

TEORIA DA DEVOLUÇÃO

Sua aplicação nas acções de investigação de paternidade ilegítima

Pelo Conselheiro Doutor FERNANDO MARTINS DE CARVALHO

O estado que o autor de acção de paternidade ilegítima se propõe reivindicar é *relativo*, isto é, respeitante a ele e ao pretenso pai, a relações jurídicas que pretende sejam reconhecidas entre um e outro. Ora este *estado relativo* somente poderá ser reconhecido quando assim o permitam, tanto a legislação aplicável nessa matéria ao filho como à legislação aplicável ao pai. Sobre esse assunto não se levantam hoje quaisquer dúvidas.

Se o pretenso pai fôr súbdito britânico, a legislação que lhe é aplicável é a inglesa, e perante ela só seria admissível, em condições especiais, a acção de *affiliation*, pròpriamente acção de alimentos, essencialmente diferente da acção de perfilhação, que a lei inglesa não reconhece.

Actualmente o direito inglês sobre a filiação ilegítima foi bastante alterado quanto à legitimação por subsequente matrimónio pelo Legitimacy act 1926, que entrou em vigor no 1.º de Janeiro de 1927. Também esse acto reconhece direitos sucessórios ao filho natural em relação às *mães*, o que é inteiramente alheio ao caso versado.

Sobre esta matéria surge a célebre questão da devolução a propósito do art. 27.º do nosso Código. Quis o nosso legislador, em caso de investigação proposta contra pai inglês mandar apli-

car a lei interna inglesa, ou o direito internacional por ela estabelecido quanto ao assunto? Quis, neste último caso, que se observasse a lei mandada observar pelo direito inglês, ou seja a lei do domicílio do pretense pai, que seria exactamente a própria lei portuguesa?

O assunto está tratado brilhante e exaustivamente no *Tratado do Professor Vilela*. A esse trabalho nos reportamos.

Limitar-nos-emos a acompanhar rapidamente as razões do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 1936, que é um documento, a todos os títulos, digno da grande reputação do seu relator e ilustres signatários, mas absolutamente destituído de fundamento.

Disse esse acórdão :

«A consideração de que a referência à lei nacional abrange apenas a lei interna e não a de direito internacional privado, consideração que constitui o argumento mais insistentemente exibido contra a *teoria da devolução*, não passa de uma afirmação gratuita, que não recebe apoio de nenhum preceito de direito positivo, nem encontra justificação nos princípios que informam esta matéria.

Na verdade, sendo a lei a expressão da vontade nacional, o preceito do art. 27.º do Código Civil tem o claro significado de se dever reconhecer aos súbditos estrangeiros o estatuto pessoal que os respectivos Estados lhes queiram outorgar, e a lei internacional é tão legítima manifestação da vontade nacional, como o é a lei interna, para que com razão se possa classificar de arbitrária a sua exclusão do quadro das leis estrangeiras, a que esse artigo se refere e manda atender.

Recusar cumprimento à devolução corresponde a negar aos Estados o direito de organizarem a personalidade jurídica dos seus súbditos, direito que lhes é universalmente atribuído e que, como função da soberania, é amplo e apenas limitado pela esfera da soberania alheia. E esta não é ofendida, antes é honrada e acatada, com o acto de uma nação que manda sujeitar os seus nacionais domiciliados no estrangeiro ao domínio e autoridade das leis do

país do domicílio, mesmo nas questões que respeitam ao seu estatuto pessoal.

Mas a fraqueza de tal argumento torna-se ainda mais patente, se ponderarmos que, não podendo negar ao Estado o direito de estabelecer, para os seus súbditos, estatutos pessoais diversos, e conseqüentemente de sujeitar os domiciliados no estrangeiro à lei do respectivo país, os adversários da devolução baseiam a sua discordância numa questão de mera forma, que vem a ser a de o legislador nacional, em vez de reproduzir na sua legislação os preceitos da lei estrangeira, que manda adoptar, se limitar a fazer-lhe uma simples referência, como se esta afinal não equivallesse e substituísse plenamente essa transcrição».

A verdade, porém, é que ninguém duvida da possibilidade para o legislador português de mandar aplicar as disposições internacionais duma lei estrangeira, em vez ou a par das regras do direito interno nela contidas.

Podia a nossa lei, no art. 27.º do Código Civil, ter com efeito determinado que o estado e capacidade civil dos estrangeiros fossem regulados pela lei do seu país ou *pela que ela mandasse aplicar*.

É evidente que o legislador pode proceder assim.

E assim o faz hoje a lei uniforme sobre letras e livranças (decreto-lei n.º 23.721, de 29 de Março de 1934, carta de 10 de Maio de 1934, e decreto-lei n.º 26.556, de 26 de Abril de 1936), no art. 2.º das disposições sobre conflitos: — «A capacidade de uma pessoa para se obrigar por letra ou livrança *é regulada pela respectiva lei nacional. Se a lei nacional declarar competente a lei de um outro país, será aplicada esta última*».

O mesmo se dá quanto aos cheques (art. 2.º da respectiva disposição sobre conflitos).

Também a convenção de Haia de 12 de Junho de 1902 sobre conflitos em matéria de casamento, confirmada por carta de ratificação de 7 de Fevereiro de 1907, determinou no art. 1.º: — *O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges a menos que uma disposição dessa lei se não (sic) refira expressamente a outra lei*. É escusado mos-

trar o que é evidente — que o advérbio não só foi empregado por má tradução do texto francês.

É evidente, pois, que o legislador português bem podia ter mandado aplicar as normas de direito internacional da lei estrangeira.

Bem podia tê-lo feito, mas não o fez.

Se o tivesse querido fazer, teria procedido como os textos referidos, que o quiseram fazer, e fizeram: teria empregado redacção equivalente.

Se o tivesse querido fazer, teria procedido como o art. 2.º das disposições sobre conflitos de leis em matéria de letras e livranças e de cheques.

Estabeleceu-se a devolução, não ao ordenar-se que a capacidade de qualquer pessoa para se obrigar por letra ou livrança fosse regulada pela respectiva lei nacional, mas sim porque se determinou que, se a lei nacional declarasse competente a lei dum outro país, seria aplicada esta última.

Ora o art. 27.º do Código Civil determinou que o estado e capacidade civil dos estrangeiros fossem regulados pela lei do seu país mas não acrescentou que, se essa lei declarasse competente a lei doutro Estado, seria aplicada esta última.

A convenção de 12 de Junho de 1902 no art. 1.º estabeleceu a devolução, não quando mandou que o *direito de contrair casamento fosse regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges*, mas quando abriu a esta regra uma excepção, para o caso de a disposição da lei estrangeira mandada observar se referir expressamente à lei doutro país.

Quer dizer: — entendeu-se que a regra, que mandou regular pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges o direito de contrair casamento, se referia às regras de direito interno da lei nacional, e que, para se applicarem as regras de direito internacional, era mister estabelecer o contrário da regra por via de excepção. Estabeleceu-se com efeito uma verdadeira excepção nos seguintes termos (citamos o texto francês porque a tradução portuguesa oficial não é correcta): — *à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.*

Quando a lei manda regular certo assunto pela lei estrangeira, refere-se às normas de carácter interno. Para que sejam applicá-

veis as normas de carácter internacional da lei estrangeira, é preciso que para esse efeito se abra expressamente excepção àquela regra.

Quando o legislador quer mandar aplicar as normas internacionais da legislação estrangeira, não manda em princípio *regular* o assunto pela lei estrangeira, ou abre a tal regra uma excepção.

Entende que uma *regra* assim redigida impediria a aplicação das normas internacionais da lei estrangeira, e, para que assim não aconteça, abre uma *excepção* (*à moins que*, ou seja *excepto se, a menos que*).

Podia o legislador no caso do art. 27.º querer mandar aplicar as normas de direito internacional da lei estrangeira. Não o fez, porém. Se o tivesse querido fazer, teria abraçado redacção equivalente à das convenções sobre conflitos em matéria de letras, livranças e cheques, ou à do art. 1.º da Convenção da Haia sobre casamento, datada de 12 de Junho de 1902.

Ninguém nega ao legislador português a liberdade de mandar aplicar em certos casos a legislação estrangeira nas suas disposições sobre conflitos de leis. *Tal intenção não é, porém, nunca de presumir.*

Pertence à lei portuguesa determinar que leis aplicam os nossos tribunais, e esta afirmação da soberania nacional traduz-se em todas as especiais disposições da nossa legislação, que resolvem conflitos de leis.

Admitir a devolução corresponde a delegar o nosso legislador no legislador estrangeiro competência para determinar que legislação devem aplicar os nossos tribunais em determinados casos.

Porque tal delegação não se presume, tem, pelo contrário, de se *presumir* que, quando a lei portuguesa manda aplicar lei estrangeira, pensa nas normas do direito interno desta legislação que sobre o assunto os nossos tribunais devem aplicar.

A devolução admite-se quando expressamente autorizada pela nossa lei, mas *não se presume.*

Não pode *presumir-se* a delegação em legislador estrangeiro da competência, nacionalíssima, para determinar como devem os nossos tribunais resolver os conflitos das leis, para designar aos nossos tribunais as leis aplicáveis, para estabelecer as normas de direito internacional privado que devem seguir.

É, portanto, mister entender-se que, quando a lei nacional manda aplicar a lei estrangeira, se refere às leis estrangeiras que *regulam* o assunto, e não às leis estrangeiras que se limitam a determinar a lei que *deve regular o conflito de leis*.

Não é natural que em qualquer país seja em certos casos aplicada a lei nacional, não por virtude das próprias determinações desta, mas por o ordenar uma lei estrangeira.

Basta que a intenção de autorizar a chamada devolução não seja *de presumir*, para não a admitirmos em relação aos assuntos a que se refere o art. 27.º do Código Civil.

Para mais, o art. 27.º diz: — «O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são *regulados* pela lei do seu país».

Regular é providenciar mais ou menos circunstanciadamente sobre certo assunto. Regular não é o mesmo que *mandar regular*, *mandar aplicar uma lei que regule*.

A lei estrangeira, que *manda aplicar* a nossa lei ou outra, não regula; manda que o assunto seja *regulado* pela nossa lei ou outra.

O nosso art. 27.º *não regula* o estado e capacidade civil dos estrangeiros; — determina que sejam regulados pela lei do seu país.

E, se o art. 27.º do nosso Código não regula o estado e a capacidade civil dos estrangeiros, também não o regulam as leis de outros países, que mandem *regular o assunto* pela nossa legislação ou por outra.

Quando *mandou regular o assunto pela lei do país estrangeiro*, o art. 27.º do nosso Código não podia ter posto a mira na lei estrangeira, que de facto regulasse a matéria, isto é, nas regras de direito interno contidas na lei estrangeira.

O art. 32.º do primitivo projecto do Código Civil dizia: — «A capacidade civil dos estrangeiros será *regulada segundo a lei do seu país*».

Podia com certo esforço sustentar-se que esta redacção comprehendia:

— tanto o caso de ser regulada a capacidade civil de estrangeiros pela lei do seu país;

— com o de ser regulada por lei mandada aplicar pela lei do seu país.

Regulada segundo a lei do seu país, pode significar regulada conforme manda regulá-la a lei do seu país.

Regulada pela lei do seu país, é regulada pelas próprias disposições desta legislação.

Neste caso, aplicam-se as próprias disposições da lei nacional do estrangeiro.

No outro caso, poderia aplicar-se a lei mandada aplicar pela lei nacional do interessado.

A redacção *regulada pela lei do seu país* é incompatível com a *devolução*. Regular é resolver o assunto, não é indicar outra lei que o resolva.

Tanto se entende que pela redacção *regulada pela lei do seu país* se exclue a devolução, que os textos que empregam aquela e pretendem estabelecer a devolução, a estabelecem como regra especial ou, melhor, como excepção.

Como alguns textos, que vigoram em Portugal, várias disposições de leis estrangeiras aceitam o princípio do *renvoi* ou devolução.

Citaremos, entre elas, o art. 28.º, n.º 2, da Lei Federal Suíça de 25 de Junho de 1891 sobre as leis applicáveis aos suíços com domicílio em país estrangeiro: — «Se, segundo a legislação estrangeira, estes suíços não estiverem sujeitos ao direito estrangeiro, é-lhes applicado o direito do respectivo cantão de origem, a que também pertence exercer a jurisdição».

Quanto à lei de 18 de Agosto de 1896, de introdução do Código Civil Alemão, diz ela no art. 27.º: — «Observam-se as leis alemãs, quando são applicáveis segundo o direito de um Estado estrangeiro, cujas leis sejam mandadas observar pelo art. 7.º alínea 1), art. 18.º, alínea 1), art. 15.º, alínea 2), art. 17.º, alínea 1) e art. 25.º».

O direito alemão manda, pois, nas hipóteses aludidas pelo art. 27.º, que as leis germânicas, que em princípio não deveriam ser applicadas, sejam observadas, se as leis estrangeiras mandadas aplicar pelo referido art. 27.º, remetem, por sua vez, para a lei alemã.

O mesmo se dá com o art. 29.º da lei japonesa de 1898 (citada pelo Prof. Vilela, vol. I, pág. 382) que diz que, quando seja declarada applicável a lei nacional de qualquer estrangeiro,

se, segundo esta lei deverem observar-se as leis japonesas, serão elas aplicadas.

Dos textos vigentes em Portugal e dos textos estrangeiros, que abraçam o princípio da devolução, se vê :

— que todos consideram a devolução uma situação excepcional, nunca de presumir ;

— que todos estabelecem a devolução muito expressamente como regra especial, e até com manifesto carácter de excepção à regra geral.

Entende o acórdão do Supremo Tribunal que, porque certos textos admitem expressamente essa regra especial ou até excepcional, a devolução deve ser admitida entre nós na interpretação do art. 27.º do Código Civil, que não estabelece expressamente a devolução, não contém regra especial ou excepcional equivalente às que ficam apontadas e até exclui manifestamente aquele princípio, pois diz que o estado e a capacidade civil de estrangeiros são regulados pela lei do seu país em vez de dizer que o são pelas regras da lei que o direito do seu país mande aplicar.

Nestes termos, para se admitir o princípio da devolução, seria indispensável *regra expressa*, e, até, *excepção expressa à regra geral*.

Ora isto não se dá.

O nosso Código podia ter dito :

a) «O estado e a capacidade civil dos estrangeiros serão regulados pelos preceitos ou regras aplicáveis pela legislação do seu país».

b) «O estado e a capacidade civil dos estrangeiros serão regulados pela lei do seu país ou preceitos que ela mande aplicar», etc., etc.

Podia ter abraçado qualquer outra redacção equivalente ou afirmar o princípio da devolução, como o fazem os textos, que invocámos, vigentes em Portugal ou em países estrangeiros.

Nada disto fez e até, insistimos, estabeleceu uma redacção

que não permite entender-se ter-se querido referir às leis mandadas aplicar pela lei do país do estrangeiro.

Que a redacção é regulado pela lei do seu país significa coisa inteiramente diversa de regulada pela legislação mandada observar pela lei do seu país, é evidente. Essa diferença e até opposição de sentidos aparece, por exemplo, no seguinte período de Pillet (*Traité pratique de droit international privé*, I, n.º 251, pág. 529) :

«Quando se diz que certa relação jurídica é do domínio do estatuto pessoal, deve-se entender que essa relação será regulada pelo estatuto pessoal do indivíduo (no nosso direito actual pela sua lei nacional), ou deve-se pensar que a lei nacional desse indivíduo determinará, por uma espécie de repercussão, a lei aplicável a essa relação de direito?».

Podia, repete-se mais uma vez, o legislador estabelecer o princípio da devolução. Podia tê-lo estabelecido no art. 27.º do Código Civil, embora a tendência seja em geral para afastar esse princípio, como pode ver-se, por exemplo, na obra citada do Professor Vilela, e na obra fundamental de Bartin — *Principes de droit international privé*, I, 1930, págs. 200 e segs., e, designadamente, pág. 229.

Podia tê-lo estabelecido, mas não o estabeleceu :

— porque a devolução não se presume, e o legislador quando a estabelece, fá-lo expressamente e até como excepção à regra geral em contrário;

— porque o art. 27.º do nosso Código Civil abraçou uma redacção, que manifestamente exclui a devolução, e determina que se observe, não a lei mandada aplicar pela lei nacional do estrangeiro, mas a própria lei do estado, a que o estrangeiro pertence.

Não há a menor dúvida de que a lei estrangeira, mandada observar pelo nosso Código, é a lei do país, a que o estrangeiro pertença e não a legislação que essa lei mande aplicar.

É de notar que em França não há texto especial sobre as leis que regem o estado e capacidade dos estrangeiros.

Aplica-se à hipótese por analogia o art. 3.º, alínea c), do respectivo Código, que diz: — «Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant em pays étranger».

Esta disposição, estendida por analogia, à situação dos estrangeiros, não autoriza a devolução. Esta é hoje, aliás, a corrente dominante na doutrina.

Mas, autorize ou não autorize, não pode servir de argumento a favor da interpretação do Supremo Tribunal. Diz o artigo do Código Francês que as leis relativas ao estado e capacidade regem os nacionais e não, como o art. 27.º do nosso Código, que o estado e capacidade das pessoas sejam regulados pelas leis nacionais.

Podem as leis reger, regulando directamente o assunto, ou mandando-o regular por outras leis. Regular, porém, não é *mandar regular por outra lei*, e por isso o art. 27.º do nosso Código Civil é inteiramente inconciliável com a teoria da devolução.

Diz ainda o acórdão do Supremo Tribunal:

«Mas a fraqueza de tal argumento torna-se ainda mais patente, se ponderarmos que, não podendo negar ao Estado o direito de estabelecer para os seus súbditos estatutos pessoais diversos e consequentemente de sujeitar os domiciliados no estrangeiro à lei do respectivo país, os adversários da *devolução* baseiam a sua discordância numa questão de mera forma, que vem a ser a de o legislador nacional, em vez de reproduzir na sua legislação os preceitos da lei estrangeira, que manda adoptar, se limitar a fazer-lhe uma simples referência, como se esta afinal não equivalesses e substituísse plenamente essa transcrição».

Fica bem assente: — que o legislador pode autorizar o chamado princípio de devolução, que isso está dentro da competência do poder legislativo, e não pode portanto ser anulado por qualquer espécie de inconstitucionalidade.

O legislador podia permitir que se applicasse a lei portuguesa

ou outra, que a legislação do país, a que pertença o estrangeiro, mandasse aplicar.

Podia fazer isso, e podia, portanto, permitir que a legislação estrangeira mandasse aplicar a nossa lei nacional, sem ter de lhe reproduzir as disposições.

Mas, de facto, e como ficou amplamente demonstrado, o art. 27.º do nosso Código Civil não procedeu assim, pois mandou *regular* o caso pela lei estrangeira, e não *regular o caso* pela legislação mandada aplicar pela lei estrangeira.

Continua o acórdão do Supremo Tribunal:

«Os inconvenientes da insolubilidade do conflito, que se apresenta como uma das consequências da devolução, não têm sequer sombra de realidade, visto que com a sua aceitação desaparece a opposição de leis pessoais para ficarem as partes inteiramente sujeitas ao mesmo regimen jurídico.

E, ao contrário, a sua rejeição é que a tornaria insolúvel, pois com os sucessivos reenvios duma nação para a outra o conflito ficaria indefinidamente pendente, criando-se assim, ao lado da classe dos Heimatlosen ou sem nacionalidade, a classe dos que não tem estatuto pessoal definido».

Acrescenta o Supremo Tribunal:

«Não há pois razão valiosa que se oponha à devolução, e é mesmo incompreensível que se repudie um sistema que, harmonizando os estatutos pessoais dos litigantes, submete a questão a uma só lei, para colocar o julgador na difícil situação de ter de optar pelo estatuto de uma das partes com desprezo ou violação da lei pessoal da outra. Isso seria preferir a desarmonia, a discordância à concordância, o que é inadmissível».

Contra o que diz o acórdão, a devolução, *quando não regulada expressamente*, daria lugar a verdadeiro círculo vicioso.

A lei portuguesa, no art. 27.º do Código Civil, mandaria aplicar até nas suas disposições de direito internacional, a lei do país

do estrangeiro, na hipótese, um inglês com domicílio em Portugal. O direito inglês mandaria por sua vez aplicar a lei portuguesa, ainda nas suas regras de direito internacional privado, e portanto, na parte em que a nossa lei ordena a aplicação do direito inglês! E assim... indefinidamente.

É claro que a dificuldade desapareceria quando a devolução fosse expressamente regulada, como sucede nas disposições citadas da convenção de Haia, das leis uniformes sobre letras e sobre cheques, da lei de introdução ao Código Civil Alemão, da lei federal suíça das obrigações, etc. Com efeito, todas essas disposições mandam expressamente aplicar a lei nacional, quando para ela remeta a lei estrangeira.

Pode admitir-se a devolução, mas somente quando expressamente estabelecida e regulada. Ora o art. 27.º do nosso Código Civil não a estabeleceu, nem regula.

Vê o acórdão do Supremo Tribunal na devolução a grande vantagem de sujeitar ambas as partes ao mesmo estatuto pessoal.

Na hipótese, da aplicação que o Supremo Tribunal fez do princípio da devolução, resultaria que ficavam sujeitos à lei portuguesa o perfilhando, por ser português, e o pretenso pai, por ser inglês, mas a sua lei o sujeitar ao estatuto pessoal português em virtude do domicílio em Portugal.

Se, porém, o perfilhando fosse inglês mas não domiciliado em Portugal, para ficarem filho e pretenso pai sujeitos perante os tribunais portugueses a um único estatuto pessoal, seria preciso que se não applicasse a teoria da devolução. Ficariam então como súbditos britânicos, sujeitos ambos ao estatuto inglês.

E, se o perfilhando fosse francês, com domicílio em França, nem com a teoria da devolução nem com a contrária ficaria sujeito ao mesmo estatuto pessoal do pretenso pai, indivíduo britânico.

A uniformidade do estatuto não resulta necessariamente da teoria da devolução. Pode resultar em certos casos de teoria contrária. E muitas vezes não resulta nem duma nem doutra...

Não é neste aspecto que se pode apreciar a chamada teoria da devolução. O raciocínio do Supremo Tribunal levaria a aceitar a teoria da devolução *quando produzisse a uniformidade*, e a rejeitá-la no caso contrário!

Para mais, qual é a vantagem da pretendida uniformidade? É vantagem para a parte a quem a uniformidade favorece. Não é certamente missão dos tribunais preferir uma interpretação porque ela traz em certa hipótese a uniformidade, que aproveita a uma das partes.

Não podem os tribunais preferir a devolução atendendo só a que, num dos milhares de casos que podem surgir, dela resulta a uniformidade dos estatutos pessoais do perfilhando e do pretense pai, com vantagem para o perfilhando!

Invoca o acórdão as leis uniformes sobre letras e cheques, e a convenção de Haia sobre casamento, de 1902.

Somos como o Supremo Tribunal de opinião que a convenção de Haia se acha em pleno vigor, porque um simples regulamento, como é o Regulamento Consular de 7 de Março de 1920, não a revogou, nem podia ter revogado. Está pois admitido o princípio da devolução pela referida convenção, e pelas leis uniformes sobre letras e sobre cheques.

Mas daí só se tira argumento contra a doutrina de que o art. 27.º do Código Civil autoriza a devolução.

Para que a devolução seja autorizada, é preciso ser estabelecida expressamente, em regra especial ou até por excepção.

É o que acontece com a convenção de 1902 e com as leis uniformes.

É, porém, o que não sucede com o art. 27.º do Código Civil.

Este artigo não contém disposição expressa, especial ou excepcional, como a dos textos referidos. E, pelo contrário, como fica demonstrado, abraça uma redacção que, de todo em todo, exclui a doutrina da devolução.

Diz o acórdão do Supremo Tribunal:

— que o Réu na acção de perfilhação foi legitimado por subsequente matrimónio nos termos da lei portuguesa, e portanto de conformidade com a doutrina da devolução, e que contudo não quer que o pretense irmão seja perfilhado segundo a lei portuguesa, em virtude também do princípio da devolução.

Isto constitui um argumento *ad hominem*, que melhor seria não se ter empregado em acórdão do Supremo Tribunal.

Para mais, os casos são inteiramente diferentes, e acresce até que, se a legitimação do Réu não estivesse, ao tempo em que foi feita, perfeitamente de conformidade com a lei inglesa, teria sido regularizada pelo *Legitimacy act 1926*, entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1927, e que legitimou todos os filhos naturais, cujos pais tivessem casado depois do nascimento do filho, mas antes da entrada em vigor da lei (Curti, *Manuel de droit civil et commercial anglais — I — Droit civil*, pág. 94).

Acrescenta o acórdão com ênfase pouco habitual em decisões dos tribunais, e, principalmente, de tribunais de revista :

«Por último, se alguma hesitação ainda pudesse haver, desapareceria perante as seguintes considerações :

Se esta acção, em vez de ser instaurada em Portugal, fosse proposta na Inglaterra, a sua admissão estaria assegurada porque os tribunais ingleses fariam a aplicação da lei portuguesa. Quer dizer : — os tribunais ingleses não duvidariam dar vencimento a um estrangeiro contra um seu nacional. Não-de vir então os tribunais portugueses negar a um seu nacional um direito, que os tribunais ingleses lhe reconheceriam ? E não-de fazê-lo simplesmente porque alguns cultores teóricos do direito persistem em combater com argumentos meramente especulativos uma doutrina que estabelece um sistema fácil e justo de evitar conflitos, que sem ela não teriam cómoda solução e que já está introduzida na legislação das nações civilizadas ?

Hão-de preferir essas razões teóricas às expressas determinações do direito positivo ?

E não-de fazê-lo para praticar uma iniquidade ?».

Em resumo :

O acórdão defende a teoria da devolução — porque na hipótese que defendia autorizava a perfilhação.

Não se pode, porém, abraçar a doutrina da devolução, porque ela possa favorecer os perfilhados. E, para mais, a teoria da devolução poderia em muitos casos prejudicá-los.

O perfilhando pode pertencer a um país, cuja legislação

admita a perfilhação em princípio, mas que mande regular o estado dos seus nacionais, pela lei do domicílio. E, se o perfilhando tiver domicílio em país cuja legislação não admita a perfilhação, resultaria da devolução o seguinte :

— A nossa lei mandaria aplicar ao estado do perfilhando a lei do seu país de origem. E como essa lei remetia para a lei do domicílio, os tribunais portugueses applicariam esta lei em virtude da doutrina da devolução, e não admitiriam a perfilhação judicial !

Vê-se que o favor aos perfilhandos não resulta de se admitir ou não a devolução. Conforme as hipóteses, os perfilhandos podem ser beneficiados e prejudicados com semelhante teoria.

A questão deve ser apreciada de maneira geral e não com a ideia preconcebida de preferir a doutrina que considera applicável a legislação que favoreça a perfilhação...

Nem favorecer a perfilhação é espírito que deva inspirar a nossa jurisprudência, quando a Constituição vigente *declara que o Estado assegura a constituição e defesa da família* (art. 12.^o), que assenta *na casamento e filiação legítima* (art. 13.^o), e nessa conformidade atribui apenas direitos restritos, e nunca o de successão, aos ilegítimos. Diz, com efeito, o § 2.^o do art. 13.^o: «É garantida aos filhos legítimos a plenitude dos direitos exigidos pela ordem e solidez da família, reconhecendo-se aos ilegítimos perfilháveis, mesmo aos nascituros, direitos convenientes à sua situação, em especial o de alimentos, mediante investigação àcerca das pessoas a quem incumbe a obrigação de os prestar».

Em caso nenhum e em país nenhum se pode preferir ou rejeitar a teoria da devolução porque num caso especialíssimo facilite a perfilhação.

Porque se havia de atender só à questão de *perfilhação*, quando a lei se refere a todas as questões de *estado e capacidade civil* ?

Porque atender ao que num caso especial resulta da teoria da devolução, desprezando o que noutro sentido pode resultar noutros casos ?

E, em Portugal, muito menos do que em qualquer outro país,

é hoje legítimo preferir a teoria da devolução *porque numa hipótese* pode favorecer a perfilhação, que pode aliás prejudicar noutras hipóteses, e tudo sem se atender às consequências da teoria em muitas questões de estado e de capacidade civil.

Entende o acórdão do Supremo Tribunal ser grande e desvanecedora honra para o nosso país mandar a lei inglesa aplicar aos seus súbditos domiciliados em Portugal a lei portuguesa, apesar de resultar esta aplicação da lei britânica!

Mas se a lei portuguesa tivesse querido reger o estado e capacidade civil dos estrangeiros domiciliados em Portugal, assim o teria determinado expressamente, sem necessitar dos tão festejados favores da legislação inglesa!

Para mais, a lei inglesa não obsequiou especialmente a Portugal... O seu *obséquio* é... *ao portador*, a todas as legislações dos países em que súbditos britânicos tenham domicílio.

O caso não é portanto para grande prodigalidade de fogue-tório.

Fala o Supremo Tribunal da possibilidade de os tribunais ingleses applicarem a lei portuguesa, com relação a súbditos seus, que tenham tido o seu último domicílio em Portugal, e de em Portugal se não applicar no mesmo assunto a lei portuguesa, a não se aceitar a teoria da devolução!

Situações similares podem naturalmente derivar da falta de legislação uniforme de direito internacional privado. Uma vez que esta legislação varia de país para país, nada mais natural que ao mesmo caso e às mesmas pessoas, se poder applicar num país uma legislação e noutro legislação inteiramente diversa.

É, porém, de notar que em Inglaterra sòmente se applicaria a lei a súbditos ingleses domiciliados em Portugal, *se se entendesse que a lei portuguesa*, ao remeter para a lei nacional do interessado, tinha em mira não só as regras de direito interno dessa lei, mas também as regras de direito internacional nela contidas.

Uma vez convencidos os tribunais ingleses de que a lei portuguesa não aceita, como de facto não aceita, quanto à perfilhação e direitos dos perfilhados, a doutrina da devolução, não applicariam a lei portuguesa, mas a britânica.

Uns e outros tribunais — portugueses e britânicos — applicariam, pois, a lei inglesa, a mesma lei.

Com efeito, os tribunais ingleses, só applicariam a lei portugueza se se convencessem de que esta, ao mandar applicar o direito inglês, comprehendera no seu pensamento as regras do direito internacional estabelecidas no direito britânico.

Não se dão, por conseguinte, os inconvenientes, postos em tamanho relevo, pelo acórdão referido do Supremo Tribunal. E, quando assim não fosse, tratar-se-ia de consequências naturais da falta de legislação uniforme de direito internacional privado, e de ser fácilimo, enquanto ela se não estabelece, ser exactamente o mesmo assunto resolvido em dois países por leis diversas.

De todo o exposto vê-se que a teoria da devolução, ou da legislação de *ricochete*, é inteiramente de rejeitar no entendimento do art. 27.º do Código Civil :

— porque se o legislador a tivesse querido estabelecer teria empregado redacção equivalente à das leis uniformes de letras e cheques, à da Convenção de Haia de 1902, à da lei de introdução ao Código Civil Alemão, à da lei Suíça de 1891, etc. , etc.

— porque, se o legislador a tivesse procurado estabelecer, não teria usado duma redacção que, como fica demonstrado, absolutamente a repele.

Fernando Martins de Carvalho