — artigo 282.º do Código Civil), no *Relatório da Comissão Real*, diz-se à cerca do artigo 8.º do seu projecto, correspondente àquele artigo, que a regra nele contida se aplica somente quando a relação de filiação já esteja estabelecida, e que, quando se trata do reconhecimento, a qualidade de pai e de filho não tem influência, pois trata-se precisamente de a demonstrar, e, portanto, nesse ponto, tem que se observar o preceito do artigo 6.º do mesmo Código, que manda, por forma geral, regular as relações de família pela lei nacional das pessoas interessadas nessas relações.

A jurisprudência francesa, depois de hesitar entre a aplicação cumulativa da lei nacional do pai e da lei nacional do filho e a aplicação de uma ou outra destas leis, tem-se últimamente manifestado no sentido da competência exclusiva da lei do filho.

Mas, se a jurisprudência francesa se tem ultimamente pronunciado pela aplicação exclusiva da lei nacional do filho (aliás, como lei normalmente competente, e não por considerar a lei francesa como lei de ordem pública internacional), foi certamente por influência da Lei de 24 de Julho de 1921, que estabeleceu regras para resolver os conflitos entre as **leis especiais** da Alsacia e Lorena e as leis estrangeiras, e entre aquelas leis especiais e as leis francesas gerais, pois, entre as regras

que resolvem esta segunda ordem de conflitos, figuram as que submetem o estado e capacidade das pessoas à lei da sua origem (artigo 1.º) e a filiação **à lei do filho** (artigo 8.º, alínea 2.ª).

Embora se não trate de preceitos reguladores de conflitos de soberania, a semelhança dos casos deve ter estabelecido o **contágio**, fazendo inclinar nò mesmo sentido a jurisprudência, respeitante a conflitos internacionais de leis e que até aí se mostrava divergente e hesitante, no que não houve a dificuldade do problema da **sucessão do pai**, por êsse problema ser considerado à parte e regulado pela lei nacional dêste.

Estas circunstâncias impedem de legitimamente se chamar a jurisprudência francesa em auxílio da interpretação da lei portuguesa.

IV

**As disposições do decreto n.º 2, de 25
de Dezembro de 1910, relativas
à investigação de paternidade ilegítima
são de ordem pública internacional
na sua função PROIBITIVA ou negativa,
mas não o são na sua função PERMISSIVA
ou positiva**

Dispunha o artigo 130.º do Código Civil: — «**É proibida** a acção de investigação de paternidade ilegítima, **excepto** nos casos seguintes», e indicava três casos.

O artigo 34.º do decreto n.º 2 usa de fórmula equivalente: — «**É permitida** a acção de investigação de paternidade **nos casos seguintes**», e menciona, além daqueles três casos (n.ºs 1.º, 2.º e 3.º), **apenas mais dois** (n.ºs 4.º e 5.º).

Sempre se tem considerado **taxativa** a enumeração desses casos, tanto no Código Civil, como no decreto n.º 2 (*Dr. Vitor Nunes*, «Comentário à lei de protecção dos filhos», pág. 221; e *Dr. António Simões Correia* — «Da investigação de pa-

ternidade ilegítima», pág. 52 e seguintes). Também em França é considerada **taxativa** (Solodovnikoff — **La Notion de l'Ordre Public en Droit international privé dans la Jurisprudence Française relative au Droit de la Famille**, pág. 162).

A orientação dos dois diplomas é, pois, precisamente a mesma: — a fórmula do decreto n.º 2 contém **implícita** a proibição que na redacção do Código era **expressa**; aquêlde decreto apenas aumentou em duas o número de excepções.

Em princípio, a acção de investigação de paternidade ilegítima **continua proibida**, e essa proibição é estabelecida evidentemente em defesa da família legítima e da organização jurídica da sociedade, para evitar dificuldades e escândalos de prova, fabricação de prova e tentativas de chantage.

Tanto o Código Civil, como o decreto de 31 de Outubro de 1910 (actualmente integrado no Código), como o decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 colocam em **planos muito diversos** a filiação legítima e a filiação ilegítima, e até, quanto à sucessão, as legítimas e os quinhões dêstes são **inferiores** às daquêles (artigos 1785.º, 1991.º e 1992.º do Código Civil).

Essa diferença de planos é actualmente reforçada pelas disposições dos artigos 12.º e 13.º da Constituição.

Embora não haja um critério legal que regule a qualificação de leis de ordem pública, não pode hesitar-se, pelas razões expostas, em qualificar-se o artigo 34.º do decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910, como lei de ordem pública **proibitiva**, ou seja na sua parte **negativa**.

Mas, não se compreende que possa ser considerada de ordem pública internacional **permissiva** ou positiva, isto é na parte em que faz excepção ao princípio geral, permitindo em certos casos a investigação da paternidade ilegítima

Como se pode admitir que seja de ordem pública internacional **permissiva** o que **se não admite em todos os casos?! . . .** E, de mais a mais, quando a própria lei **limita a**

propositura das respectivas acções a determinados **prazos** (artigo 37.º do decreto, n.º 2)?!...

Aquela disposição só poderia ser de ordem pública **permissiva** se facultasse a investigação de paternidade em **qualquer caso** e a **todo o tempo**.

É manifestamente absurdo pretender que seja de ordem pública o que tão avaramente se permite!...

E uma coisa pode ter-se como certa: — é que não deve considerar-se de ordem pública **permissiva** a disposição do decreto que reconhece o direito de sucessão aos filhos perflhados. Essa disposição tem que ceder ao princípio de direito internacional privado — fundamental em matéria de sucessões — de que estas são reguladas pela **lei pessoal** (no sistema português — **lei nacional**) do autor da herança (veja-se o n.º 5 — *b* — *Direito de sucessão* — do **Parecer**, que se junta, do emittente internacionalista *Prof. Dr. Alvaro Machado Villela*).

Não se diga que o decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, obedece ao propósito de proteger os filhos ilegítimos, por se chamar “Lei de protecção dos filhos”, visto que tanto regula a situação dos **filhos legítimos** (artigos 1.º a 21.º) como, a **dos ilegítimos** (artigo 22.º e seguintes), e nunca se podia entender que protege os ilegítimos **contra os legítimos**, que êle próprio, aliás, coloca em plano superior.

Nem aquella designação tem rigorosamente outro significado que não seja o de **lei reguladora da situação dos filhos**. O legislador é precisamente o mesmo que, dois meses antes (decreto de 31 de Outubro de 1910), reduziu a legítima de dois têtços para metade, e manteve a diferença de legítima e de quinhão hereditário entre os filhos legítimos e ilegítimos. E essa forma singular de protecção dos filhos, especialmente dos filhos ilegítimos, não foi contrariada pelo **protector** decreto n.º 2.

Muito a propósito de excessos de boa vontade na defesa da competência exclusiva da lei portuguesa, diz-se, no Acórdão

de 12 de Abril de 1929, invocado em contradição com o Acórdão recorrido:

«... Mas, é sempre dever não persistir na defesa de jurisprudência que mais pode assentar na sentimentalidade ou orgulho nacionais **do que no estrito direito**».

O antigo texto do artigo 340.º do Código Civil francês, que proibia duma maneira quasi absoluta a investigação de paternidade, pois só permitia no caso de rapto, foi modificado pela Lei de 16 de Novembro de 1912, que permite a investigação da paternidade em **cinco novos casos** (o nosso decreto n.º 2 só veio acrescentar dois casos aos três do artigo 130.º do Código Civil).

A doutrina pronuncia-se no sentido de que também o **novo texto** daquele artigo é de ordem pública **proibitiva**, mas **não** de ordem pública **permissiva** (*Solodovnikoff* — Livro citado, págs. 163 e seguintes; *Niboyet*, 2.ª ed., n.º 648, pág. 761; *Surville, Clunet*, vol. de 1913, págs. 7 e 81, e *Cours élémentaire*, 7.ª ed., 310, pág. 454; *Pillet*, *Traité pratique*, vol. 1.º, n.º 326, pág. 650; *Rigaud, Clunet*, vol. de 1812, pág. 105; *Rouast*, note Dalloz, vol. de 1925, I, pág. 177; *Aubry et Rau*, 5.ª ed., vol. IV, pág. 288, § 570. 288, nota 66; *Bartin*, «Études», pág. 237).

A «Cour de Cassation» confirmou que o **princípio da proibição** de investigação da paternidade é de ordem pública em França (Acórdão de 26 de Março de 1935, na *Nouvelle Revue Lapradelle et Goulé*, vol. de 1935, pág. 58), pronunciando-se, assim, no mesmo sentido dos Acórdãos da «Cour de Colmar» de 8 de Julho de 1933 e de 27 de Junho de 1934 (*Clunet*, vol. de 1934, pág. 918, e vol. de 1925, pág. 359).

Quanto a não ser de ordem pública **permissiva** a investigação de paternidade em França, a «Cour de Cassation» pôs termo a quaisquer dúvidas pelo seu Acórdão de 20 de Janeiro de 1925, decidindo, em substância, semelhantemente ao Acórdão da «Cour de Lyon» de 30 de Dezembro de 1920, que as disposições da lei de 1912, modificando o artigo 340.º do Có-

digo Civil, não eram de ordem pública na **parte que permitiam a investigação de paternidade** e que elas não se applicavam aos estrangeiros, por o estatuto pessoal dêstes dever exclusivamente decidir, na parte que lhes respeitasse, se a investigação de paternidade era admitida (*Niboyet*, «Manuel», pág. 761; *Sirey*, vol. de 1925, I, pág. 49; *Pillet*, na «Revue Lapradelle», vol. de 1925, pág. 531, *Solodovnikoff*, liv. cit., pags. 165 e seguintes).

Em França, a lei nacional do filho é a competente para regular a acção de investigação de paternidade (*Solodovnikoff*, livro cit., pág. 171 e seguintes).

E que a lei francesa não é applicada como lei de ordem pública **permissiva**, evidenciam-no bem os Acórdãos da «Cour de Cassation» de 1 de Abril de 1930 e de 15 de Julho de 1936, citados no Acórdão recorrido, que fazem obedecer a investigação de paternidade ilegítima à lei nacional do filho, como lei normalmente competente (*Journal de Droit International*, Ano 57, pág. 973; e *Recueil Sirey*, Ano de 1938, 1.^a Parte, pág. 17), e, tanto assim que o segundo dos Acórdãos referidos rejeitou o recurso, por a filha ser de nacionalidade italiana, no momento da introdução da acção (embora posteriormente sua mãe fizesse a declaração para lhe assegurar a qualidade de francesa), e por a lei italiana proibir a investigação de paternidade, salvo no caso de rapto ou violação, que não era invocado!...

V

O artigo 26.º do Código Civil não constitue obstáculo ao reconhecimento da eficácia das leis mandadas aplicar pelas regras de conflitos do direito português

Diz o artigo 26.º do Código Civil que os estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, têm os mesmos direitos e

obrigações civis dos cidadãos portugueses, enquanto aos actos que hão-de produzir os seus efeitos neste país.

Mas acrescenta: — «**excepto** nos casos em que a lei expressamente determina o contrário, ou se existir tratado...».

Ora, logo no artigo seguinte (o artigo 27.º) o mesmo Código determine o contrário, quanto ao estado e à capacidade civil dos estrangeiros, que manda regular pela lei do seu país.

Ninguém, porisso, pretenderá sustentar que um espanhol, que tenha completado 21 anos, e viaje ou resida em Portugal, é maior ou tem os mesmos direitos dos portugueses maiores... a-pesar da disposição da primeira parte do artigo 26.º. Ou que estrangeiros que viajam ou residam em Portugal, podem aqui obter o seu divórcio, quando a lei do seu país o não admita ou não o permita nos mesmos casos.

Com efeito, o Acórdão do Venerando Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1941 («Boletim Oficial do Ministério de Justiça» ano I, página 361), decidia que a disposição do artigo 27.º não está prejudicada pelo artigo 26.º, os dois artigos podem e devem combinar-se, entendendo-se que a capacidade civil dos estrangeiros é efectivamente regulada pela lei do seu país e que, quanto aos actos praticados por êles que hajam de produzir os seus efeitos em Portugal, os estrangeiros têm os mesmos direitos e as mesmas obrigações que a lei portuguesa estabelece para os portugueses.

O Prof. Doutor José Alberto dos Reis, no seu livro “Das sucessões no direito internacional privado”, diz a página 99: — “O artigo 26.º simplesmente assegura aos estrangeiros o gozo de direitos civis em Portugal, **sem entrar na determinação da lei** que há de regular o exercício desses direitos; dizer que os estrangeiros têm em Portugal os mesmos direitos que os portugueses, não é declarar que ficam exclusivamente sujeitos ao império da lei civil portuguesa: são duas coisas muito diferentes”.

No mesmo sentido se pronuncia Fedozzi, a propósito do

artigo 3.º do Código Civil italiano de 1865 (livro cit., páginas 25 e 26).

O exercício dos direitos e obrigações dos estrangeiros, a que se refere o artigo 26.º, depende, pois, de a lei competente, segundo a lei portuguesa (artigo 27.º), lhos atribuir.

De contrário, os estrangeiros estariam sempre sujeitos à lei territorial e o artigo 26.º... revogaria o artigo 27.º!...

A regra de conflitos de leis, em matéria de estado e capacidade civil das pessoas, seria inexistente... sem, ao menos, ser contrariada expressamente por diploma posterior.

Nem é admissível que uma disposição inutilize outra do mesmo diploma. Ambas têm que se harmonizar.

E não há dúvida que o preceito do artigo 27.º é uma regra especial reguladora de conflitos de leis, e, como tal, tem preferência sôbre a disposição genérica e virtual do artigo 26.º.

VI

O pretense pai não podia válidamente perfilhar a autora

Por fôrça do disposto no artigo 27.º do Código Civil, o estado do pretense pai, que era alemão, só poderia ser modificado de harmonia com a lei do seu país, ou seja pela lei alemã,

Portanto, êle não poderia, mesmo que quisesse, perfilhar válidamente a autora, no sentido da lei portuguesa, visto que essa perfilhação modificaria o seu estado civil, segundo a lei portuguesa, e a lei alemã determina que o filho ilegítimo e o pai **não são considerados parentes** (artigo 1589.º do Código Civil alemão).

Ora, como escreve o eminente internacionalista Prof. Doutor Machado Villela, no seu citado «Tratado» na Parte II, a pags. 646: — «O reconhecimento voluntário, do mesmo modo que o reconhecimento judicial, tem por efeito a constituição de

um **estado relativo**, por isso que, ao mesmo tempo que atribue a um individuo a **qualidade de pai**, atribue a outro a **qualidade de filho**. Sendo assim, só é lógica a solução que atende simultâneamente à lei nacional do pai e à lei nacional do filho, pela simples e decisiya razão de que não pode atribuir-se a uma pessoa um estado em condições em que a sua lei nacional, que é a lei reguladora do seu estado, não reconhece aquêl estado».

Segundo a lei portuguesa, a perfilhação é a constituição de **parentesco** entre pai e filho, com os direitos referidos no artigo 31.º do decreto n.º 2, enquanto que a lei alemã terminantemente repele o parentesco e apenas dá ao filho o direito a alimentos, normalmente, até à idade de 16 anos, e daí em diante só no caso de defeito físico ou mental que o torne incapaz de prover ao seu sustento (artigos 1708.º a 1712.º do Código Civil alemão).

O pretenso pai não possuía, pois, a capacidade de gôzo do direito de perfilhar a autora, no sentido que a perfilhação tem no direito português.

E, assim, seria nula e destituída de efeitos qualquer perfilhação que, por hipótese e absurdo, tivesse feito.

Se o pretenso pai não podia perfilhar, como se demonstrou, não praticou falta ou omissão que os tribunais possam suprir.

VII

Conclusões

Pelos fundamentos expostos nesta alegação e nos dois pareceres juntos e pelos mais do douto suprimento dos Mm.^{os}. Conselheiros-Julgadores, deve ser dado provimento ao recurso, com tôdas as consequências legais, e, designadamente, revogado o Acórdão recorrido, julgada improcedente a acção e lavrado Assento no sentido de que nas acções de investigação de paternidade ilegítima, em que pai e filho tenham diferente nacio-

nalidade, **devem aplicar-se, como leis normalmente competes, simultânea e respectivamente, a lei nacional do filho e a lei nacional do pai:**

ou,

na hipótese, aliás improvável, de assim se não entender, deve também dar-se provimento ao recurso, revogando-se o Acórdão recorrido, julgando-se a acção procedente **tão sómente** quanto a alimentos, e lavrado Assento estabelecendo que, da procedência das acções de investigação de paternidade ilegítima, quando o pai fôr estrangeiro, não resulta o direito do filho suceder a seu pai, ou a seus avós, de conformidade com a lei portuguesa, devendo a sucessão do pai ou dos avós ser regulada pela lei nacional do autor da herança.

JUSTIÇA!

Juntam-se os dois referidos pareceres

Com escritório na Rua da Luta, n.º 30, 2.º andar

O advogado,

Ruy Gomes de Carvalho

PARECER

DO

EX.^{MO} SNR. DR. ÁLVARO MACHADO VILELA

PROFESSOR DE DIREITO INTERNACIONAL
NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA,
ACTUALMENTE APOSENTADO.

ERRATAS PRINCIPAIS

Pág.		Linha		Erro		Correcção
23	—	14	—	1942	—	1912
33	—	2	—	ou	—	os
33	—	4	—	nomo	—	como
33	—	18	—	assente	—	assento
36	—	16	—	ambos	—	ambas
38	—	8	—	Quando	—	Quanto
46	—	20	—	pela	—	pelo
58	—	24	—	relações	—	legislações

Parecer sôbre a Lei Reguladora da Investigação da Paternidade Ilegítima movida por um pretense filho de nacionalidade portuguesa contra os herdeiros de pretense pai alemão, para o efeito de lhe ser reconhecida a qualidade de filho perfilhado do *de cujos* e de, em consequência, lhe serem atribuídos os direitos que a lei portuguesa confere aos filhos perfilhados.

I

Dados da questão

Resulta dos elementos que nos foram fornecidos :

a) que D. Maria Alice dos Anjos Vale, nascida no Pôrto, de mãe portuguesa, a 13 de Novembro de 1942, e seu marido Manuel do Vale Ribeiro, ora recorridos perante o Tribunal Pleno, propuseram, na comarca do Pôrto, acção de investigação de paternidade ilegítima contra os herdeiros de Gerhard Burmester, de nacionalidade alemã, com os fundamentos de posse de estado e de sedução com promessa de casamento, reivindicando a autora D. Maria Alice a qualidade de filha ilegítima de Gerhard Burmester e pedindo o seu quinhão na herança de seu pretense pai ;

b) que o Tribunal de 1.^a instância, por sentença de 3 de Abril de 1940, considerando justificada a posse de estado, julgou a acção procedente e provada, declarando a autora filha ilegítima

de Gerhard Burmester e reconhecendo-lhe os direitos, inerentes a esta situação, estabelecidos pelo artigo 31.º do decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, designadamente, o direito de usar os apelidos do pretense pai e o direito de sucessão, sem que, no decurso da causa ou na sentença, fôsse discutida ou resolvida qualquer questão de conflito de leis ;

c) que, todavia, os réus, apelando daquela sentença para a Relação do Pôrto, levantaram, perante êste Tribunal, a questão da competência da lei alemã, por o pretense pai ser de nacionalidade alemã, para regular a existência, natureza e alcance dos direitos da pretensa filha, alegando que aquela competência resultaria do preceito do artigo 27.º do Código Civil, que manda regular o estado e capacidade civil dos estrangeiros pela lei do seu país, e que a lei alemã apenas admite a investigação da paternidade ilegítima para o efeito de obter o direito a alimentos, direito que, normalmente, se extingue quando o filho atinge a idade de 16 anos (Código Civil alemão, artigo 1708.º).

d) que, no seu acórdão de 8 de Janeiro de 1941, a Relação do Pôrto considerou competente a lei portuguesa para determinar os direitos da autora, por o pretense pai haver tido o seu domicílio e a sua residência em Portugal (no Pôrto) e, por tal motivo, por um lado, estaria sujeito às leis portuguesas em virtude do artigo 26.º do Código Civil, que dispõe que os estrangeiros que residem em Portugal têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portugueses quanto ao actos que hão-de produzir os seus efeitos neste país, e, por outro, teria como estatuto pessoal a lei portuguesa, já que o Código Civil alemão estabeleceria que a lei pessoal dos alemães domiciliados em país estrangeiro seria a lei do domicílio, o que conduziria à competência da lei portuguesa, por aplicação da **teoria da devolução**, que seria de receber como já aceita pelo Supremo Tribunal de Justiça, de modo que a autoura e seu pretense pai teriam afinal como estatuto pessoal comum a lei portuguesa, confirmando, em consêquência, a sentença apelada em todas as suas disposições ;

e) que os apelantes recorreram de revista para o Supremo

Tribunal de Justiça e insistiram, no seu recurso, na competência da lei alemã para regular, na espécie, a possibilidade e os efeitos da investigação da paternidade ilegítima e alegaram que teria sido violado o artigo 27.º do Código Civil, que manda regular o estado e capacidade dos estrangeiros pela lei do seu país ;

f) que, em seu acórdão de 24 de Fevereiro de 1942, o Supremo Tribunal de Justiça negou a revista, pelos motivos seguintes :

1.º que, o artigo 27.º do Código Civil estabelece realmente que estado e capacidade civil dos estrangeiros são regulado pela lei do seu país, mas que esta norma não é de respeitar quando da aplicação da lei estrangeira resulta a ofensa de direitos e interesses especialmente protegidos pela lei portuguesa ;

2.º que a lei alemã, embora admita a investigação da paternidade ilegítima, não cria, pelo reconhecimento, um vínculo de família e reduz os seus efeitos a um crédito alimentar, ao passo que a lei portuguesa, isto é, o decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, obedecendo ao propósito de proteger os filhos ilegítimos, estabelece, pelo reconhecimento, uma relação de parentesco entre o pai e o filho e a família dêles e confere aos filhos perfilhados os direitos mencionados no artigo 31.º e, por isso, a aplicação da lei alemã viria ofender os direitos dos filhos perfilhados, assim estabelecidos pela lei portuguesa, que não seria uma lei de mero interesse privado, mas seria antes uma lei de interesse e ordem pública, aplicável a nacionais e a estrangeiros, pois não se compreenderia que um pai estrangeiro, uma vez provada a paternidade, ficasse, contrariamente à prescrição do artigo 26.º do Código Civil, em plano diverso do pai português ;

3.º que deveria ser, pois, regulada pela lei portuguesa, como foi, e não pela lei alemã, a investigação de paternidade requerida pela autora ;

4.º e que a doutrina da competência da lei nacional do filho, para reger a investigação da paternidade ilegítima, foi a

doutrina consagrada em França pelo Tribunal de Cassação, após a lei de 16 de Novembro de 1912, que modificou o artigo 340.º do Código Napoleão e, como essa lei e o nosso decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 são idênticos nos seus propósitos de protecção aos filhos e o seriam, portanto, no seu carácter de leis de interesse e ordem pública, não haveria motivo para que a mesma doutrina não seja seguida e mantida no nosso país;

g) que os réus recorreram para o Tribunal pleno do acórdão que negou a revista, alegando que haveria, entre este acórdão e o acórdão de 12 de Abril de 1929, a opposição prevista pelo artigo 763.º do Código de Processo Civil como fundamento dêste recurso, e que, por acórdão de 13 de Julho de 1942, foi decidido que existe essa opposição, tendo por isso o Tribunal Pleno de pronunciar-se sobre a existência da opposição e, eventualmente, sobre o objecto do recurso, acerca do que emitimos o seguinte:

II

Parecer

SUMARIO. 1 — Oposição entre o acórdão recorrido e o acórdão de 12 Abril de 1929. 2 — Natureza das relações jurídicas entre o pai e o filho ilegítimo. 3 — Lei reguladora da investigação da paternidade ilegítima. I. Lei normalmente competente. II. Se a lei estrangeira normalmente competente deve ser substituída pela lei portuguesa como lei de ordem pública. 4 — Significado e alcance do artigo 26.º do Código Civil Português. 5 — Direitos da autora no caso de ser considerada estabelecida a sua qualidade de filha ilegítima de Gerhord Burmester.

1.º — Oposição entre o acórdão recorrido e o acórdão de 12 de Abril de 1929. A admissão do recurso para o Tribunal pleno depende de duas condições

que dominaremos de forma, e de duas condições que chamaremos de fundo.

As **condições de forma** consistem em os dois acórdãos que se pretendem em contradição terem sido proferidos em processos diferentes ou em incidentes diferentes do mesmo processo e em o acórdão anterior ter passado em julgado.

Estas condições verificam-se. Os dois acórdãos foram proferidos em processos diferentes e o acórdão anterior transitou em julgado.

As **condições de fundo** consistem em os dois acórdãos;

a) terem sido proferidos sobre a mesma questão de direito, no domínio da mesma legislação;

b) estarem em oposição entre si.

Ambas estas condições se verificam igualmente.

a) **Os dois acórdãos foram proferidos sobre a mesma questão de direito e no domínio da mesma legislação.** Tanto o acórdão anterior, de 12 de Abril de 1929, como o acórdão recorrido, de 24 de Fevereiro de 1942, foram proferidos sobre a questão de direito de qual seja a lei reguladora da investigação da paternidade ilegítima no caso de o filho ser português e o pai estrangeiro, isto é, **uma questão de conflitos de leis relativas à filiação ilegítima.**

Entre a espécie julgada pelo acórdão de 1929 e a espécie julgada pelo acórdão de 1942, há a diferença da nacionalidade do pai, francês na primeira e alemão na segunda.

Essa diferença de nacionalidade do pai nos dois casos é, porém, irrelevante, pois o que conta é a sua qualidade de **estrangeiro**, visto que é essa qualidade que cria o conflito de leis e põe em acção a regra de direito internacional privado do direito português que os dois acórdãos discutiram (Código Civil, artigo 27.º) e em face da qual proferiram soluções contraditórias.

Ora, **uma questão de conflitos de leis** deve, evidentemente, ser resolvida em face de **uma regra de conflitos de leis**, isto é, uma regra de direito que indique a lei reguladora da relação ou instituição jurídica que provoca o conflito. E, como, em tribunais portugueses só podem ser aplicadas regras de conflitos de leis formuladas ou aceitas pelo direito português, era em face de uma regra de conflitos de leis do direito pátrio que tinha de ser resolvida a questão comum aos dois acórdãos.

Não existe no direito português uma regra especial de conflitos de leis relativa à investigação da paternidade ilegítima e, por isso, devia a questão ser resolvida em face da regra de conflitos de leis respeitante ao **estado das pessoas**, pela razão de que a investigação da paternidade ilegítima tende à declaração do **estado de filho** e, correlativamente, à declaração do **estado de pai**, que são **estados de família** e, como todos os estados de família, **estados das pessoas**. Era, pois, em face da regra de conflitos de leis do direito português relativa ao estado das pessoas que a questão tinha de ser resolvida.

Essa regra de conflitos de leis está formulada expressamente, **quanto a portugueses**, no artigo 24.º do Código Civil, que manda regular o seu estado e capacidade civil pela lei portuguesa, isto é, pela sua lei nacional, e, **quanto a estrangeiros**, no artigo 27.º do mesmo Código, que manda regular o seu estado e capacidade civil pela lei do seu país, o que equivale a dizer pela sua lei nacional.

A questão de direito era, portanto, a mesma. E a mesma era a regra de conflitos de leis a aplicar para a resolver, pois, entre 1929 e 1942, aquelas regras de conflitos de leis não sofreram alteração. (1)

(1) No texto apenas se faz referência à *identidade*, entre 1929 e 1945, *das regras de direito internacional privado português*, por se tratar de uma questão de conflitos de leis e, portanto, só essa identidade

b) **As soluções dos dois acórdãos são opostas e contraditórias.** O acórdão de 1929 respeitou inteiramente a regra de conflitos de leis do direito português que manda regular o estado e capacidade civil das pessoas pela sua lei nacional (Código Civil, artigos 24.º e 27.º), mas, considerando que o **estado de filho** é um **estado relativo**, que supõe a relação entre duas pessoas — **pai e filho** — e não poderia portanto ser regulado exclusivamente pela lei nacional de uma delas, entendeu e julgou:

1.º Que deviam aplicar-se cumulativamente a lei francesa, como **lei de estado do pai**, no que se conformou com a regra de conflitos de leis do artigo 27.º do Código Civil, que manda regular o estado e capacidade civil dos estrangeiros pela lei do seu país, e a lei portuguesa, como **lei de estado da filha**, no que se conformou com o preceito do artigo 24.º, do mesmo Código, do qual resulta que o estado e capacidade civil dos portugueses são sempre regulados pela lei portuguesa;

2.º Que devia adoptar-se a solução que resultasse da coordenação das duas leis, e a solução adoptada foi a declaração da inviabilidade da acção, por a autora ser filha adúltera, e a lei francesa não admitir a investigação da paternidade dos filhos adúlteros (que é aliás admitida pela lei portuguesa),

ter interesse. Notaremos, porém, que também se verifica a identidade de regras de direito interno. Em verdade, se o artigo 13.º, § 2.º, da Constituição Política de 1933 — diz — «E' garantida aos filhos legítimos a plenitude dos direitos exigidos pela ordem e solidez da família, *reconhecendo-se aos filhos ilegítimos perfilháveis, mesmo aos nascituros, os direitos convenientes a sua situação, em especial o de alimentos, mediante investigação da pessoa que deve prestá-los*» — importa observar, por uma parte, que aquêlê preceito da Constituição não foi ainda *regulado* por qualquer diploma que modificasse o decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 e, por outra, que o direito dos filhos ilegítimos perfilháveis a alimentos, mediante investigação da paternidade ilegítima, já existia segundo o Código Civil e segundo o referido decreto de 1910.

e não parecer possível ao tribunal atribuir a um francês o estado de pai ilegítimo num caso em que a lei do seu país o não admitia, embora o admitisse a lei nacional da pretensa filha.

O acórdão recorrido, reconhecendo embora que o artigo 27.º do Código Civil manda regular o estado e capacidade civil dos estrangeiros pela lei do seu país, entendeu que, na espécie por êle julgada, não se lhe devia dar execução applicando a lei alemã, como lei do país do pai, por julgar que, da applicação dessa lei, resultaria a ofensa de direitos e interesses especialmente protegidos pela lei portuguesa, isto é, os direitos e interesses dos filhos perflhados, regulados pelo decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, que qualificou de lei de interesse e ordem pública, decidindo por tal motivo que a investigação da paternidade ilegítima devia ser regulada exclusivamente pela lei portuguesa.

A opposição entre os dois acórdãos é manifesta. O acórdão de 1929 manteve-se fiel à **regra de conflitos de leis** que manda regular o estado e capacidade civil das pessoas pela sua lei nacional como **lei normalmente competente**, ao passo que o acórdão recorrido pôs de parte aquella **regra** e applicou a lei portuguesa como **lei de ordem pública internacional**, e, portanto, como **excepção** à mesma regra. Dá-se assim entre os dois acórdãos a opposição que sempre existe entre a **regra** e a **excepção**.

E deve dizer-se neste momento que, se, de facto, o acórdão de 1942 applicou exclusivamente a lei nacional do filho, que é a lei portuguesa, não a applicou **como lei normalmente competente**, isto é, como lei declarada competente por uma regra de conflitos de leis que indica a competência destas independentemente da sua qualidade de leis do país do tribunal ou de leis estrangeiras, mas sim **como lei de ordem pública internacional**, isto é, como lei imperativa applicável a nacionais e estrangeiros e independentemente do que possam dispôr as regras de conflitos de leis que prescrevem a

aplicação das leis estrangeiras ou podem conduzir à sua aplicação⁽¹⁾, pois, não só qualificou formalmente como lei de ordem pública o decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, que é a lei portuguesa que regula a investigação da paternidade legítima, mas aplicou exclusivamente êsse decreto para resolver uma questão de estado e capacidade civil relativa a um estrangeiro, na hipótese um alemão, em contrário do que dispõe o artigo 27.º do Código Civil, que manda regular o estado e a capacidade civil dos estrangeiros pela lei do seu país, o que só podia fazer aplicando a lei portuguesa como limite da aplicação das leis estrangeiras como leis normalmente competentes, isto é, aplicando-a como lei de ordem pública internacional.

Entre os dois acórdãos existe, assim, uma **oposição doutrinal** ou **de concepção**, enquanto o acórdão de 1929 considerou a investigação da paternidade ilegítima regida, no caso de o pretenso filho ser português e estrangeiro o pretenso pai, pela **lei normalmente competente**, segundo as regras de conflitos de leis do direito português, para regular o estado e capacidade civil das pessoas, e entendeu dever aplicar **cumulativamente** a lei nacional do pai e a lei nacional do filho, por se tratar de um **estado relativo**, que, a seu ver, afecta tanto a pessoa de um como a pessoa do outro, ao passo que o acórdão de 1942 a considerou regida **exclusivamente** pela lei portuguesa como **lei de ordem pública internacional** e, portanto, como limite ou obstáculo à aplicação da lei normalmente competente.

E esta oposição doutrinal, que já seria bastante só de per si para dever ser resolvido o conflito de jurisprudência por ela traduzido (Código de Processo Civil, artigo 768.º, § 1.º), teve como consequência uma **oposição concreta de decisões**, por isso que, enquanto o acórdão de 1929, aplicando a lei nor-

(1) Vide: Machado Villela. *Tratado elementar de direito internacional privado*, I, n.º 163 e seg. e 171.

malmente competente e aplicando cumulativamente a lei nacional do pai e a lei nacional do filho, rejeitou o reconhecimento judicial de um filho adulterino, reconhecimento admitido pela lei portuguesa, que era a lei nacional do filho, mas proibido pela lei francesa, que era a lei nacional do pai, isto é, resolveu o conflito entre a lei nacional do filho e a lei nacional do pai adoptando a solução ditada pela **lei mais severa**, que era a lei estrangeira, o acórdão de 1942, applicando exclusivamente a lei portuguesa como lei de ordem pública internacional, atribuiu à autora **todos os direitos** que a lei portuguesa reconhece aos filhos perflhados (direito ao nome, direito de alimentos e direito de sucessão, decreto de 25 de Dezembro de 1910, artigo 31.º) e portanto mesmo aquêles direitos que a lei alemã recusa aos filhos ilegítimos relativamente ao pai, como são o direito ao nome e o direito de sucessão (Código Civil alemão, artigos 1589.º, 1705.º e seguintes e 1924.º), isto é, resolveu o conflito adoptando a solução da **lei menos severa**, que era a lei portuguesa. Quere dizer, os dois acórdãos são bem a *antithese* um do outro.

Sendo, pois, indiscutível a opposição entre o acórdão **anterior**, de 22 de Abril de 1929, e o acórdão **recorrido**, de 24 de Fevereiro de 1942, torna-se necessário resolver o conflito de jurisprudência que ela traduz. Ao Tribunal Pleno cabe a resolução do conflito, fixando o regimen jurídico internacional, segundo as regras de conflitos de leis do direito português, da investigação da paternidade ilegítima no caso de o pretense filho ser português e estrangeiro o pretense pai.

2— **Natureza das relações jurídicas entre o pai e o filho ilegítimo.** O direito português integra a filiação ilegítima no direito de família, como resulta claramente das disposições do Código Civil (artigos 101.º e seguintes), do decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 (lei de protecção dos filhos), e da Constituição politica (artigos 12.º e 13.º), que se occupam da filiação ilegítima ao lado da filiação legítima.

ma e pautam sôbre o quadro dos direitos dos filhos legítimos ou direitos que reconhecem aos filhos ilegítimos.

As relações jurídicas entre pai e filho ilegítimo devem, pois, **qualificar-se** como **relações de família**, e deve considerar-se estranha ao nosso direito a concepção que integra essas relações no direito das obrigações, por considerar a filiação ilegítima como um quâsi-delito, que dá lugar a responsabilidade pecuniária.

É sôbre aquela qualificação da filiação ilegítima que assenta a determinação do regime jurídico internacional da investigação da paternidade ilegítima em face do direito internacional privado, aceito pelas leis portuguesas, pela razão simples e conhecida de que as leis declaradas competentes pelas regras de conflitos do direito português, para regular as relações jurídicas, são determinadas em harmonia com a natureza dessas relações como elas são concebidas ou **qualificadas** pelas leis portuguesas.

Ora, dado como assento que o direito português qualifica as relações entre pais e filhos ilegítimos como relações de família, segue-se que deve ser considerada como lei **normalmente competente** para regular a investigação da paternidade ilegítima a **mesma lei** que, de um modo geral, **regula as relações de família**.

Não existe no direito português uma regra de conflitos de leis que determine de modo geral e directo a lei reguladora das relações de família. Mas existem as regras de conflitos de leis que mandam regular o **estado das pessoas** pela sua lei nacional, que são — o artigo 24.º do Código Civil, que manda regular pela lei portuguesa a capacidade civil e o **estado dos portugueses** que viajam ou residem em país estrangeiro, e o artigo 27.º do mesmo Código, que manda regular o **estado e a capacidade civil dos estrangeiros pela lei do seu país**, e, como os **estados de família** são evidentemente **estados das pessoas**, não pode haver dúvida de que, segundo as regras de conflitos de leis do direito por-

tuguês, as relações de família são reguladas pela **lei pessoal**, na sua forma de **lei nacional**.

Ora, sendo certo que a investigação da paternidade ilegítima tende à declaração de uma pessoa como filho de outra pessoa, e portanto à declaração de **um estado de família**, dúvida não pode haver também de que ela é regulada, normalmente, pela lei pessoal, na sua forma de lei nacional.

Se, pois, pai e filho tiveram a mesma nacionalidade, a investigação da paternidade é regulada, normalmente, pela sua lei nacional comum. Mas se eles pertencem a Estados diferentes ?

3 — Lei reguladora da investigação da paternidade ilegítima quando pai e filho têm diferente nacionalidade. Na espécie, o filho é português e o pai era alemão. A lei portuguesa e a lei alemã são diferentes, designadamente, na amplitude dos direitos que atribuem aos filhos perfilhados, como se nota no acórdão recorrido. Daí o problema delicado de determinar, em face da regra de conflitos de leis do direito pátrio, que manda regular o estado e capacidade civil das pessoas pela sua lei nacional, qual é a lei que há-de regular as relações entre o pai e o filho.

As soluções até hoje adoptadas entre nós pela doutrina e pela jurisprudência para resolver o difícil problema reduzem-se, fundamentalmente, a quatro :

a) competência exclusiva da **lei nacional do filho** (sistema seguido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Dezembro de 1918);

b) competência exclusiva da **lei nacional do pai** (sistema defendido pelo Dr. Teixeira de Abreu, — **Das relações civis internacionais**, pág. 125, e pelo Dr. Chaves e Castro, **Organização e competência dos tribunais de justiça portugueses**, pág. 673);

c) **competência cumulativa** da lei nacional do pai e da lei nacional do filho (sistema adoptado pelo acórdão de 12 de Abril de 1929);

d) competência da lei portuguesa como lei de ordem pública (sistema do acórdão recorrido).

Qual será, pois, em face do direito português, o sistema juridicamente rigoroso?

Para dar a esta questão uma resposta que seja, ao mesmo tempo, clara e rigorosa, até onde isso nos é possível, parece-nos útil, se não necessário, primeiro, procurar determinar a **lei normalmente competente** para regular a investigação da paternidade ilegítima quando pai e filho têm diferente nacionalidade e, depois, verificar se a lei normalmente competente deverá ser substituída, no todo ou em parte, pela lei portuguesa como **lei de ordem pública internacional**.

I — Lei normalmente competente.

Para procedermos com método, começaremos por indicar os **dados certos**, para depois discutirmos os **pontos duvidosos**.

a) Dados certos. Em primeiro lugar, é certo:

1.º que a acção de investigação de paternidade ilegítima, tendendo ao reconhecimento judicial de que uma pessoa tem a qualidade de filho de outra pessoa, tem por fim a declaração de um **estado das pessoas, o estado de filho**;

2.º que o estado de filho é um **estado relativo**, por isso que, como diz Niboyet, a filiação deve estabelecer uma espécie de **ponte jurídica** entre duas pessoas (*Manuel de droit international privé*, 1928, pág. 763) ou, como se exprime o acórdão do Tribunal de apelação de Aix, de 22 de Dezembro de 1924, «é uma relação a dois termos e cria entre o pai e o filho um laço que atecta o estado de um e o estado do outro (ob. e loc. cit.),»

Em segundo lugar, também é certo:

1.º que, desde o seu início, com a escola estatutária italiana, o direito internacional privado considerou como **leis pessoais**, isto é, como leis aplicáveis fóra do território do

Estado legislador, as **leis relativas ao estado das pessoas**;

2.º que as escolas posteriores, designadamente a escola de Savigny e a **escola italiana**, de Mancini, seguiram a mesma orientação, embora se tenham dividido em dois campos, adoptando umas, com Savigny, como lei pessoal, a **lei do domicílio**, e outros, com Mancini, a **lei nacional**;

3.º que o direito português considera leis pessoais as leis relativas ao estado das pessoas e adopta como lei pessoal a lei nacional (Código Civil, artigo 24.º e 27.º).

b) **Pontos discutidos.** Os pontos discutidos já foram acima indicados e consistem em saber se a **competência normal** para regular a investigação da paternidade ilegítima entre pessoas de diferente nacionalidade cabe exclusivamente à lei nacional do filho ou à lei nacional do pai, ou se cabe cumulativamente a ambos estas leis.

A questão apareceu por tóda a parte, tendo sido discutida, designadamente, em Itália e na França em tórmos semelhantes àqueles em que o tem sido entre nós. Diremos, em resumo, o que se tem passado naqueles dois países latinos, por os seus sistemas jurídicos serem, mais ou menos, afins do sistema jurídico português.

Em **Itália**, um acórdão do Tribunal de apelação de Génova, de 14 de Dezembro de 1891 (*Rivista di diritto internazionale privato*, 1907, pág. 117) julgou que, no conflito entre a lei do filho e a lei do pai, deveria aplicar-se a lei do pai, pelo motivo de que, quando se atribue a uma pessoa a paternidade de outra pessoa, se afecta o seu estado e deve por isso, racionalmente, ter applicação o seu estatuto pessoal, visto que é princípio geralmente aceito em direito internacional privado que o estado das pessoas é regulado pela sua lei nacional, ao passo que, por acórdão de 10 de Março de 1905 (*Rivista cit.*, pág. 115), a Cassação de Turim considerou competente a lei nacional do filho, pela razão de que, procurando o autor fazer valer a sua qualidade de filho do réu, se trataria do seu es-

tado (do autor), e por isso deveria aplicar-se a sua lei e não a lei do pretense pai.

O eminente internacionalista Anzilotti, submetendo esta divergência de julgados à crítica do seu alto espírito, notou que, examinando as razões com que se procurava demonstrar a preferência de uma ou outra lei, se verificava que elas eram quási as mesmas e que, as mais das vezes, mudando os termos, mudava a conclusão, sem mudar o raciocínio, o que demonstrava, a seu ver, que há boas razões para tomar em consideração uma e outra lei e que a solução do problema, em vez de procurar-se na escolha de uma das duas leis, o deve ser na sua coordenação, de modo que ambas exerçam a sua influência sobre a relação que se trata de regular, para evitar o absurdo de atribuir direitos ou impor obrigações legais em nome de uma lei a que o indivíduo não está sujeito. E acrescentava que esta conclusão, sugerida antes de tudo por considerações de ordem racional, lhe parecia também a única em harmonia com o direito positivo italiano, o qual, embora não determinasse expressamente a lei reguladora da filiação ilegítima, estabelecia, no artigo 6.º do título preliminar do Código Civil de 1865, o princípio fundamental de que — «O estado e capacidade das pessoas e as relações de família seriam reguladas pela lei do Estado a que elas pertencessem» — e, em seu pensar, o conceito traduzido por êste preceito era, indubitavelmente, que o estado de cada pessoa fôsse determinado pela lei a que ela estivesse sujeita pela sua nacionalidade. E, lembrando que a unidade da lei reguladora das relações de família deriva das disposições que em regra fazem coincidir a nacionalidade daqueles que são sujeitos dessas relações, notou que, se porventura acontecesse que êles pertencessem a Estados diversos, aquêl artigo 6.º não oferecia pretexto algum para impor a um a lei do outro, mas era conforme à sua letra e ao seu espírito que se procurasse uma solução pela qual cada um ficasse substancialmente sujeito à lei do Estado a que pertencia. O sábio professor concluía que deviam coordenar-se as duas leis em presença e que esta coorde-

nação se obtinha sôbre a base seguinte: «nenhum dos interessados poderia fazer valer maiores direitos do que aquêles que a sua lei reconhecesse, nem ser submetido a obrigações diversas ou mais extensas do que aquelas que por essa lei lhe incumbissem (*Rivista* cit. ano cit. pág. 116) (1).

A doutrina de Anzilotti parece ter feito escola, pois não só Fedozzi, que a seguiu (*Diritto internazionale privato*, 1935, pág. 495) na vigência do Código de 1865, escreve — «Quando à Itália, parece que não pode hesitar-se em seguir o terceiro sistema (da competência cumulativa da lei nacional do pai e da lei nacional do filho)», mas lê-se, no Relatório da **Comissão Real** acêrca do artigo 8.º do seu Projecto, correspondente ao artigo 10.º do actual título preliminar, transcrito em nota: «No caso de nacionalidade diferente, é justo dar preponderância à lei do pai, ou à da mãe, se sòmente a maternidade fôr estabelecida ou sòmente a mãe tiver legitimado o filho (2). Deve dizer-se o mesmo da adopção: as relações entre adoptante e adoptado devem ser reguladas pela lei do primeiro. Bem enten-

(1) Anzilotti formulou a doutrina exposta no texto no ano de 1907, em face do artigo 6.º do título preliminar do Código Civil italiano de 1865, então em vigor. O Livro I e o título preliminar dêste Código foram revogados pelo R. decreto de 12 de Dezembro de 1938 — A, que aprovou o Livro I de um novo Código Civil (Das pessoas) e as Disposições sobre a aplicação das leis em geral, que o precedem.

O novo título preliminar reproduziu na 1.ª parte do artigo 7.º a disposição do artigo 6.º do título preliminar do Código anterior — «O estado e a capacidade das pessoas e as relações de família são reguladas pela lei do Estado a que elas pertencem» —, mas introduziu algumas disposições novas sobre o direito de família, entre as quais o artigo 10.º acêrca da — *Lei reguladora das relações entre pais e filhos* — assim redigida: «As relações entre pais e filhos são reguladas pela lei nacional do pai ou pela da mãe se sòmente a maternidade for estabelecida ou se sòmente a mãe legitimou o filho. As relações entre adoptante e adoptado são reguladas pela lei nacional do adoptante ao tempo da adopção».

(2) Além da legitimação por subseqüente matrimónio, a lei italiana admite a legitimação por decreto real, podendo esta ser pedida por um dos pais sòmente (Código Civil, artigo 282.º).

dido que a regra de que se trata se aplica quando a relação de filiação esteja estabelecida. Quando, ao contrário, se trate de a estabelecer, a regra já não é aplicável; assim, quando se trate do reconhecimento de filhos naturais, a qualidade de pai e de filhos não pode ter influência, pois se trata justamente de a demonstrar».

«Retoma então o seu vigor o princípio fixado no artigo 6.º segundo o qual as relações de família são reguladas pela lei nacional das pessoas interessadas em tais relações; e, se a sua nacionalidade fôr diferente, devem ser observadas ambas as leis. Com efeito, se não há razão para preferir a lei de uma ou da outra pessoa interessada numa relação de família, é necessário que a demonstração do direito que uma delas pretende ter contra a outra seja feita com base em ambas as leis. Trata-se de conceitos correlativos: não é admissível o direito sem a obrigação correspondente e, por isso, inútilmente uma das partes demonstrará o seu direito, se não demonstrar ao mesmo tempo a obrigação da outra parte. Assim, será inútilmente que, quem pretende ser pai, demonstre que o é segundo a sua lei, se não demonstrar, ao mesmo tempo, que o filho tem esta qualidade segundo a sua própria lei». Nestas palavras transparece claramente a doutrina de Anzilotti relativa à aplicação cumulativa da lei nacional do pai e da lei nacional do filho para estabelecer o regime da filiação ilegítima.

Em **França**, as mesmas hesitações se manifestaram e tem havido divergências de opinião e de decisões, embora as tendências neste momento não sejam no mesmo sentido das italianas.

Depois da publicação da lei de 16 de Novembro de 1912, que reformou o artigo 340.º do Código Napoleão no sentido de ampliar os casos de investigação da paternidade ilegítima, aí apareceram também os três sistemas da aplicação exclusiva da lei nacional do pai ou da do filho ou da sua aplicação cumulativa, como **leis de competência normal** para regular a investigação da paternidade ilegítima.

O sistema doutrinal preponderante tem sido o da competência da lei nacional do pai. A jurisprudência hesitou a princípio, quasi exclusivamente, entre o sistema da aplicação cumulativa da lei nacional do pai e da lei nacional do filho, para se fixar no sentido da competência exclusiva desta última lei (Niboyet, *Manuel de droit international*, 1928, n.º 649 ; *Revue de droit international privé*, 1929, pág. 276).

É de notar que no período de maior hesitação da jurisprudência francesa, que pode fixar-se entre 1920 e 1925 (*Revue cit.* págs. 282 e 283), foi promulgada a lei de 24 de Julho de 1921, que estabeleceu regras para resolver os conflitos de leis, de uma parte, entre as **leis especiais** da Alsácia e Lorena e as leis estrangeiras e, da outra, entre aquelas leis e as leis francesas gerais, dispondo, quanto à primeira ordem de conflitos, que elles seriam regidos pelo artigo 3.º do Código Civil e pelo sistema geral de direito internacional privado admitido em França (artigo 15.º, alínea 2.ª) e estabelecendo, quanto à segunda, regras próprias, entre as quais uma relativa ao estado e capacidade das pessoas, submetendo-os à lei da sua **origem** (artigo 1.º), e outra relativa à filiação, submetendo-a à **lei do filho** (artigo 8.º, alínea 2.ª).

Esta orientação da lei de 1921 não terá influenciado a jurisprudência na sua fixação no sentido da competência da lei nacional do filho ?

É certo que são diferentes os conflitos entre a lei geral e a lei local do mesmo país e os conflitos entre as leis de um país e as leis estrangeiras, pois estes são conflitos de soberania e aquêles são conflitos de extensão da força obrigatória das leis dentro da mesma soberania, mas não deixa de haver entre elles certas semelhanças, como parece de razão, e, se o legislador, resolvendo os **conflitos internos** em determinado sentido, deixa sem resolução os **conflitos internacionais**, não poderá parecer **justo** para estes a solução **legal** estabelecida para aquêles ?

Quanto a **Portugal**, já acima foram indicadas as di-

vergências de opinião e de decisões sôbre a solução do problema em questão. Diremos agora qual é, em nosso juízo, a solução rigorosa.

Sob o império de uma regra de conflitos de leis, como a que está estabelecida nos artigos 24.º e 27.º do Código Civil, que manda regular o estado e capacidade civil das pessoas pela sua lei nacional, pensamos que não existe a possibilidade jurídica de, na divergência de nacionalidade entre pai e filho ilegítimo, regular a investigação da paternidade ilegítima pela aplicação exclusiva da lei nacional do pai ou da lei nacional do filho. O estado de pai e o estado de filho são **estados relativos** ou, melhor, **estados correlativos**, e, por isso, se pai e filho pertencem a Estados diferentes e a lei reguladora do estado é a lei nacional, só coordenando as duas leis se pode obter uma solução legal e lógica. E esta coordenação, cuja necessidade foi luminosamente posta em evidência por Anzilotti, deve realizar-se nos termos indicados pelo mesmo escritor, já acima apontados e expressos nesta fórmula: «Nenhum dos interessados pode fazer valer maiores direitos do que aquêles que lhe concede a sua lei nem ser submetido a obrigações diversas ou mais extensas do que aquelas que por essa lei lhe incumbem».

Entendemos, pois, que, como **lei normalmente competente** para regular a investigação da paternidade ilegítima, não pode aplicar-se exclusivamente nem a lei nacional do pai nem a lei nacional do filho, mas devem coordenar-se as duas leis, para obter uma solução conforme às actuais regras de conflitos de leis do direito português.

II — Se a lei estrangeira normalmente competente para regular a investigação da paternidade ilegítima deve ser substituída ou limitada pela lei portuguesa como lei de ordem pública internacional permissiva. O acórdão recorrido, reconhecendo embora que o artigo 27.º do

Código Civil manda regular o estado e capacidade dos estrangeiros pela lei do seu país, decidiu que, na espécie, a investigação da paternidade ilegítima devia ser regulada pela lei portuguesa exclusivamente, sem atender à lei alemã, lei nacional do pai, pelo motivo de que, da aplicação dessa lei, resultaria ofensa de uma lei portuguesa de interesse e ordem pública, por assim dever considerar-se o decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, enquanto elle estabelece os direitos dos filhos perflhados.

Será esta doutrina juridicamente exacta ?

É fora de dúvida que o direito português, assim como já formulou algumas regras de conflitos de leis que conduzem à aplicação de leis estrangeiras, como leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas, assim também aceitou o principio de que a lei normalmente competente não deve ser aplicada quando seja contrária a uma lei portuguesa de ordem pública (Código Commercial, artigo 4.º, § único, e 12.º; decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, artigo 58.º; Código de Processo Civil, artigo 1102.º, n.º 6.º, etc.).

Deverão, pois, considerar-se de ordem pública internacional (no sentido de serem applicáveis tanto a portugueses como a estrangeiros) as disposições do decreto de 1910 que regulam a investigação da paternidade iligítima? E sê-lo-ão tanto de ordem pública **proibitiva**, quando sejam mais restritivas do que a lei estrangeira normalmente competente, como de ordem pública **permissiva**, quando sejam menos rigorosas que a lei normalmente competente ?

Analisemos.

O acórdão recorrido aproxima, como idênticos, pelo fim que se propuseram, aquele decreto português e a lei francesa de 16 de Novembro de 1912, e, por isso, é interessante conhecer o que, em França, tem pensado a doutrina e tem decidido a jurisprudência acêrca do carácter de ordem pública da lei de 1912, o que pode esclarecer o problema.

Antes da lei de 1912, que veio reformar o artigo 340.º do

Código Napoleão no sentido de alargar a faculdade de investigar a paternidade ilegítima, que êle só permitia no caso de rapto, quando com êle coincidissem a época da concepção, era aquêlê artigo considerado de **ordem pública proibitiva**, não sendo permitido o exercício dessa faculdade quando, em caso de conflito de leis, a lei estrangeira aplicável permitisse a investigação da paternidade ilegítima com mais amplitude (P. Solodovnikoff, *La notion d'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de famille*, Paris, 1936, pag. 153 e segs.).

Depois daquela lei, a doutrina e a jurisprudência mantiveram a mesma orientação. A lei nova alargou o quadro dos casos de investigação da paternidade ilegítima, mas, no seu novo quadro, as disposições legais são consideradas de ordem pública proibitiva (autor e obra cit., pág. 162).

A nova lei deu, porém, lugar a um problema novo, qual foi o de saber se a lei de 1912 era também uma **lei de ordem pública permissiva**, no sentido de facultar em França a investigação da paternidade ilegítima por ou contra estrangeiros cuja lei nacional a não admita ou a admita em têrmos mais restritos do que a lei francesa.

Discutiu-se na doutrina e nos tribunais, mas a doutrina preponderante pronunciou-se abertamente no sentido de que a lei de 1912 não era de ordem pública permissiva, e, na jurisprudência, o Tribunal de Cassação pôs têrmo a tôdas as discussões, fixando a jurisprudência no mesmo sentido, por acórdão de 20 de Janeiro de 1925 (*Revue cit.* 1929, pág. 281; Niboyet, *Manuel*, cit. pág. 761; Solodovnikoff, ob. cit., pág. 167).

De modo que o estado da doutrina preponderante e de uma jurisprudência constante, é em França no sentido de que a lei de 1912 é de ordem pública na sua **função proibitiva ou negativa**, mas não o é na sua **função permissiva ou positiva**, como expressivamente o resumiu o Tribunal de apelação de Colmar, em dois acórdãos de 8 de Julho de 1933 e de 15 de Junho de 1934 (Solodovnikoff, ob. cit., pág. 165 e 166).

Como, porém, é de princípio que uma das qualidades das

leis de ordem pública é a sua **feição nacional**, bem pode ser considerada de ordem pública num país uma lei idêntica a outra vigente em outro país, que aí não é considerada de ordem pública.

Cumpre, por isso, averiguâr se o decreto de 1910 deverá ser considerado como uma lei de ordem pública nas suas disposições reguladoras da investigação da paternidade ilegítima, embora não seja de esquecer que Portugal e a França são países de formação jurídica semelhante e que, portanto, o facto de a doutrina preponderante e a jurisprudência serem em França no sentido acima indicado constitue um elemento a ponderar na solução do problema.

Na falta, no direito português, de uma regra especial de conflitos de leis relativa à investigação da paternidade ilegítima, a **regra** de conflitos de leis a aplicar a quaisquer interessados estrangeiros é, **em princípio**, a estabelecida no artigo 27.º do Código Civil e, em consequência, a lei normalmente aplicável a êsses interessados é a lei do seu país, e o desvio para a aplicação da lei portuguesa como lei de ordem pública é uma **excepção**, que, como tôdas as excepções, é de direito estrito (Código Civil, artigo 11.º).

Como poderá, porém, conhecer-se se a lei portuguesa deverá **excepcionalmente** substituir-se, no todo ou em parte como lei de ordem pública, à lei normalmente competente segundo a regra de conflitos de leis do artigo 27.º do Código Civil?

Nenhuma regra do direito português especifica as leis de ordem pública internacional e, como **critério legal** para as determinar, os textos apenas nos dão fórmulas vagas, dizendo que, da aplicação da lei estrangeira, não deve resultar **ofensa** :

a) ao **direito público português** (Código Commercial, artigo 12.º; decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, artigo 58.º);

b) ao **direito público português** ou aos **princípios de ordem pública** (Código Commercial, art. 4.º, § único);

c) aos **princípios de ordem pública portuguesa** Código de Processo Civil, artigo 1102.º, n.º 6.º).

Como concretizar estas vagas fórmulas relativamente a uma lei civil, como é a que regula a investigação da paternidade ilegítima? Não vemos senão um meio: a análise da **natureza** das relações jurídicas de que se trata — as relações entre pai e filho ilegítimo — e do **fim social** que o legislador se propôs ao regulá-las.

A lei portuguesa, como as leis de quasi todos os povos civilizados, considera separadamente a **filiação legítima**, aquela que assenta no **casamento dos pais**, e a **filiação natural**, — que denomina **filiação ilegítima**, por entre os pais não existir uma união autorizada e regulada pela lei.

O Código Civil e o decreto de 1910 colocam evidentemente em planos diferentes a filiação legítima e a filiação ilegítima. É, porém, a Constituição política que mais as destaca uma da outra, enquanto, por uma parte, declara que o Estado assegura a constituição da família como fonte de conservação e desenvolvimento da raça, como base primária da educação, da disciplina e harmonia social, e como fundamento da ordem política e administrativa (artigo 12.º) e dispõe que a constituição da família assenta no casamento e na filiação legítima e que é garantida aos filhos legítimos a plenitude dos direitos exigidos pela ordem e solidez da família (artigo 13.º, n.º 1.º e § 2.º, 1.ª parte) e, por outra, determina que aos filhos ilegítimos serão reconhecidos **direitos convenientes** à sua situação, em especial o **direito de alimentos**, mediante investigação acêrca da pessoa a que incumbe a obrigação de os prestar.

Estas disposições mostram de modo manifesto que a Constituição protege o casamento e a filiação legítima e, por êles, a família legítima, como representando um grande interesse social, pois não pode ser de outra natureza o interesse ligado a uma instituição que é considerada como fonte de conservação e

desenvolvimento da raça e base primária da educação, da disciplina e da harmonia social.

Diferentemente, a filiação ilegítima, em si mesma, não é protegida, nem o poderia ser, pois seria um meio legal de dissolução da família legítima e estaria em contradição com os méritos que a Constituição lhe atribue.

Também se não poderia afirmar que os filhos ilegítimos são protegidos como uma **classe** representando um interesse social qualquer, pois não teria sentido que se protegesse como colectividade representando um interesse social uma categoria de filhos cuja origem a própria lei considera ilegítima e a cuja existência não reconhece nenhum dos méritos que atribue à família legítima.

Sendo assim, deve concluir-se que os filhos ilegítimos são protegidos como **indivíduos**, e que as leis que lhes reconhecem direitos são, em princípio, **leis de protecção individual**, e não **leis de garantia social** ou leis de ordem pública e, como tais, estão submetidas à regra de conflitos de leis relativa às relações de família, que é a regra de conflitos estabelecida pela artigo 27.º do Código Civil, sendo competente para regular a situação jurídica dos filhos ilegítimos a sua lei nacional e, concorrente ou cumulativamente com ela, a lei nacional do pai, como acima procuramos demonstrar, e devendo, por isso, ser-lhes reconhecidos os direitos estabelecidos tanto por uma como por outra lei, se elas forem diferentes, como acontece na espécie.

E esta conclusão parece-nos confirmada pelas seguintes considerações:

1.º O Código Civil **proíbia** a investigação da paternidade ilegítima fora dos três casos indicados no seu artigo 130.º:

a) reconhecimento expresso, e por escrito, pelo pai da sua paternidade.

b) posse de estado e

c) estupro violento ou rapto, coincidindo estes factos com a época da concepção. A proibição da lei era fundada no interesse

da família legítima e no interêsse da sociedade e, por isso, se devia entender que o artigo 130.º era uma lei de **ordem pública proibitiva**, não podendo os tribunais portugueses aplicar leis estrangeiras de maior amplitude.

O decreto de 1910 ampliou os casos de investigação da paternidade ilegítima, acrescentando, no seu artigo 34.º, aos três casos do Código Civil;

d) o de sedução, coincidindo a época da sedução com a época da concepção e

e) o de convívio dos pais como marido e mulher no período da concepção, e, em vez da fórmula «**É proibida a investigação da paternidade ilegítima, excepto nos casos seguintes**, disse — «É permitida... **nos casos seguintes**. Fundamentalmente, porém, a orientação geral da lei não mudou, pois a enumeração do artigo 34.º do decreto é **taxativa**, continuando a ser verdade que, fora dos casos em que é expressamente permitida, a investigação da paternidade ilegítima é proibida e portanto tem que admitir-se que ela é **em princípio** proibida. E, como a razão da proibição é sempre o interêsse da família legítima e da sociedade, deve continuar a entender-se, como em França, que, na função negativa, a nossa lei é de ordem pública internacional.

Ora, é difícil de admitir-se que uma instituição que é em princípio proibida, e permitida para portugueses só dentro de certos limites, deve considerar-se de **ordem pública permissiva** ou **positiva**, no sentido de dever aplicar-se a estrangeiros cuja lei nacional é mais restritiva do que a lei portuguesa. Em verdade, se a lei portuguesa evoluiu de uma proibição mais apertada para uma proibição menos severa, por o legislador entender que o interêsse público consentia a atenuação do rigor até então existente, parece lógico que uma lei estrangeira, normalmente competente para regular essa instituição e que ainda a proíbe em casos ou para efeitos em que ou para os quais a lei portuguesa a permite, seja respeitada, pois está em harmonia com o princípio geral da orientação da

lei portuguesa que é a proibição. E tal é o sentido da doutrina e da jurisprudência francesa, como acima dissemos, a qual parece digna de imitação. E não deixaremos de notar que a doutrina e a jurisprudência francesa nos oferecem ainda outro exemplo, digno de consideração, em matéria de divórcio. Este permitido pelo Código Napoleão, foi abolido por lei de 8 de Maio de 1816, para só ser restabelecido pela lei de 27 de Julho de 1884. Durante a vigência da lei de 1816, esta lei foi considerada de ordem pública proibitiva, não podendo divorciar-se em França os estrangeiros cuja lei nacional permitisse o divórcio. Em face da lei de 1884, discutiu-se se a **faculdade de divórcio** era de ordem pública e se, por isso, poderiam divorciar-se em França os estrangeiros cuja lei lhes não concedesse aquela faculdade. A doutrina preponderante pronunciou-se em sentido contrário e também em sentido contrário se fixou a jurisprudência. A orientação foi assim a mesma. Uma lei de ordem pública nas suas proibições não o é, em princípio, nas suas permissões (Solodovnikoff, ob. cit., pág. 90 e segs.).

2.º O direito português, interno ou convencional, ao estabelecer o regime jurídico internacional de duas instituições de evidente interesse social e do domínio da lei pessoal e por isso submetidas, em princípio, à regra normal da resolução dos conflitos de leis de estado e capacidade—o **casamento e o divórcio e separação de pessoas**—manda observar a lei nacional dos nubentes ou dos cônjuges, pois:

a) Quanto ao casamento:

1.º em face do artigo 27.º do Código Civil e do artigo 143.º do Regulamento consular de 7 de Março de 1920, que determina que «O direito de contraír casamento é regulado pela lei nacional de **cada um** dos futuros cônjuges», não pode duvidar-se de que, no casamento de estrangeiros em Portugal, deve observar-se a lei do seu país;

2.º Portugal assinou e ratificou a convenção da Haia de 12 de Junho de 1902 sobre conflitos de leis em matéria de ca-

samento, cujo artigo 1.º, que foi a fonte do artigo 143.º do nosso Regulamento consular, dispõe, como êste, que «O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges».

b) **Quanto ao divórcio e separação de pessoas**, se ainda nenhuma **regra especial** de conflitos de leis do nosso direito a êles se referiu, por uma parte, também não pode duvidar-se de que lhes é aplicável o artigo 27.º do Código Civil e, por outra, Portugal assinou e ratificou igualmente a convenção da Haia da mesma data de 12 de Junho de 1902 sôbre conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas, cujo artigo 1.º só admite o divórcio ou a separação quando êles sejam permitidos ao mesmo tempo pela lei nacional e pela **lex fori**.

Mas, se mesmo a respeito do casamento, que é a base da família legítima e o meio único, segundo o direito português, de criar a qualidade e a situação de filho legítimo, e a respeito do divórcio e da separação de pessoas, os meios legais de suprimir ou modificar o estado de cônjuge, se deve observar a lei nacional dos interessados, quando estrangeiros, como poderia admitir-se que, quando se trata da investigação da paternidade ilegítima, como meio de estabelecer a situação de filho perfilhado, pode pôr-se completamente de parte a lei nacional de qualquer dos interessados, se êle é estrangeiro?

É pois manifesto que não pode aceitar-se a doutrina, seguida pelo acórdão recorrido, de modo tão geral e absoluto, de que as disposições do decreto de 1910 que regulam a investigação da paternidade ilegítima são de ordem pública permissiva, no sentido de que devem ser aplicadas pelos tribunais portugueses tanto a nacionais como a estrangeiros independentemente do que possa dispor a lei nacional dos interessados estrangeiros de modo mais restritivo do que a lei portuguesa.

E, antes de verificar se algumas daquelas disposições deverá ser considerada de ordem pública internacional, importa apreciar um **obstáculo** que, segundo o acórdão recorrido,

se opõe à aplicação da lei alemã, como lei nacional do pai.

4.º — **Significado e alcance do artigo 26.º do Código Civil quanto à medida dos direitos civis dos estrangeiros em Portugal.** O acórdão recorrido vê no artigo 26.º do Código Civil um forte obstáculo à aplicação da lei alemã. Êste obstáculo, que aliás já tinha impressionado a Relação do Pôrto, como se vê do seu acórdão, consistiria em que, aplicando a lei alemã, viria a consequência de que um pai estrangeiro, uma vez reconhecida a paternidade, ficaria, contrariamente ao disposto naquele artigo (que prescreve que os estrangeiros têm os mesmos direitos e obrigações civis dos portugueses enquanto aos actos que hão-de produzir os seus efeitos em Portugal) em plano diverso daquele em que se encontraria um pai português.

Semelhante obstáculo é, porém, aparente, e desaparece desde que se atente na função que desempenha aquele artigo 26.º na economia do sistema de direito internacional privado aceito pelas leis portuguesas.

O artigo 26.º determina a **medida virtual** da capacidade jurídica de direito privado dos estrangeiros em Portugal. Refere-se ao **problema dos direitos privados dos estrangeiros**. Não quis determinar, nem determinou, a lei reguladora do exercício desses direitos, o que constitue o **problema dos conflitos de leis**.

Êste último problema foi considerado pelo legislador, como é sabido, nas várias disposições de lei que determinam a lei competente para regular as relações jurídicas, que tanto pode ser uma lei portuguesa como uma lei estrangeira (Código Civil, artigos 24.º, 27.º, 1065.º, 1066.º e 1107.º, etc.).

Quando a lei declarada competente é a lei portuguesa, os estrangeiros têm naturalmente os direitos e obrigações civis marcadas pela lei portuguesa e, portanto, os mesmos direitos e obrigações dos portugueses sujeitos à mesma lei. Se, porém, a lei competente fôr uma lei estrangeira, os direitos e obriga-

ções inerentes à relação jurídica por ela regulada são os marcados pela lei estrangeira.

Daf resulta que, sendo a lei estrangeira que regula um **certo estado** (de menor, de maior, de pai, de filho, etc.), do estado de que se tratar não podem resultar os direitos e obrigações estabelecidas pela lei portuguesa, mas os estabelecidos pela lei estrangeira declarada competente.

E, se se entendesse que os estrangeiros teriam **sempre e só** os direitos estabelecidos pela lei portuguesa, tinha de admitir-se que afinal os estrangeiros em Portugal estariam sempre sujeitos à lei portuguesa e que o direito português consagrava pura e simplesmente o princípio da absoluta territorialidade das leis, que é a negação mesma do direito internacional privado, enquanto êle se propõe, pela resolução do problema dos conflitos de leis, substituir ao princípio da territorialidade das leis o princípio da sua coordenação, fixando a lei competente (independentemente da sua qualidade de **lei do país do tribunal** ou de **lei estrangeira**) para regular as diferentes relações jurídicas.

Determina por isso com exactidão o alcance do artigo 26.º do Código Civil o Prof. José Alberto dos Reis, quando escreve (*Das sucessões no direito internacional privado*, pág. 99) — «O artigo 26.º simplesmente assegura aos estrangeiros o gozo de direitos civis em Portugal, sem entrar na determinação da lei que há de regular o exercício desses direitos. Dizer que os estrangeiros têm em Portugal os mesmos direitos que os portugueses, não é declarar que ficam exclusivamente sujeitos ao império da lei civil portuguesa; são duas coisas muito diferentes». E é também com rigor que Fedozzi (Ob. cit. pág. 25 e 26) escreve, a propósito do artigo 3.º do Código Civil italiano de 1865, que estabelecia, como o nosso artigo 26.º, a igualdade de direitos privados entre nacionais e estrangeiros: «O artigo 3.º estabelece a equiparação aos italianos dos estrangeiros em geral, mas é necessário entender em que sentido esta equiparação é estabelecida, desde o momento em que o

artigo 3.º não pode deixar de ser relacionado com os artigos 6.º a 12.º do título premilinar (os quais formulavam as regras gerais de conflitos de leis adoptadas pelo mesmo Código), dos quais resulta que uma grande série de direitos privados dos estrangeiros deriva da lei estrangeira e, como esta pode conter disposições diversas das contidas na lei italiana, pode acontecer que o estrangeiro tenha direitos que o cidadão italiano não tem ou não tenha direitos que ao cidadão italiano são reconhecidos».

Estas considerações mostram que é evidente que o legislador, desde que estabelece regras de conflitos de leis que conduzem à aplicação das leis estrangeiras, não pode suprimir **indirectamente** o que **directamente** estabelece sempre que declara competentes as leis estrangeiras, e isso aconteceria se se applicasse a lei portuguesa como lei de ordem pública quando da aplicação das leis estrangeiras declaradas competente resultassem para os súbditos dos outros Estados quaisquer direitos que, nas mesmas condições, os portugueses não possuem, pois isso seria pura territorialidade das leis.

5 — Direitos da autora no caso de ser considerada estabelecida a sua qualidade de filha de Gerhard Burmester. O artigo 31.º do decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 declara que o filho perfilhado espontâneamente ou por sentença adquire os direitos :

- 1.º de usar os apelidos do pai perfilhante;
- 2.º de ser por êle alimentado;
- 3.º de lhe suceder ou de suceder aos avós, na respectiva herança, conforme o disposto nos artigos 1990.º a 1992.º do Código Civil e do decreto com fôrça de lei de 31 de Outubro de 1910.

Por seu lado, a lei alemã, ao passo que dispõe que o filho ilegítimo, nas relações com a mãe e com os parentes desta, tem a situação de filho legítimo (Código Civil alemão, artigo

1705.º), declara que o filho ilegítimo e o pai não são considerados parentes (artigo 1589.º), o que trás a consequência de que entre pai e filho ilegítimo, não existe o direito de sucessão, o qual é limitado aos **parentes**, ao cônjuge supérstite e ao Fisco (artigo 1924.º e segs.), e determina que o filho ilegítimo toma o nome da mãe, reduzindo os seus direitos, a respeito do pai ou dos herdeiros dêste, a exigir-lhes a prestação de alimentos, normalmente, até à idade de 16 anos, com a possibilidade de prorrogação além desta idade, no caso de defeito físico ou mental que o torne incapaz de prover ao seu sustento (artigos 1708.º a 1712.º).

É assim manifesto o conflito entre a lei portuguesa, que é a lei nacional da autora, e a lei alemã, que era a lei nacional do pai. Como resolver o conflito?

Posto o problema no campo da **lei normalmente competente** para regular a investigação da paternidade ilegítima em si mesma e nos seus efeitos, a competência cabe, como procuramos demonstrar, cumulativamente às duas leis e a consequência é que à autora só poderá ser reconhecido o direito a alimentos nos termos até onde a lei portuguesa e a lei alemã possam harmonizar-se.

Poderá, porém, intervir a lei portuguesa como **lei de ordem pública permissiva** e poderão, em consequência, ser-lhe reconhecidos, como ela pretende, todos os direitos que a lei portuguesa concede aos filhos perfilhados, designadamente, o direito de usar o nome do pai e o direito de sucessão?

Dissemos acima que o decreto de 1910 não pode **em princípio** ser considerado como lei de ordem pública permissiva nas suas disposições relativas à investigação da paternidade ilegítima. Importa, porém, verificar agora se êle deverá ser assim considerado a respeito de algum ou alguns dos direitos que reconhece aos filhos perfilhados, o que vamos fazer:

a) **Direito de usar os apelidos do pai.** O nome tem sido pouco estudado sob o ponto de vista dos

confitos de leis. Todavia, os escritores, que dêle se tem occupado sob êsse aspecto, consideram-no uma dependência do estado das pessoas e, por isso, sujeito à lei que rege êsse estado, que é a lei pessoal (Meili, *International civil and commercial law*, § 68, a pág. 203; *Répertoire de droit international*, por De Lapradelle e Niboyet, vol. X, pág. 65).

Julgamos êste conceito exacto, pois o nome não só serve para identificar as pessoas e tornar effectivas os seus direitos e responsabilidades, mas é constituído, naquilo que tem de distintivo, pelos apelidos de família, e a família é um estado de pessoas.

No conflito de leis pessoais relativas ao nome, deve pois proceder-se como a respeito de quaisquer outros conflitos de leis relativas ao estado das pessoas, quando se trata de um estado relativo como é estado de filho, e, portanto, applicar-se cumulativamente as leis em conflito. Na espécie, a applicação cumulativa da lei portugueza e da lei alemã dá como resultado que a autora poderá usar o apelido da mai, o que é permitido tanto pela portugueza (decreto de 1910, artigo 31.º; Código do Registo Civil, artigo 242.º, § único) como pela lei alemã, mas não poderá usar o apelido do pai, pois, se o uso dêste apelido é permitido pela lei portugueza, não o é pela lei alemã.

Poderá, porém, applicar-se a lei portugueza como lei de ordem pública e reconhecer à autora o direito de usar o nome do pai, a despeito do que dispõe a lei alemã?

Não pode.

Se é de interêsse público que o indivíduo tenha **um nome**, para identificar a sua pessoa e tornar effectivas as suas responsabilidades, os princípios de ordem pública não exigem certamente que o filho perfilhado use o nome do pai e não deva usar apenas o nome de família da mãe. E isto tanto mais que a Constituição política destaca tão frisantemente a família legítima da **família ilegítima**, que bem pode afirmar-se, sem hesitações, que não é contrária ao espírito da lei funda-

mental a aplicação de uma lei estrangeira que nega aos filhos ilegítimos o direito de usar o nome do pai, no interêsse da família legítima.

b) **Direito de sucessão.** O direito de sucessão deve ser recusado aos filhos perfilhados quando pai e filho têm diferente nacionalidade e a lei nacional do pai nega êsse direito aos filhos ilegítimos

1—Considerando o problema sob o aspecto da **lei normalmente competente** para regular os direitos dos filhos ilegítimos, esta solução é certa, tanto dentro do sistema da competência da lei nacional do pai, como é evidente, como dentro quer do sistema, que defendemos, da aplicação cumulativa da lei do pai e da lei do filho, quer dentro do sistema da competência da lei nacional do filho.

No sistema da competência cumulativa das leis do pai e do filho, não se discute. O filho só pode ter os direitos reconhecidos ao mesmo tempo pelas duas leis. Se a lei do pai lho recusa, o direito de sucessão não lhe pode ser reconhecido.

No sistema da competência da lei nacional do filho aquela solução precisa de ser demonstrada, mas a demonstração é simples. Tal solução é a consequência lógica da aplicação do princípio certo e bem conhecido de que **as sucessões são reguladas pela lei pessoal** (no sistema português **lei nacional**) **do autor da herança.**

Não nos demoraremos a demonstrar o rigor dêste princípio, o que é desnecessário e seria descabido neste trabalho. Diremos apenas que, consagrado doutrinamente pelo Instituto de Direito Internacional na sessão de Oxford de 1880 (*Annuaire de l'Institut*, 1881, pag. 56), e aceito pelas Conferências da Haia de direito internacional privado, como base do regime jurídico internacional das sucessões, nos projectos de convenção por elas organizados sôbre êste regime, em 1904 e 1928 (*Actes*, 1904, pag. 212, e 1928, pag. 405), tem sido aquêlê princípio preponderantemente seguido pela doutrina, tem informado a legislação e inspirado a jurisprudência de muitos Estados e é o

princípio que informa o nosso direito, como proficientemente o verificou e demonstrou o Prof. José Alberto do Reis no seu já citado livro — *Das sucessões no direito internacional privado* (pág. 92 e segs.), e como resulta, segundo entende o autor destas linhas (*Tratado elementar de direito internacional privado*, I, pág. 442 e 445), quanto à **sucessão legitimária** e à **sucessão legítima**, que se fundam nas relações de família, da regra de conflitos de leis que manda regular o estado e capacidade das pessoas pela sua lei nacional (Código Civil, artigos 24.º e 27.º), pois o estado de família é um estado das pessoas, e, quanto à **sucessão testamentária**, da mesma regra de conflitos, pelo que respeita à **capacidade de testar** e à medida da **liberdade de testar**, que é determinada pela legítima, a qual tem a sua razão de ser, como dissemos, nas relações de família, e, pelo que respeita à **devolução da quota disponível** (naquilo em que esta devolução não dependa da vontade do testador, porque aí domina o princípio da autonomia da vontade (*Tratado cit.*, pág. 486, 502 e 505), de uma parte, da mesma regra que marca imperativamente o regime da legítima, porque a quota disponível começa onde a legítima acaba, e, de outra parte, da aplicação por analogia do artigo 1107.º do Código Civil, que submete o regime matrimonial à lei pessoal, pois, à semelhança do testamento, que determina o destino dos bens do testador para depois da sua morte, o regime de bens no casamento fixa o destino dos bens do casal para depois da morte de um dos cônjuges, que é normalmente a causa de dissolução do casamento (Vide Prof. José Alberto dos Reis, *ob. cit.*, pág. 117).

Mas, se o princípio é certo, dêle deriva logicamente, mesmo que se admita que a investigação da paternidade ilegítima é regulada pela lei nacional do filho (sistema que aliás consideramos inexacto), que não pode ser reconhecido aos filhos perflhados o direito de sucessão, se êste direito lhes não é reconhecido pela lei nacional do pai. Eis as razões desta afirmação.

Admitindo-se que, segundo as regras de conflitos de leis do direito português, as sucessões são reguladas pela lei nacional do *de cujus* (o que é certo) e que a investigação da paternidade ilegítima é regulada pela lei nacional do filho (o que é contestado), tem de admitir-se também que as duas regras de conflitos de leis estão no mesmo plano de valor jurídico e que cada uma delas tem naturalmente o seu domínio de aplicação, sem que uma possa absorver ou paralisar a outra, e daí a conclusão de que, se a lei do pai recusa aos filhos perflhados o direito de sucessão, não lhes pode ser reconhecido êste direito, ainda que êle seja reconhecido aos filhos perflhados pela sua lei nacional, pois que a **sucessão** é regulada e os **suces-síveis** são, portanto, determinados pela lei nacional do pai.

Esta doutrina tem sido seguida em França, em presença da tese da jurisprudência que adoptou o sistema da competência da lei nacional do filho para regular a investigação da paternidade ilegítima, mesmo por escritores que defendem o sistema da jurisprudência. E assim é que, por exemplo: Weiss, ao mesmo tempo que escreve — «no conflito da lei do filho e da do pretense pai, pronunciamo-nos pela lei pessoal do filho» (*Traité de droit international privé*, IV, 1912, pag. 55), escreve igualmente — «A lei pessoal do defunto determina, pois, em nosso entender quais são, entre as pessoas de família, aquelas que recebem os seus bens... Enfim se o filho natural sucede e a que título» (*Traité cit.* pag. 580 e 586); no *Traité de droit civil français*, de Planiol e Ripert, por um lado, diz-se (Tomo II, n.º 936) — «Quando o filho e o pretense pai são de diferente nacionalidade, o conflito das duas leis deve ser resolvido, em princípio, em favor da lei do filho», e, por outro, escreve-se (VI, n.º 102) — «Os direitos sucessórios dos filhos naturais são determinados pela lei que rege a devolução da herança, e o juiz francês deve atribuir a êstes filhos, em harmonia com essa lei, mesmo uma parte inferior àquela que lhes concede o Código Civil francês, ou recusar-lhes todo o direito de sucessão».

Nem queremos deixar de referir o que, sob a rubrica —

Distinção entre a prova e os efeitos da filiação (ilegítima), escreve o prof. Niboyet: «Mesmo na tese do Tribunal de cassação, que submete a investigação da filiação à lei do filho, pode perguntar-se se não deve fazer-se distinção entre as **provas** e os **efeitos** da filiação». E, depois de judiciosas e interessantes considerações, que por brevidade omitiremos, conclue: «Isto mostra que os efeitos da filiação não estão de modo nenhum ligados à lei que rege a sua prova. E assim poderá e deverá ser estritamente limitada a competência da lei do filho admitida pelo acórdão em questão (de 20 de Janeiro de 1925), ao passo que cada um dos efeitos da filiação obedecerá à lei que lhe fôr própria. «Ninguém contestará, escreve igualmente, a competência da lei da sucessão para regular os direitos de sucessão do filho perfilhado» (*Manuel* cit. n.º 619 *bis*). E deve notar-se que a distinção assim feita por Niboyet foi perfilhada pelo Tribunal de Cassação, no seu acórdão de 26 de Março de 1935 (*Revue critique* cit., 1935, pág. 771).

E a idéia, assim posta em relêvo ou aplicada pela doutrina e pela jurisprudência francesa, de distinguir, na investigação da paternidade ilegítima, o seu destino essencial — constar a filiação e os seus efeitos eventuais, foi aplicada, com tãda a nitidez, pelo *Código Bustamante*, aprovado pela Conferência pan-americana da Havana de 1928 e já em vigor nas relações da maior parte das repúblicas americanas (*Revue Darras*, 1928, pág. 545, e 1932, pág. 399), o qual, ao mesmo tempo que determina que a sucessão em geral é regulada pela lei pessoal do *de cujus* (artigo 144.º), formula, nos artigos 63.º e 65.º, estas duas disposições: «Artigo 63.º. A investigação da paternidade e a da filiação materna e a sua proibição são regidas pelo direito territorial (*lex fori*)». «Artigo 65.º. Os direitos sucessórios dos filhos naturais são submetidos à lei pessoal do pai e os dos pais naturais à lei pessoal do filho».

E semelhante distinção tem o mérito de pôr em evidência que a atribuição a uma pessoa da qualidade de filho per-

filhado de outra pessoa não pode ter o efeito perturbador de modificar o regime jurídico internacional das relações jurídicas em geral e, de modo especial, o regime jurídico internacional das sucessões.

II — Mas, sendo manifesto que, considerado sob o aspecto da lei normalmente competente, o problema da atribuição aos filhos perfilhados do direito de sucessão na herança do pai deve ser resolvido negativamente quando a lei do *de cuius* lho recusa, não deverá aplicar-se, na espécie, a lei portuguesa como lei de ordem pública, enquanto ela confere aos filhos perfilhados o direito de sucessão, substituindo-a à lei normal da sucessão, que é a lei alemã e nega aos filhos perfilhados aquêlê direito?

Entendemos que não.

Tanto o Instituto de direito internacional como as Conferências de Haia, depois de aceitarem o princípio de que as sucessões são reguladas pela lei nacional do autor da herança, procuraram precisar o conteúdo do princípio e adoptaram para isso as seguintes fórmulas: *Instituto* — «As sucessões na universalidade de um património são reguladas, quanto à determinação das pessoas sucessíveis, à extensão dos seus direitos, à quota disponível e à legítima, e à validade das disposições de última vontade, pelas leis do Estado a que pertencia o defunto, quaisquer que sejam a natureza dos bens e o lugar da sua situação»; *Conferências de Haia* — «As sucessões, pelo que respeita à designação dos sucessíveis, à ordem por que são chamados, aos quinhões que lhes são atribuídos, às colações, à partilha, à quota disponível e à legítima, são submetidas à lei nacional do defunto no momento da morte, quaisquer que sejam a natureza dos bens e o lugar onde se encontrem» (*Actes*, 1928, pág. 405).

Segundo estas fórmulas, compete, pois, à lei nacional do *de cuius* a determinação dos herdeiros, como é de razão, pois esta determinação é ponto capital em qualquer regime de suces-

sões, e cabe-lhe também regular a quota disponível e a **legítima**.

Da lei da sucessão depende assim a **existência** e a **extensão da legítima** e a determinação dos herdeiros legítimos. Se por isso a lei dá sucessão fôr uma lei estrangeira e esta ou não admitir a legítima ou lhe der uma extensão menor do que a que lhe dá a *lex fori*, ou deixar de considerar legítimos herdeiros assim considerados por esta lei, ainda poderá ser aplicada a lei da sucessão, ou deverá substituir-se-lhe a lei local sobre legítimas, como lei de ordem pública, aplicando-a aos estrangeiros nos termos em que é aplicada aos nacionais?

Uma ou outra voz isolada tem considerado a legítima como uma instituição de ordem pública internacional, mas a doutrina preponderante tem sido, mesmo a respeito do caso mais flagrante — a inteira liberdade de testar, no sentido de se respeitar a lei da sucessão. E foi essa a doutrina aceita pelo Instituto e na Haia, como o mostra o facto de, nas suas fórmulas, se dizer *expressamente* que a competência da lei nacional do *de cuius* abrange a quota disponível e a legítima. E, se é certo que tanto o Instituto como as Conferências da Haia admitiram o princípio de que a lei normalmente competente pode ser limitada ou substituída pela *lex fori* como lei de ordem pública, esta limitação ou substituição não pode evidentemente, ir até ao ponto de abranger aquilo que é formalmente submetido à lei nacional do *de cuius*. E a prova desta asserção está em que, tendo-se discutido largamente na Haia sobre a limitação ou substituição da lei da sucessão pela *lex fori* como lei de ordem pública, nunca se falou da legítima a tal respeito.

Pode, pois, afirmar-se que o pensamento jurídico geral é no sentido de não se considerar a legítima como uma instituição de ordem pública.

E é no mesmo sentido o espirito do direito português. Assim se tem entendido (Prof. José Alberto dos Reis, ob. cit., pag. 160 e segs.) e assim se tornou patente por ocasião da discussão e decisão de uma causa que foi célebre no fôro português.

a causa da **Herança Davidson** (Vidé — **Herança Davidson, Lei reguladora desta sucessão**, Lisboa, 1908), em que muito se discutiu a validade de um testamento, pelo qual a testadora, que era inglesa, mas domiciliada em Portugal, dispõe de todos os seus bens, em conformidade da lei inglesa, que estabelece a inteira liberdade de testar e desconhece a legítima, em favor de uma filha e de terceiros, privando de qualquer parte da sua herança uma outra filha. O debate foi largo, o testamento foi julgado nulo enquanto privava da legítima a filha desherdada, aplicando-se ao caso a lei portuguesa (*Revista*, 40, pag. 335), mas não pelo motivo de se entender que as suas disposições sôbre a legítima são de ordem pública, mas recorrendo à **teoria da devolução**, por a testadora estar domiciliada em Portugal e o direito inglês considerar a sucessão mobiliária (a testadora só deixou bens móveis) sujeita à lei do domicílio. Se se entendesse que a lei portuguesa sôbre a legítima era de ordem pública internacional, escusado era tanto discutir e aplicar a teoria da devolução. O recurso a esta teoria constitue uma lição frisante de que a lei da sucessão deve ser respeitada mesmo quando desconhece a legítima ou a estabelece em termos mais restritos do que a lei portuguesa.

E ainda acrescentaremos em apoio desta doutrina:

1.º que, sendo a sucessão legitimária baseada nas relações de família, deve, como estas, ser regulada pela lei pessoal;

2.º que Portugal esteve representado nas conferências da Haia que votaram os projectos de convenção de 1904 e de 1928 sôbre conflitos de leis em matéria de sucessão, assinou a convenção de 17 de Julho de 1905, em que foi convertido o projecto de 1904, submeteu aquela convenção à aprovação parlamentar, sendo a mesma convenção aprovada por lei de 17 de Setembro de 1908, o que prova que, embora a convenção não chegasse a ser ratificada, os princípios aí estabelecidos de modo formal e expresso não foram considerados incompatíveis com as bases do direito sucessório português;

3.º que devem, por isso, considerar-se rigorosas também em face do direito português estas palavras de Weiss: «A legítima não é outra coisa senão uma parte da sucessão *ab intestato* que o legislador entendeu dever defender contra as liberdades excessivas do falecido no interêsse da sua família, mas não tem direito algum (o legislador) a ingerir-se no regulamento dos interêsses de uma família estrangeira, que escapa às suas leis» (Vêr: Prof. José Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 162).

Mas (e é esta a conclusão que deriva das considerações que precedem), se a lei nacional do autor da herança deve ser respeitada mesmo quando, reconhecendo a inteira liberdade de testar, permite que os próprios filhos legítimos possam ser privados de partilhar na sucessão de seus pais, por que motivo não há de ser respeitada a lei nacional do autor da herança quando ela recusa o direito de sucessão aos filhos perfilhados, no interêsse da família legítima, que a lei portuguesa coloca num plano eminentemente superior ao da família ilegítima?

E ainda importa notar que, se se entendesse que a lei portuguesa que concede o direito de sucessão aos filhos perfilhados é uma lei de ordem pública internacional, que deveria aplicar-se mesmo quando o pretense pai, autor da herança, seja estrangeiro e a lei do seu país, que é, normalmente, a lei reguladora da sua sucessão, recuse o direito de sucessão aos filhos perfilhados, viria: ou o absurdo de se considerarem de ordem pública internacional as disposições de lei relativas à atribuição da quota disponível, as quais nem são ao menos de **ordem pública interna**, pois, como é sabido, essas disposições estão subordinadas ao princípio da autonomia da vontade, já que os pais podem, em princípio, dispor livremente de metade de seus bens, e, por isso, são as mesmas disposições de **ordem privada** ou **puramente suplementivas**; ou o absurdo de os pais estrangeiros que tenham filhos portugueses perfilhados, poderem dispor por doação ou

testamento de bens regidos por leis de ordem pública, o que tudo é, juridicamente, um contrasenso e não poderia admitir-se sem uma disposição expressa de lei que assim o prescrevesse, a qual não existe nem deve existir.

Ora aquêles absurdos evitam-se :

1.º admitindo que o autor do decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 só pensou em filhos perfilhados portugueses cujos pais sejam igualmente portugueses, e não teve em mente resolver conflitos de leis relativos aos direitos de sucessão dos filhos perfilhados, do que não há, com efeito, qualquer indício naquele decreto, contrariamente ao que acontece com o decreto n.º 1 da mesma data de 25 de Dezembro de 1910 sôbre o casamento, o qual, nos seus artigos 58.º a 62.º legislou sôbre conflitos de leis quanto ao casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal ;

2.º seguindo, em consequência e lógicamente, a doutrina de que, no caso de conflito de leis, os direitos de sucessão dos filhos perfilhados devem ser determinados segundo o princípio geral do direito internacional privado português em matéria de sucessões, que é, como vimos, o princípio de que elas são reguladas pela lei nacional do autor da herança, a qual determina, entre outros assuntos, quem são os **sucessíveis** e a sua **quota hereditária**, tendo ou não os filhos perfilhados o direito de suceder na herança de seu pretense pai, segundo o que fôr estabelecido pela lei nacional dêste último.

Tudo conduz, pois, à conclusão, que consideramos segura, de que não pode ser reconhecido à autora o direito de suceder na herança de seu pretense pai G. Burmester, visto que êste era alemão e que a lei alemã, que é a lei reguladora da sucessão, recusa aos filhos ilegítimos o direito de suceder na herança de seu pai.

c) **Direito de alimentos.** O sistema, que seguimos, da aplicação cumulativa das leis do pai e do filho ilegítimo, quando estritamente aplicado, conduz a reconhecer ao filho perfilhado o direito de alimentos só quando e só nos ter-

mos em que êste direito é reconhecido pelas duas leis. E já nesse sentido nos pronunciamos (*Tratado elementar*, I, pág. 466).

Atendendo, porém, a que a lei que estabelece a obrigação de alimentos entre pais e filhos é muito freqüentemente considerada pela doutrina e pela jurisprudência como uma lei de ordem pública internacional (Audinet, *Revue Darras*, 1917, pág. 523; Niboyet, ob. cit., n.º 648, pág. 762 A; Fedozzi, ob. cit., pág. 525), a que seria certamente imoral recusar a um filho o direito de pedir alimentos a seu pai, em condições de lhos prestar, e, sobretudo, a que a Constituição política (artigo 13.º, § 2.º) frisa bem — que os filhos ilegítimos perfilháveis têm o direito de exigir alimentos, mediante investigação das pessoas que os devem prestar, parece-nos que os filhos ilegítimos têm o direito de exigir a seu pai alimentos na medida estabelecida pela lei portuguesa, se a lei nacional do pai fôr mais restrita que a lei portuguesa no que respeita quer à **duração** quer à **extensão** da obrigação de prestar alimentos.

E tal é o único ponto em que a lei portuguesa sôbre investigação da paternidade ilegítima deve, em nosso entender, considerar-se de ordem pública permissiva.

Alvaro Machado Vilela
