

FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
INSTITUTO DE ESTUDOS HISTÓRICOS DR. ANTÓNIO DE VASCONCELOS

Revista Portuguesa de História

TOMO XII

HOMENAGEM AO DOUTOR PAULO MERÊA

VOLUME I



COIMBRA / 1969

A Adopção na História do Direito Português (*)

SUMARIO: 1. Posição do problema. — 2. Traços gerais da adoção no direito romano. — 3. Provável inexistência da adoção entre os primitivos povos hispânicos e durante o domínio romano. A *periliatio* como primeira modalidade do instituto no direito peninsular. Sua origem. — 4. Efeitos e estrutura jurídica da *periliatio*. — 5. Actos patrimoniais que se realizavam mediante a *periliatio*. Requisitos de fundo e de forma. — 6. Transição da *periliatio* arcaica para uma nova forma de perfilhamento. A adoção no direito (português, do séc. XIII ao séc. XVI. — 7. O destino da adoção depois do séc. XVI. — 8. Conclusões.

1. Dirigem-se as considerações seguintes a descrever o processo evolutivo da adoção ao longo do direito português — instituto que se apresenta, não apenas com uma das figuras mais curiosas da história jurídica, segundo escreveu Paulo Merêa (1), mas também como um fértil campo de investigação do jurista moderno que se volta para o comparatisme ou para a sociologia (2). É, aliás, a

(1*) Este texto foi redigido, fundamentalmente, com base em simples esquema elaborado para uma lição proferida na Sala dos Capelos da Universidade de Coimbra, no dia 3 de Maio de 1962, e a que se acrescentaram algumas notas justificativas ou complementares. Apenas como tal se publica. Tratando-se, porém, de uma recordação da sua prova para professor catedrático da Faculdade de Direito, o autor sente vivo empenho em que o presente escrito fique arquivado num volume de homenagem ao venerando sábio Paulo Merêa.

(*) *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. xxxi, Coimbra, 1956, pág. 372.

(2) RODOLFO DA NOVA, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 23, 1958, págs. 730-731 («Festgabe für Alexander N. Makarov»).

mesma riqueza de problemas e de singularidades, a respeito dos seus requisitos 'constitutivos e dos efeitos que produz, que tornam, de facto, este instituto jurídico particularmente sugestivo à comparação no tempo ou à comparação no espaço, duas atitudes que, em última análise, exprimem um único processo espiritual e operam com método idêntico (3).

Partamos de um conceito de adopção comum à história e ao moderno direito comparado: é a relação jurídica que visa estabelecer, entre duas pessoas, um mero vínculo legal de paternidade ou maternidade e de filiação. Apenas se acrescenta, por enquanto, que esta ideia-base deve ser aproximada, em cada época e em cada povo, do objectivo concreto que explica e justifica materialmente o emprego do instituto. Pois foi a sucessiva mudança dessa finalidade — sempre equacionada com a simultânea estrutura da família — que, através dos tempos e dos lugares, fez variar o conteúdo específico da adopção, informou a sua disciplina e marcou, sem dúvida, o seu alcance prático.

Trata-se de uma figura jurídica que entrou no século XX sob o signo de autêntica renascença. Na verdade, depois de cumprido um largo ciclo em que esteve relegada ao mais perfeito descrédito ou esquecimento, um brusco fervor legislativo, já considerável no limiar da última Grande Guerra, tem elevado até nossos dias o número de países que introduziram ou restabeleceram a adopção nos respectivos sistemas jurídicos. Enquanto, paralelamente, as escassas legislações onde apesar de tudo subsistira decidem também proteger a instituição, logo alterando a disciplina restritiva das normas anteriores.

Numa palavra: com excepção de alguns raros países (4),

(3) Sobre a tendência moderna para uma aproximação metodológica entre a história jurídica e a ciência do direito comparado, ver, por exemplo, *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, ano 40, Paris, 1962, pág*s. 485-486, e *Iura* (*Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*), vol. xiv, Napob, 1963, parte prima, pág. 194.

(4) Já em 1958 se registavam sòmem/te quatro «países da (América la)tána (Haiti, Honduras, Nicaragua e Faraguali), além do nosso, que não «reconheci am a adopção — cfr. *U adoption dans les législations modernes. Essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives à l'adoption*, 2.º éd., publ. sous la dir. de MARC VANCELO, Paris, 1958 (*Travaux et Recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, III), pág. 327. Também reúne importantes dados comparativos JÚLIO J. (LÓPEZ

poder-se-á dizer que a generalidade dos direitos modernos acredita que o antiquíssimo instituto da adopção, imo da doia novos fins, será capaz de readquirir um significado social idêntico, quando menos, ao de outros tempos. Curioso fenómeno este — acenificuia ÍL. Julliot de ia Morandière—, que, em matéria tão estreitamente «ligada às tradições de cada povo, seja possível discernir, miais talvez do que uma pura imitação legislativa, uma verdadeira propagação espontânea, que orienta, em sentido idêntico, ordenamentos jurídicos diversificados nas suas raízes 'históricas e nos seus pressupostos éticos ou ideológicos (5).

E visto que estamos diante de uma política legislativa de alcance prático, que vem ao encontro, seguindo se pensa, de efectivas exigências da vida, de sentimentos ínsitos na consciência e aspirações do nosso tempo, não se crê excessivo admitir que a reforma tenha por si um largo futuro.

Mas o que poderá haver de novo na adopção contemporânea que permita um voto assim optimista ? Qual o motivo da súbita viragem do seu destino? Que interesses pessoais ou sociais prosseguiu ela na sua agitada existência e que configurações técnicas apresentou ? Por que tem sido a adopção, em resumo, condenada a meros sucessos temporários?

À história do direito pertence, naturalmente, uma iboa parte da responsabilidade na resposta a tais interrogações. 'De resto, o problema apresenta-se, entre nós, em termos idênticos aos verifi-

DEL CARRIL, *La Adopción en el Derecho Comparado*, in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, MI, Buenos Aires, Julio-Setiembre 1961, pags. 67 e segs. Entre nós, focando aspectos do fenómeno «no campo «do direito internacional privado, ver I. IM. die MAGALHÃES QOLLAÇO, *Sobre o Esboço de Convenção acerca da < Adopção Internacional de Crianças>*, emanado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, in *Estudos sobre Projectos de Convenções Internacionais*, Lisboa, 1964, págs. 5 e segs. i(®ep. do vol. xvi da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*).

Quanto à adopção no direito brasileiro — com uma breve nótula histórica, análise do sistema vigente e crítica ao am/teprojectco do novo 'Código iCivil desse país — consultar o estudo de FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES (CARVALHO, *Adopção e legitimação adoptiva em face do anteprojecto de Código Civil*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 142, Lisboa, Janeiro de 1965, págs. 377 «e segs.

(5) *U adoption dans les législations modernes*, cit., pág. x, onde L. J. DE LA MORANDIÈRE transcreve MARC ANCEL |(cfr. *ibid.*, pág. 70).

cados quase por toda a parte: a adopção foi, muito de propósito, ignorada pelo Código Civil de 1867 ⁽⁶⁾; contudo, também um valioso projecto legislativo nos vem anunciando, desde há vinte anos, a sua restauração; e, por último, nas Vésperas da promulgação de um novo Código Civil, os competentes trabalhos preparatórios concretizam essa esperada admissibilidade da filiação adoptiva ⁽⁷⁾.

Observemos, portanto, o caminho que percorreu na história do nosso direito.

Pois bem, ainda que não se esqueça a inevitável contingência de todas as periodificações, convirá assinalar três ciclos fundamentais da adopção no direito português: o primeiro decorre até aos fins do século XII, reportando-nos, assim, às raízes jurídicas anteriores à própria fundação da nacionalidade; o segundo, já sem dúvida involutivo, vai do século XIII ao século XVI; e, finalmente, o ciclo que daí em diante se alonga até ao Código de Seabra.

Ordenarei a exposição a partir de cada um destes períodos ⁽⁸⁾, cotejando os resultados obtidos com a história solidária da vizinha Espanha ⁽⁹⁾. Porém, toma-se conveniente antecipar, posto que em

⁽⁶⁾ Sabido é que a nossa actual legislação prevê «penas, em certos casos, a entrega de menores « famílias adoptivas, que ficam com o encargo da sua educação (Reg. dos Serviços Juuioioioanais de Menores — 'Dec. n.º 10 767, de 15 de Maio de 1925, art. 20.º».

⁽⁷⁾ F. A. PIRES DE LIMA, *Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade*, in *Bol. da Fac. de Dir.*, cit., vol. XX, 1944, págs. 516 e segs. Ver ainda A. VAZ SERRA, no relatório do Decreto-Lei n.º 33 908, de 4 de (Novembro de 1944 (*Colecção oficial de legislação portuguesa publicada no ano de 1944, Lisboa, 1954, 2.º semestre, pág. 173*). É, finalmente, MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA — FERNANDO PESSOA JORGE, *O Direito de Família no futuro Código Civil (Terceira parte)*, in *Boi. do Min. da Just.*, cit., n.º 90, Novembro de 1959, págs. 323 e segs.

⁽⁸⁾ **Bibliografia geral:** >G. BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a «perfiliação»*, 'Coimbra, 1938 (*ep. do Bol. da Fac. de Dir.*, cit., vol. xiv); PAULO MERÊA, *Sobre a adopção no século XI*, in *Boi. da Fac. de Dir.*, cit., vol. xxxi, 1955, págs. 372 e segs., *Sinopse histórica da adopção («perfilamento»)*, in *Bol. da Fac. de Dir.*, oit., vol. xxxn, 1956, págs. 182 e segs., e «Perfiliação» (*Achega para um dicionário histórico da língua portuguesa*), in *Revista Portuguesa de Filologia*, vol. vn, Coimbra, 1956, págs. 119 e segs.

⁽⁹⁾ Ver, principalmente, (ALFONSO OTERO VARELA, *La Adopción en la Historia del Derecho Español*, in *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, iv, Romia-Madrid, 1955, págs. 83 e segs., e *Sobre la realidad histórica de la adopción*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, tom. xxvii-xxviii, Madrid, 1957-1958, págs. 1143 e segs.

traços muitíssimo rápidos, um quadro da adopção no direito romano, cujo diálogo com o direito germânico ilumina, mais uma vez, os alicerces da nossa 'história jurídica' (10). Ao mesmo tempo que obteremos uma 'linguagem comum, uma espécie de pedra de toque para aferir os princípios que sucessivamente dominaram este instituto no direito peninsular e português.

2. As origens da adopção entroncam nos remotos direitos orientais (X¹), mas foi em Roma que ela registou um significativo desenvolvimento. Apontam-se-lhe várias utilidades: ou a de proporcionar, a todo aquele que não tivesse descendência legítima, um continuador do seu nome e tradições familiares e a manutenção do culto doméstico; ou a de corrigir as divergências entre o parentesco civil (*agnatio*) e o parentesco de sangue (*cognatio*); ou a de deslocar a mão-de-obra de uma família em que sobejasse para outra que dela carecesse. IE, finalmente, a adopção serviu ainda para fazer adquirir a cidadania romana a latinos, para transformar plebeus em patrícios ou, vice-versa, patrícios em plebeus, com vista ao ingresso no tribunal, ou até, a partir do Império, para assegurar a sucessão no trono (Augusto adoptou Tibério e Cláudio adoptou Nero).

Por toda a época clássica, foram conhecidas duas modalidades de adopção: a *adrogatio* e a *adoptio* propriamente dita. A *adrogatio* representa a espécie mais antiga, que ocorria quando o adoptado era ele mesmo uma pessoa *sui iuris*, resultando daí a absorção, pelo *pater* adrogante, de toda a família do *pater* adrogado. Em virtude desta importante consequência social, que acarretava também o desaparecimento de uns *sacra privata*, exigia-se a intervenção activa da

(10) São por demais conhecidos os termos em que se apresenta actualmente a controvérsia germanismo-romanismo: uma corrente tradicional, -filhada nos estudos de Fieker e de Hinojosa, sustenta o grande primado dos elementos germânicos na formação do direito hispânico medieval anterior ao renascimento romanístico (uma esplêndida síntese no artigo de E. WOHLHAUPTER, *Das germanische Element im altspanischen Recht und die Rezeption des römischen Rechts in Spanien*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. LXVI, rom. Abt., Weimar, 1948, págs. 135-264); nos últimos tempos, todavia, um novo rumo historiográfico, em que Paulo Merêa ocupa posição destacada, vem acentuando a importância dos elementos de raiz romano-vulgar na génese do direito hispânico desse período.

(11) Consultar E. VOLTERRA, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, pág. 287, v. *Adozione (Diritti orientali e Diritti greci)*.

autoridade religiosa e política, os pontífices e o comício das cúrias, que mais tarde foi substituído por trinta simbólicos litores.

A *adoptio* em sentido restrito consistia, pelo contrário, na adopção de um simples *filius familias*. Tudo se passava como um acto privado dos dois *patres* interessados, em que o papel do poder público era puramente passivo, só destinado a extinguir a *patria potestas* originária e a fazer surgir, em seu lugar, uma nova *patria potestas* na titularidade do adoptante. A necessidade de decompor o acto nestas duas operações derivava do carácter intransmissível da *patria potestas*.

Em resumo: a adopção clássica consiste no acto jurídico mediante o qual um estrangeiro — que não seja a esposa — ingressa numa família na posição de filho ou de neto. Simplesmente, a família típica do direito romano constituía um agregado de estrutura muito diversa daquele a que hoje damos essa designação. Longe de tomar por base o matrimónio e os laços de consanguinidade, apresenta-se, antes, como um conjunto de pessoas ligadas, entre si, pelo facto da sujeição efectiva à soberania doméstica de um mesmo *pater familias*. O que significa que 'é em função da *patria potestas* que se concebem todos os outros institutos do direito familiar romano.

E assim, tendo a adopção por efeito acrescentar um novo membro ao organismo político-familiar, ela só conhecia, em princípio, os limites postos à própria titularidade da *patria potestas*, além dos que decorressem do processo formal do acto: se estava vedada aos *alieni iuris* e às mulheres, enquanto não podiam ser titulares da *patria potestas* — e as mulheres nem mesmo intervir nas assembleias políticas, para a adrogação —, já nenhum obstáculo se levantava a que os incapazes de gerar adoptassem, ou a que uma pessoa mais nova adoptasse outra mais idosa.

Devo acrescentar que, ao lado destas modalidades típicas, se propagaram, no mundo romano, puras adopções privadas, de alcance muito discutível: é o caso da adopção do herdeiro instituído no testamento (*adoptio testamentaria*), só referida em fontes históricas a partir dos fins da República, como a adopção de Octávio por seu tio Júlio César ⁽¹²⁾; e é o caso da adopção por escritura tabeliônica

(12) v©T MARCEL-HENRI IPREVOST, *Vadoption d'Octave*, dm *Revue Internationale des Droits de VAntiquité*, 3.º année, tom. v, Bruxelles, 1950, ipágs. 361

(*adoptio tabulis copulata*), que se difunde no século IV, embora algumas constituições imperiais declarem a sua ineficácia no âmbito do *ius civile* ⁽¹³⁾.

Entretanto, a adopção romana tradicional viria a sofrer mudanças radicais na época pós-clássica e justinianeia, dentro do novo rumo que o Cristianismo e as correntes helenísticas imprimiram às relações familiares. A estrutura da família e o conteúdo do poder paternal aproximaram-se dos nossos conceitos modernos. Coerentemente, olha-se a adopção como um acto que leva conforto àqueles que não têm filhos, mas também estabelecido no interesse do adoptado.

Uma vez que a família assenta agora no vínculo de sangue e a adopção se dirige a criar este vínculo artificialmente, compreende-se bem que o instituto passe «a ser informado pela regra *adoptio naturam imitatur*, que, no entanto, não foi seguida até às últimas consequências. Exige-se que, entre o adoptante e o adoptado, medeie tantas vezes a idade de dezoito anos, pelo menos, quantos sejam os graus do parentesco na linha recta que se queira estabelecer; e veda-se a adopção aos impossibilitados fisiologicamente de procriar. É, por outro lado, à luz de princípios éticos que se proíbe ao pai natural adoptar os seus próprios filhos ilegítimos: entende-se que a adopção imita a natureza, mas não substitui o matrimónio.

Continua de pé a distinção clássica entre *adrogatio* e *adoptio*, sem dúvida muito simplificadas na sua forma: a adopção dos *sui iuris* realiza-se por rescrito do príncipe e a dos *alieni iuris* através de simples declaração concorde das partes, recebida pelo magistrado competente. Mas, atendendo aos efeitos do acto, surgem as novas modalidades de *adoptio plena* e de *adoptio minus plena*. A primeira podia ser realizada por um ascendente paterno ou materno e tinha inteira eficácia, isto é, operava uma efectiva mudança de família; enquanto a segunda, que era feita por um estranho, apenas conferia ao adoptado o direito de suceder *ab intestato* na herança do pai adoptivo, permanecendo inalteradas as suas anteriores rela-

e tsogs., MAXIME ILEMOSSE, *U adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil, fin Studi in Memoria di Emilio Albert ar io*, vol. I, Milano, 1953, ipágis. 369 e <segs., je IAIDELE NICOLETTI, *VAdozione di Ottaviano*, in *Bolletino delta Biblioteca degli Istituti Giuridici — Université dez I i Studi di Napoli*, amo vn, NiapoiH, 1961, faisc. I, rpágis. 57 >e sega.

⁽¹³⁾ C. /., 8, 47 (48), 1 « 4; 4, 19, 13 e 14.

ções de família. Esta *adoptio minus plena* foi o modelo de adopção que substancialmente passou aos direitos modernos.

Lembremos, por último, que o direito romano ignorou uma *adoptio in fraternitatem*, usada em certas províncias ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾.

3. Não parece, no entanto, que tenha sido o direito romano o ponto de partida da adopção peninsular.

Antes de mais, desconhecemos qualquer texto ou resto epigráfico que aluda à prática do instituto entre os hispano-romanos. E este puro dado negativo é reforçado por outras expressivas razões. Até Diocleciano, o problema só se põe mesmo a respeito da *adoptio* em sentido estrito, pois foi esse imperador quem possibilitou a prática da adrogação nas províncias, substituindo a velha *adrogatio per populum* pela *adrogatio* por rescrito do príncipe. Além disso, a adopção teve em Roma — como vimos — um nítido carácter político, que a tornou sem dúvida inexequível nas províncias onde não existisse uma tradição anterior de instituições análogas ⁽¹⁶⁾.

Ora, dada a grande escassez de fontes, nem mesmo socorrendo-nos do método dedutivo se poderá admitir, seriamente, que os primitivos povos peninsulares tenham utilizado institutos do tipo da adopção ⁽¹⁷⁾.

Apenas nos começos do século VI, em plena época visigótica, encontramos a primeira fonte hispânica que se refere à adopção. Mas também esse primeiro testemunho, o Breviário de Alardeo — que recolhe a característica *adoptio* romana, embora algo já modificada relativamente ao modelo clássico —, não constitui uma verdadeira garantia da sua aplicação prática. Pelo menos enquanto representar um enigma o critério que presidiu à recolha dos textos do Breviário.

O⁴) C. 6, 24, 7.

⁽¹⁵⁾ Sobre a adopção no direito romano, valiosas sínteses, por exemplo, de: F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, págs. 143 e s-egs., BLONDO BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, III, *La Famiglia — Rapporti Patrimoniali — Diritto Pubbico*, Milano, 1954, págs. 59 e segs., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, págs. 57 e segs., e 292 e segs., e V. (ARANGIO-IRUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, quattordicesima edizione riveduta, Napoli, 1960, ipágs. 465 e segs.

⁽¹⁶⁾ iCf-r., por exemplo, ALVARO D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, (Pamplona, 1960, pág. 164.

⁽¹⁷⁾ IA. OTERO VARELA, *La Adopción*, eit., pág. 85.

Todavia, claramente se revelia que a instituição romana era estranha à população para que se legislava. É que o próprio Breviário, ao mesmo tempo que descreve a *adoptio* romana, estabelece o paralelo entre esta instituição e uma outra instituição semelhante: a *affiliation*¹⁸⁾. Quer dizer, a necessidade de explicar a *adoptio* romana através do confronto com a *affiliatio* supõe que, de facto, aquela constituía uma figura desconhecida. E, por outro lado, resultam desse confronto duas conclusões a respeito da *affiliatio*: a de que se tratava de um instituto vulgarizado na prática; e a de que produzia efeitos parificáveis aos da *adoptio* romana, cuja disciplina, evidentemente mais perfeita e técnica do que a consuetudinária, se lhe desejava porventura estender.

Uma idêntica aproximação verifica-se, também, na epístola que os bispos da Espanha dirigiram-, no ano de 792, aos bispos de França¹⁹⁾ e na jurisprudência recolhida em glossários alto-medievais²⁰⁾.

IDepois destas referências, os dois institutos só voltam a ser equacionados nas fontes ligadas à recepção romanística dos séculos XII e XIII. Nessa altura, quando as *Siete Partidas*, de Afonso, o Sábio, pretendem denominar a pura adopção romano-justiniana, que reproduzem, utilizam de novo as palavras *porfijar* e *porfijamiento*. O que significa que persistia a semelhança entre as duas instituições, pois, de outro modo, os redactores das *Partidas* sentiriam relutância em designar com esse nome a *adoptio* romana²¹⁾.

[¹⁸⁾] Assim -se procede na *interpretatio* do *Cod. Theod.*, V, 1, 2 («Si moriatur quilibet <et relinquat matrem et fratrem consanguineum, id est, uno patre inaitum vel etiam adoptivum id est zestis ante curiam affiliatum, qui consanguinei loco habendus est, consanguineus frater vel adoptivus matrem in totum a -sutooesisiouie mortui fratriis excludunt»), e no *Ep. Gaii*, I, 4, 1 («Sed non omnes persona» uxores ducere illicit: quia nec patri filiam, nec filio matrem, nec avo neptem, nec nepoti aviam. Quod non solum de personis, quæ nobis propinquitate comunitæ isumit, sed etiam vel *adoptivis*, hoc est *affiliatis*, iussum '(vel i u-stum) est observari»). Consultar os passos do Breviário que tratam da adopção, in M. CONRAT, *Breviarium Alaricianum — Römisches Recht im iränkischen Reich in systematischer Darstellung*, Leipzig, 1903, pp. 137 e segs.

¹⁹⁾ *Epistola episcoporum Hispaniae ad episcopos Franciæ*, in *Monumenta Germaniae Historica — Leges*, 111, 1, pp. 111 e segs.

²⁰⁾ Referidos por BENVENUTO PITZORNO, *Uadizione privata*, Perugia, 1914, p. 121, nota 3.

²¹⁾ Já se diz que «Porfijados 'son una manera de -fijos, a que dicen en latín adoptiva» (IV, 16, pr.), que «l Adoptio en latín itanto quiere derir en

De resto, um pouco antes, também o *Fuero de Soria* (§§ 456-462) e o *Fuero Real* (IV, 22, 1-6), que mostram já uma meia influência do direito comum, utilizam a expressão equivalente de «reçebir por fijo» <22>).

(Eis-nos, deste modo, em contacto com o instituto designado nas fontes pelos termos de *perfiliatio*, *aiiiliatio* ou *adiiliatio*, o qual, sendo conhecido nos começos do século VI, logo mergulha num período de absoluto silêncio, para depois reaparecer em documentos de aplicação do direito posteriores à invasão árabe.

Um primeiro problema que se põe a respeito da *perfiliatio* é o da determinação da sua raiz histórica. Sem participar propriamente na controvérsia, recordarei apenas que há duas (teses em causa):

Segundo Pitzorno, a *adiiliatio* surgiu como resultado das pregações dos Santos Padres, dirigidas a incitar os fiéis a deixarem à Igreja uma parte dos seus bens igual à de cada um dos filhos. Para o efeito, ter-se-ia recorrido a práticas romano-vulgares, tais como a adopção por simples escritura tabeliúioia e a adopção testamentária, a que aludimos atrás. Eram, na verdade, adopções que apresentavam a característica adequada de não envolverem a aquisição da *patria potestas* X²³).

Contudo, esta doutrina nem é a tradicional in/em a dominante. Para a generalidade dos autores, a *adiiliatio* referida no Código alarieiano tem, antes, uma origem germânica. Seria uma daquelas *adoptiones in hereditatem* que nos dão a conhecer as leis bárbaras redigidas numa época de nítida quebra de rigidez dos princípios germânicos.

Esclareçamos melhor: no direito germânico puro, a propriedade mobiliária e imobiliária não pertencia a cada indivíduo singularmente, mas a toda a comunidade doméstica (*Hausgemeinschaft*), da qual faziam parte o chefe da casa (*Hausvater*) e os seus descen-

romanice, como porfijamiento» (IV, 76, 1). De uma maneira inequívoca, observa-se a equivalência no seguinte passo: «De suso en las leyes sobredichas mostramos la fuerça que ha el porfijamiento que es fecho ipor arrogación. E agora queremos mostrar otrosi la fuerça que ha el porfijamiento que es fecho por adopción» (IV, 16, 9).

(22) Relativamente a *SÚO* que escrevemos, ver BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 2-5, e OTERO VARELA, *ob. cit.*, págs. 97-101, 120-127 e 130-137, e A. H. D. E., *oit.*, XXVII-XXVIII, pág. 1146.

<23> PITZORNO, *ob. cit.*, págs. 126 e segs.

dentes. Não admira, por consequência, que a sucessão forçada fosse a única forma de devolução hereditária conhecida.

Desde cedo, porém, os Germanos sentiram a necessidade de um meio jurídico que permitisse a sucessão patrimonial e a continuação do culto doméstico dos indivíduos que não tinham descendência. Aparecem-nos, assim, os vários tipos germânicos de adopção, que costumam receber o nome comum de *adoptiones in hereditatem*, em virtude da* sua índole acentuadamente patrimonial; adopções essas que, aliás, não tardaram também, a degenerar. Como exemplos típicos, assinalam-se, ao lado da *affatomia* franca, o *thinx* lombardo e a *perfilatio* do direito peninsular, com particulares analogias entre si (24).

4. Mas quais eram verdadeira mente os efeitos e a estrutura jurídica da *perfilatio*?

Observámos, há instantes, que o legislador não modificou o seu ponto de vista uuo largo período de mais de sete séculos que medeia

(24) BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 54-62, e *O Direito de Troncalidade e o Regime Jurídico do Património Familiar*, I, Braga, 1941, págs. 302-303, e OTERO VARELA, *La Adopción*, oit., págs. 101-105. Ver, ainda, a ampla exposição de UGO GUALAZZINI, in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., I, págs. 288-290, v. *Adozione (Diritto intermedio)*.

(Disputam os autores sobre a existência de uma adopção comum a todos os Germanos, no período -anterior à di áspera. Para a tese mais divulgada (VON AMIRA, STOBBE), a adopção germânica primitiva não seria um instituto unitário, capaz de produzir efeitos jurídicos precisos, mas apenas uma série de relações, ddiversificadas formal a substancialmente de tribo para tribo, que visariam esbabel-ecer algurus direitos particulares (hereditários, tutelares, de alimentos, etc.) e não tanto criar um vínculo efectivo de filiação. Outra corrente (PAPPENHEIM), pelo contrário, sustenta que, na época de Tácito, a adopção germânica constituía já um instituto dogmaticamente unitário, embora se tivesse depois fragmentado, na sequência das migrações, segundo o escopo para que veio -a ser utilizadla em cada povo. iDe acordo com um terceiro ponto de vista, dever-se-á encarar o problema a partir da formação de uma família individual dentro da «Sippe». Digamos, o 'antigo instituto de introdução na «Sippe», que existiu sem dúvida no direito germânico arcaico, diferencia-se claramente da posterior adopção restrita ao âmbito da família individual, adopção esta que não teve entre os -povos germânicos uma origem muito remota, embora os seus germes se encontrem já na idade taicitian-a (ver, por outros, MARCO ÍSCOVAZZI, *L*Adozione nel Diritto Germanico*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, vol. XXXTI, Milano-Verona, 1959, págs. 193 e segs., com importante nota bibliográfica a -págs. 202-204).

erytre o Breviário de Alarico e as *Siete Partidas*: sempre equipara a *periliatio* à adopção romana. E, no entanto, como sucede a cada passo, uma coisa é o que deriva do direito legislado e outra coisa o que nos ensina o direito vivido.

Conclui-se da prática jurídica que a *periliatio* não foi aplicada como uma verdadeira e própria adopção, mas como um mero processo destinado, para a Imante, a eludir as regras sucessórias, que então vigoravam. Ao lado deste emprego, presume-se que tenha servido ainda para obter isenção fiscal, beneficiando-se certos privilegiados, ou para levar a cabo legitimações de filhos nascidos fora do matrimónio.

Em todo o caso, a primeira finalidade sobreleva as restantes e proporciona-nos, inquestionavelmente, a mais genuína inteligência do instituto, durante esta época. Ora vejamos. Tal como os outros povos germânicos, os Visigodos praticaram, afoites das invasões, o sistema da comunidade doméstica. Ao estabelecerem-se na Península Hispânica, talvez tenham encontrado mesmo análogas instituições indígenas, mantidas consuetudinariamente e prontas a favorecer o desenvolvimento de comunidades familiares (25), se não fora o obstáculo da acentuada romanização do direito visigodo, sem dúvida bem patente no Código de Eurico. De qualquer modo, a posterior formulação do *Liber Iudiciorum* revela-nos o sistema já evoluído: em vez da pura indisponibilidade dos bens domésticos, fixou-se, aos descendentes, uma expectativa sucessória de quatro quintos da herança paterna (*Cód. Vis., IV, 5, 1*) (26) — Quer dizer, este *Wartrecht* dos filhos traduz a consagração de princípios derivados da primitiva *Hausgemeinschaft* germânica.

E assim, a prática da *periliatio* na época visigótica — posto que faltem provas documentais — poder-se-á conjecturar como processo utilizado pelo pai para diminuir a quota que a lei reservava aos seus descendentes. Este foi, de resto, um expediente muito em voga na Reconquista, até aos meados do século X (27).

(25) Luís G. IDE VALDEAVELLANO, *La Comunidad Patrimonial de la Familia en el Derecho Español Medieval (Acta Salmati censi a, série «Derecho», tomo lili, n.º 1)*, (Salamanca, 1956, ipág. 23.

(26) Quidam fco -dote da mulher, cfr. o *Cód. Vis., IV, 5, 2* (BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade*, cit., I, pág. 337, nota 525).

(27) (BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade*, cit., I, ipágs. 339-340, nota 529.

Porém, ainda não fica tudo dito. É que ao *Wartrecht* visigótico, seguiu-se, (historicamente, uma outra instituição: o *Beispruchsrecht* ou *laudatio parentum*. Desde o século X, as condições de vida criadas pela Reconquista intensificaram o revigoramento da solidariedade e coesão da família, resultando daí uma protecção unais ampla dos direitos hereditários dos seus membros. Agora, já não se procura apenas fazer respeitar a quota sucessória dos descendentes nas liberalidades efectuadas pelos pais. Dá-se um passo em frente, enquanto se sujeitam à aprovação dos herdeiros presuntivos do disponente todos os actos que envolvam alienação gratuita ou onerosa do património imobiliário. O princípio não deixou, é certo, de sofrer influência da distinção entre bens recebidos dos antepassados (os bens de avoenga) e bens adquiridos, a que se equiparam os móveis, pela sua reduzida importância económica ^(2R).

Em suma, para que o pai pudesse alienar bens familiares seria (necessário o consentimento dos parentes mais próximos, ou, então — e chegamos ao fulcro do problema —, que qualquer acto dispositivo a favor de estranhos fosse precedido da prévia atribuição da qualidade de filho ao beneficiário ⁱ⁽²⁹⁾.

Assim se explica realmente a prática da *perfilatio*. E estamos, pois, de antemão preparados para compreender os aspectos imprevisíveis que se revelam na estrutura jurídica desta especialíssima forma de adopção.

Segundo resulta dos documentos, a *perfilatio* caracteriza-se, na verdade, pela estreita união de dois fins num mesmo acto. Isto é,

⁽²⁷⁾ Relativamente ao que expomos, BRAGA DA ICRUZ, *O Direito de Troncalidade*, cit., I, págs. 328 e segs. Ver também MERÊA, *Sobre a chamada «reserva hereditária»*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, XI, (Coimbra, 1953, págs. 75 e segs. Consultar ainda VALDEAVELLANO (*La Comunidad Patrimonial*, cit., págs. 24 e segs.), que defende a existência de uma verdadeira comunidade patrimonial da família sobre os bens imóveis, nos primeiros séculos da Reconquista.

⁽²⁹⁾ Cfr. !L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *A. H. D. E.*, cit., XTV, 1942-1943, pág. 648, e *La Comunidad Patrimonial*, cit., pág. 33. A OTERO VARELA se deve a sugestão de que a *perfilatio* tenha sido também utilizada, nesta época, para escapar a gravames fiscais e para a legitimação de filhos havidos fora do matrimónio (*La Adopción*, cit., págs. 108-109 e 146, e *A. H. D. E.*, cit., XXVII-XXVIII, pág. 1147). Salientando a progressiva agudização do conteúdo patrimonial da *perfilatio*, ver as breves observações de J. M. MUÑOZ DE ARRACÓ, in *A. H. D. E.*, cit., XXVII-XXVIII, pág. 1194.

em cada *perfiliatio* procura-se alcançar duas finalidades, a primeira das quais representa um simples meio de atingir a segunda: como objectivo imediato, visa-se colocar um indivíduo na situação jurídica de filho de outro; como fim último, deseja-se levar a cabo um certo acto de natureza patrimonial.

Que da *perfiliatio* nasce, em primeiro lugar, um vínculo de filiação, mostram-no as próprias escrituras notariais. 'Umás vezes, o perfilhador declara directamente que pretende considerar o perfilhado como filho (por ex., num doc. de 875: «placuit nobis [...] ut perfiliaremos te sicut lex docet in logo filio») (30); e não deixa também de ser significativo que num documento de 959 se trate a perfilhadora por «mater»(31). 'Outras vezes, utiliza-se o processo indirecto de atribuir ao perfilhado os mesmos direitos patrimoniais que pertencem aos filhos (por ex., em doc. de Abril de 932, lê-se: «ita tibi do ut dividas cum filios meos, sic iin hereditate quomodo in tota facultate, sic dividatis per capita singula») (32)

Mas, declarado de modo directo ou indirecto, 'é esse o parentesco que, por via de regra, se tem em vista. 'Só muito excepcionalmente a *perfiliatio* faria nascer um vínculo de fraternidade, colocando o perfilhado na situação de irmão do perfilhador. Encontramos a prova desta variante numa escritura de 1031 (33).

IPor aqui se observa que a *perfiliatio* constitui uma figura jurídica que apresenta, de facto, grandes afinidades com a *adoptio* romana — afinidades que o próprio legislador surpreendeu. Simplesmente, para além desta identidade, subsiste uma profunda diferença entre os dois institutos. É que a adopção romana — se excluirmos a especial modalidade justinianeia da *adoptio minus plena* — sempre teve o alcance de integrar o adoptado na família do adoptante, conferindo-lhe todos os direitos e obrigações dos seus restantes filhos ou netos. Ao passo que, na *perfiliatio*, se coloca o perfilhado na situação de filho (ou de irmão), sem o intuito de o agregar à família do perfilhador, mas visaindo-se apenas atribuir-lhe, nessa qualidade, um certo e determinado direito ou obrigação patrimonial que o próprio contrato especifica.

(30) *Cartulario de Santo Toribio de Liébana*, fl. 40 v.

(31) *Becerro Gótico de Cardeña*, doc. 289.

(32) *Becerro de Sahagún*, I, fl. 224, v.

(33) *Portuégaiæ Monumenta Historica'*—*Diplomata et Chartæ*, doc. 270.

Portanto, o perflhado nem transitava da sua família de origem para a família do perflhador, nem tão-pouco seguia a condição social deste. Uma prova inequívoca de que a *perfliatio* não importava a aquisição do poder paternal deriva dos numerosos actos em que igrejas e mosteiros intervêm como perflhadores, sendo certo que o poder paternal nem pode ser exercido sobre pessoas morais nem lhes pode pertencer.

Justamente porque a *perfliatio* não originava verdadeiros laços de parentesco é que não sobrevinham impedimentos matrimoniais entre o perflhado e os filhos do perflhador, ou entre o perflhador e o perflhado. Por exemplo, a perflhação do genro não exigia, como no direito romano, a emancipação da filha. A'ém disso, nada obstava a que o marido perflhasse a sua própria mulher, ou vice-versa.

Era também vulgar duas ou mais pessoas intervirem como perflhantes numa mesma escritura, sem que constituíssem um matrimónio: aparecem-nos perflhações feitas por irmãos, por um pai e seus filhos, ou por dois estranhos.

•Conclui-se, em síntese, que a *perfliatio* criava um parentesco saí *generis* entre o perflhador e o perflhado, um parentesco que circunscrevia a sua eficácia ao campo patrimonial, sem determinar quaisquer relações pessoais.

Mas não se poderá dizer, nem mesmo limitando-nos a este puro aspecto económico, que a *perfliatio* produza todos os efeitos normalmente ligados ao vínculo *de* filiação, *maxime* um -direito sucessório *ab intestato*. Pelo contrário, a *perfliatio*, em si, era um acto sem conteúdo próprio, que tinha apenas o alcance de colocar o perflhado em condições de poder receber do perflhador as vantagens patrimoniais expressamente estipuladas.

5. Apreciemos, então, os diversos actos de natureza patrimonial que se praticavam dentro da *perfliatio*:

a) Na hipótese unais corrente, a *perfliatio* servia para efectuar uma doação *inter vivos* com transferência imediata e definitiva dos bens doados, incidindo tal doação, ora sobre uma coisa certa e determinada, ora sobre uma parte alíquota do património do perflhador. Em algumas dessas liberalidades, conquanto fossem entre vivos, abrangiam-se não só os bens presentes do perflhador, mas ainda os que de futuro viesse a adquirir.

b) Também era frequentíssimo realizar-se com a *perfoliatio* uma doação *mortis causa*, o que significava uma verdadeira instituição contratual de herdeiro ou de legatário. No primeiro caso, a liberalidade abrangia (toda a herança do perfilhador ou apenas uma quota igual à de cada um dos seus filhos. No segundo caso, atribuía-se ao perfilhado, para depois da morte do perfilhador, a propriedade de uma coisa certa, no todo ou em parte.

As *perfoliationes* que envolviam doações *mortis causa* apresentavam-se sob as duas formas típicas destas doações na Idade Média: ou como doações *post obitum* propriamente ditas, isto é, subordinadas à sobrevivência de perfilhado, ou como doações *reservato usufructu*. Em qualquer dos casos, tratava-se de um acto em princípio irrevogável, mas nada impedia que fossem apostas cláusulas de revogação. Do mesmo modo, podia estabelecer-se que, no caso de predefinição do perfilhado, o seu direito passasse aos descendentes⁽³⁴⁾.

Por outro lado, incluíam-se, amiudadas vezes, cláusulas modais nas *perfoliationes* que operavam doações entre vivos ou por morte: assim, proibindo ao perfilhado a alienação dos bens doados, ou impondo-lhe uma obrigação de alimentos ou encargos *pro anima*.

c) A *perfoliatio* servia ainda para realizar os chamados pactos de incomunicação, ao tempo vulgares no território galaico-português⁽³⁵⁾. Neste caso, o negócio consistia em dois indivíduos se perfilharem reciprocamente, pondo em comum os seus bens presentes e futuros, e instituindo-se, às vezes, herdeiros um do outro.

Tais *incommuniones* disfarçadas de perfilhações eram muito utilizadas pelos cônjuges à maneira de convenções antenupciais: marido e mulher perfilhavam-se mutuamente, tomando comuns os bens que traziam para o matrimónio e os que de futuro cada um deles adquirisse.

Deste modo alcançavam os cônjuges um duplo objectivo: em primeiro lugar, afastavam o regime matrimonial de simples comu-

⁽³⁴⁾ MERÊ A, *Sobre a revogabilidade das doações por morte*, in *Est. Dir. Hisp. Med.*, dit., I, Coimbra, 1952, pp. 173 e segs.

⁽³⁵⁾ Sobre a incomunicação, ver, por todos, GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos xn a xv*, 2.ª ed., Lisboa, s. d., I, pp. 179 e 388 (Obs. XXIV de TORQUATO DE S. SOARES), e VCE, pp. 349-359, e 576-579 (Obs. XXXII de TORQUATO DE S. SOARES), e C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Las behetrías. La encomendación en Asturias, León y Castilla*, in *A. H. D. E.*, cit., I, design, pp. 211-216.

nhão de administração e união de bens, que (ma altura vigorava; em segundo lugar, e sobretudo, conseguiam um usufruto de viduidade, visto que os filhos só levantavam a sua parte na herança depois de morte de ambos os pais.

d) Outra utilização da *perfiliatio* consistia em investir, através dela, o executor testamentario nos bens que se desejava fazer chegar ao poder do beneficiário ⁽³⁶⁾.

e) (Nuim-a fase adiantada da vida do instituto, já em pleno século xi, aparecem algumas escrituras que testemunham o triunfo decisivo da natureza patrimonial da *perfiliatio* e convenicem, definitivamente, do carácter fraudulento que envolvia a sua prática. Sucede isto quando as -cartas de perfilhação ilevam a cabo verdadeiras compras e vendas ⁽³⁷⁾ e -até mesmo contratos de tipo enfiteutico ⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾).

Do que antecede, resulta bem compreensível que a mentalidade da época considere a *perfiliatio* como um simples acto de transmissão de bens. É por isso mesmo que não se julga necessário explicitar as regras do instituto, enquanto este obedecia inteiramente às condições gerais em que -cada um podia dispor do respectivo património. Numa palavra: poderia perfilhar e ser perfilhado todo aquele que tivesse capacidade e legitimidade para transmitir e adquirir bens.

Pelo que toca à forma da *perfiliatio*, cumpre assinalar a sua natureza privada. Diversamente da *adoptio* do *ius civile* romano e de certas modalidades de *adoptio in hereditatem*, a *perfiliatio*, ao menos na versão da prática jurídica, apresenta-se como um puro acto entre o perfilhador e o perfilhado, que se realiza por meio de uma escritura análoga às restantes escrituras de doação, compra e venda, enfiteuse, etc. ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ MERÊA, *Sobre as origens do executor testamentario*, in *Est. Dir. Hisp. Med.*, cit., II, pág. 11, nota 21.

⁽³⁷⁾ P. M. H. — *Dipl. et Chart.*, cit., docs. 693 e 860, resp., de 1087 e de 1097, e *Cart. de S.ta Maria de Meira*, Tuimbo, £1. 35 v., <c. 4, -de 1025.

⁽³⁸⁾ *Cart. de S. Vicente de Oviedo*, doe. 120, die 1098.

⁽³⁹⁾ Uma exposição diestes diversas actos patrimoniais, in BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a «perfiliatio»*, cit., págs. 16-29, e OTERO VARELA, *La Adopción*, cit., págs. 110-115.

⁽⁴⁰⁾ BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a «perfiliatio»*, cit., págs. 42-53, <e OTERO VARELA, *La Adopción*, cit., págs. 177-120.

6. Analisámos ia *perfiliatio* de harmonia com o depoimento da prática jurídica pos-gótica dos séculos ix a xi. Verifica-se que o instituído revestia ia natureza de um puro acto de disposição de ibens e que era somente para alcançar tal objectivo que se colocava o beneficiário na posição de filho. ¶Por outras palavras: <a prévia consideração filial do adquirente, em si, não produzia qualquer efeito próprio, mas apenas se limitava a encobrir verdadeiros actos de doação, compra e venda, etc., sobretudo por causa das consequências do princípio da comunidade económica da família.

E apurou-se, também, que esse carácter da adopção se obliterou ao ponto de o negócio apenas se distinguir de um vulgar acto de conteúdo patrimonial pelo emprego de certos termos, como «*perfiliare*» e «*carta perfiliationis*». Nesta altura, a velha *perfiliatio* encerrara o seu ciclo evolutivo, antes de tudo, porque desapareciam as circunstâncias que a tinham tornado necessária. A breve trecho, o ressurgimento romanístico iria modificar, progressivamente, a essência e a forma da adopção ⁽⁴¹⁾.

O trânsito da *perfiliatio* «imprópria ou nominal» para um perfilhamento de nova índole torna-se cada vez mais nítido desde a primeira metade do século XII.

É sumamente significativo que — em aberto contraste com os diplomas do século xi —, por um lado, se faça agora referência expressa à filiação artificial, empregando-se mesmo a expressão «receber por filho», que viria depois a tomar-se de estillo; e, por outro lado, que se coloque o perfilhado na qualidade de sucessor ou herdeiro em todos os bens ou numa parte alíquota desses bens.

Ora, na impossibilidade de se explicar esta mudança como um puro salto regressivo a conceitos ainda vivos no século x, entende o Prof. Merêa que, «pelo contrário, encarada a transformação no seu conjunto, e mais ainda se tivermos presentes as fontes do século xm, a influência romanista aparece já como extremamente provável» ⁽⁴²⁾.

A transição — e nem outra coisa seria de esperar — produziu-se lentamente. «É no decurso do século xm que se definem os

⁽⁴¹⁾ 'BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a «perfiliatio»*, cit., pág. 29, e OTERO VARELA, *La Adopción*, oit., ppágs. 108 e 115.

⁽⁴²⁾ - MERÊA, *B. F. D.*, oit., XXXI, págs. 375-376. Aliás, sobre quanto escrevemos, *ibid.*, págs. 372-376.

traças essenciais da adopção (*perihamento*), tal como foi conhecida e praticada entre nós até ao século xvi»⁽⁴³⁾.

O instituto sofre uma grande mudança, embora os seus principais efeitos continuem sendo de carácter patrimonial. Para o florescimento de uma verdadeira adopção que envolvesse as relações pessoais normalmente derivadas do vínculo de filiação, faltava um clima social que a tornasse necessária ⁽⁴⁴⁾. Só que a perfilhação, «acompanhando os progressos do direito das sucessões», deslocou-se «da esfera «real» (*sachenrechtlich*)—campo dentro do qual se movera a antiga *perfilhatio* — para a esfera «hereditária» (*erbrechtlich*), aproximando-se o mais possível dum pacto sucessório» ⁽⁴⁵⁾.

É esta índole do novo perfilhamento que explica a sobrevivência, em escrituras do século xm, de alguns traços da antiga *perfilhatio*. Assim, por exemplo, quando se nos depara o caso de certo indivíduo que tinha um filho e institui herdeiro um perfilhado, mas apenas em metade dos bens presentes e futuros; quando, muitas vezes, o adoptante declara «que recebe o adoptado por filho e herdeiro, salva a terça dos bens que deve ser aplicada *pro anima*»; ou, ainda, quando encontramos perfilhações sucessivas de um mesmo indivíduo, feitas por várias pessoas.

(Em compensação, conclui o Prof. Merêa, «não voltamos a encontrar doações, vendas, trocas, etc. com o nome de «perfilhações», nem perfilhações feitas simultaneamente por várias pessoas (salvo marido e mulher), nem perfilhações de igrejas ou feitas por igrejas — tudo coisas assaz frequentes até ao século XII» ⁽⁴⁶⁾).

O instituto passa a ser designado, daí em diante, sobretudo por *perfilhamento*, mas também se utilizam as palavras *perfilhação*, *adopção* e *recebimento*. *Perfilhados* dizem-se os filhos adoptivos, em contraposição aos filhos gerados, e não, como hoje em dia, os filhos ilegítimos reconhecidos. Lembremos, entre parêntesis, que

l(43) MERÊA, B. F. D., dit., XXX/IIH, pág. 182. A exposição que se segue toma por base, quando não transcreve mesmo, este «artigo *Sinopse histórica da adopção (perihamento)*», *ibid.*, págs. 182-194.

(44) OTERO VARELA, A. H. D. E., dit., XXVLI-OtXVIlfl, pag. 1148.

(45) (MERÊA, B. F. D., dt., XXXII, pag. 184.

l(46) [MERÊA, B. F. D., dit., XXXVII, pág. 185. OTERO VARELA '(La *Adopción*, dit., págs. 118 e 119) aduz um único documento espanhol do século xm (A. D. 1237) em que se perfilha um mosteiro l(S. Martin de Castañeda).

perfilhar, no seintido actual de reconhecer um filho ilegítimo, recua ao século xvii, quando muito, e que só se vulgariza na centúria imediata. (Aliás, o nosso direito anterior ignorou um reconhecimento do tipo que o Código Civil institui e designa com o nome de perfilhação. A figura que mais se lhe assemelhava era a legitimação, que, no fundo, antes constituía uma simples graça ou dispensa régia concedida a instâncias do pai, do que um verdadeiro e puro reconhecimento deste >(47).

(Dentro do inevitável sentido da época, a influência do modelo justiniano sobre a adopção revela-se, desde logo, nas fontes. Já no *Fuero de Soria* (& 457) e no *Fuero Real* (IV, 22, 2) se regista a máxima *adoptio naturam imitatur*, posto que estes monumentos nos ofereçam ainda um instituto híbrido. 'Pelo -contrário, nas *Siete Partidas* a disciplina da adopção traduz um acolhimento inteiro e exclusivo do sistema romano. Mas, daqui, nada de decisivo se infere, evidentemente, quanto aos princípios na realidade applicados (48).

As nossas *Ordenações Afonsinas* occupam-se do perfilhamento só a título muito accidental. Contudo, também não é este facto que nos leva a concluir pela diminuta importância prática do instituto. Sabe-se que as *Ordenações* — marinante no pequeno código de direito privado que constitui o seu livro IV — estão muito longe de representar uma expressão completa do direito vigente.

Estabelece apenas o legislador afonsino: que compete aos desembargadores do Paço despachar as cartas de confirmação dos perfilhamentos (I, 4, 26); que o perfilhado é vizinho da terra onde for feito o perfilhamento, por um morador daí, e o perfilhamento confirmado pelo rei (II, 30, 2); e, finalmente, que o perfilhado não pode, durando a adopção, citar o seu pai adoptivo sem primeiro obter licença do juiz da causa (III, 9, 8).

Estas normas passaram incólumes às *Ordenações* do século xvi (Ord. Man., I, 3, 17; III, 21, pr.; MI, 8, 2; e Ord. Fil., I, 3, 1; II, 56, pr.; ¶ 9, 2), acrescentando-se, de fugida, mais duas breves referências. Uma delas é feita a propósito de uma resolução de D. Duarte sobre a *Lei Mental*: começa por se aludir à distinção

<(47) MERÊA, *Revista Portuguesa de Filologia*, oit., VIII, págs. 119-127. OTERO VARELA diá, para a Espanha, uma explicação diversa (*A. H. D. E.*, cit., XXVII-XX VIII, ipágs. 1144-1145).

l(48) OTERO VARELA, *La Adopción*, ait., pagis. 120 e segs., e *A. H. D. E.*, dit., XXVII-XXVIII, págs. 1148-1149, e MERÊA, *B. F. D.*, eût., XXXI, pág. 183.

romana, esclarecendo-se que o filho perfilhado é o mesmo que em Direito ise chamava adoptivo ou adrogado, para Hogo ;se acrescentar que o fillho adoptivo mão sucede nos ;bens da Coroa, salvo se mo perfilhamemto (devidamente confirmado), ou ma confirmação feita pelo rei, se declarasse expressamente que os poderia herdar (*Ord. Man.*, TI, 17, 9; *Ord. FiL*, TI, 35, 12). No outro passo, ao indicarem-se os negócios isentos, em princípio, da exigência da prova por escritura pública, incluem-se os celebrados entre «pai e filho natural, e não adoptivo» (*Ord. Man.* III, 45, 10; *Ord. FiL*, III, 59, 11).

É certo que, ma falta de direito pátrio, valeriam, a título subsidiário, os preceitos do direito comum i(Orcf. *Aions.*, II, 9; *Ord. Man.*, II, 5; *Ord. Fil.*, III, 64). Todavia, mem sempre imperou o modelo romano. (Parece que a própria distinção entre *ad rogati* o e *adoptio* não teve realidade ⁽⁴⁹⁾, apesar de aflorada mas *Ordenações*; como também mão se vê que se distinguisse enitre adopção *plena* e *minus p/ena*⁽⁵⁰⁾).

Um aspecto em que o direito comum- inegavelmente influiu foi no que toca aos requisitos de forma. «vA princípio a adopção constava dum simples escrito particular autenticado pelos processos ordinários, quando mão obedecesse às regras municipais que por vezes prescreviam certas solenidades» ⁽⁵¹⁾. Depois da criação do tabelioniato público deu-se com os perfilhamentos' o mesmo que se verificou em relação a todos os contratos: as escrituras passaram a ser redigidas por tabeliães públicos e por eles autenticadas ⁽⁵²⁾.

Simplemente, o direito comum mão se contentava, em matéria de adopção, com a presença de notário, a memos que actuasse, por especial privilégio, na qualidade de *iudex ordinarius* ⁽⁵³⁾. Porém, entendia-se que as adopções feitas sem observância dos requisitos

⁽⁴⁹⁾ Consultar o que, a propósito -do direito comum em geral, escreve EMÍLIO BUSSI, *La formazione dei d o çmi di diritto privato nel diritto coznune (Contratti, successioni, diritti di fami çlia)*, Padova, 1929, págs. 286-287.

⁽⁵⁰⁾ MERÊA, B. F. D., cit., XXXTI, pág. 186.

⁽⁵¹⁾ MERÊA, B. F. D., dit., XXXIII, pág. 186. Ver as fouites pana que remiete, *ib id.*, nota 2, e t)am!bém o diouuimimJto quie transcreve in B. F. D., cit., XXXI, págs. 373-374.

⁽⁵²⁾, i Sobre o tabeliomiato, ver GAMA BARROS, *ob. cit.*, VHII, págs. 355 e segs., e 497-500 (Obs. XXI-XXIIIIJI die TORQUATO DE SOUSA ISOARES).

⁽⁵³⁾. DesenvdlVimentos in PITZORNO, *ob. cit.*, págs. 191 e segs.

formiais poderiam ser validadas mediante a *confirmatio principis*. Daqui as confirmações régias dos perfilhamentos, de que temos notícia no século xiv e que se tomaram prática constante no século imediato. Já sabemos, até, que as *Ordenações* atribuíam aos desembargadores do Paço a outorga das respectivas cartas de confirmação.

Antes de sancionar o perfilhamento, costumava o rei — mas nem sempre — mandar inquirir se o acto era livremente desejado e se o perfilhamte não tinha filhos. Procurava-se, decerto, combater prepotências, como aquela que nos revelam as 'Inquirições de 1258 e que consistia em um poderoso forçar um vilão a perfi-lhar-<lhe um filho.

Deve observar-se, por outro lado, que a existência de filhos não constituía, no direito comum, obstáculo à adopção, pelo menos quando se desejava adoptar um filho-família. Apesar disso, em regra, os perfilhamentos só ocorriam na falta de filhos legítimos. O Prof. -Merêa, que estudou o problema, não menciona qualquer exemplo dos séculos xiv e seguintes; e, ao contrário, como esclarece, «não faltam casos de o perfilhamte declarar expressamente que adopta por não ter filhos, nem esperar vir a tê-los, e bem assim há exemplos de cartas de confirmação nas quais [...] o monarca declara ratificar o perfilhamento por o perfilhamte não ter filhos».

Facto que deveria traduzir uma raridade, a ter-se verificado — e, aliás, oposto ao direito comum—, era a adopção de filhos ilegítimos pelo próprio pai. Talvez não seja mesmo possível apontar um exemplo posterior ao século xm.

Parece que muitas vezes os padrastrós perfilhavam os seus enteados, até que as cortes de Lisboa de 1439 proibiram essa prática. Mas ainda depois se efectuaram tais perfilhamentos, com dispensa régia.

O objectivo da adopção costumava ser indicado na própria carta, cifrando-se o seu principal efeito, normalmente, em conceder ao perfilhado a qualidade de herdeiro. Embora, quanto à sucessão nos bens da Coroa, saibamos já que as *Ordenações* excluía os filhos adoptivos, a menos que outra coisa resultasse da confirmação do monarca. E parece, também, que os filhos adoptivos de nobres gozavam da linhagem dos pais perfiilhantes, independentemente de concessão expressa : efeito, que, no entanto, se produzia quase sempre dentro da família (⁵⁴).

(⁵⁴> MERÊA, B. F. D., oit., XXXII, págs. 187-191.

7. Descrevemos os traços mais salientes da adopção, tal como eia se manteve, entre nós, em prática efectiva até ao século xvi, embora tudo leve a crer que nunca tenha alcançado uma grande importância.

Este desfavor e declínio da adopção constituem, aliás, fenómenos que se verificaram de um modo geral por toda a parte. Pode dizer-se que o instituto ocupou um plano muito secundário no sistema do direito comum. E nem admira. A reconstrução dogmática da adopção romano-justiniânica representava obra artificial, enquanto não lhe correspondia um condicionalismo que permitisse penetrar «na estrutura íntima do instituto e enchê-lo de novo significado prático. Uma pura filiação jurídica era algo de anómalo numa sociedade em que os vínculos de sangue, as linhagens, constituíam, não apenas a base da família, mas da própria organização política.

A adopção estava, neste período, irremediavelmente condenada ao insucesso. Por um lado — e isto a respeito de todas as classes —, a sua utilização fora superada pela liberdade testamentária, que oferecia um meio directo e mais fácil de instituir um herdeiro. Por outro lado, via-se rodeada de múltiplas limitações : tinha contra si os obstáculos à sucessão do adoptado nos privilégios nobiliários e nos feudos, assim como se lhe impedia de aproveitar de instituições fideicomissárias. Certamente, só em casos muito excepcionais, os soberanos consentiriam a casas nobres sobreviver no nome, quando lhes era em definitivo impossível sobreviver na descendência ⁽⁵⁵⁾. De resto, qual espada de dois gumes, essa finalidade que predominava, de através da adopção se continuarem casas nobres, também concorreria depois, mudados os tempos, para o descrédito do instituto, que se catalogou como típico do sistema aristocrático ⁽⁵⁶⁾.

'Circunscrevendo-nos ao nosso país, verifica-se que a adopção entrou em perfeita decadência no século xvi, conforme o testemunho inequívoco dos reinícolas. Valasco, ao escrever na segunda

(65) «PITZORNO, *ob. cit.*, ppágs. 202-204, Bussi, *ob. cit.*, ppágs. 285-287, e GUALAZZINI, *ob. cit.*, pág. 290.

⁽⁵⁶⁾ Já os Sim já observaram, a respeito da nossa época liberal, GOMES DA SILVA e PESSOA JORGE, in *Boi. do Min. da Just.*, cit., n.º 90, pág. 325, nota 4.

metade deisse século, supõenna em desuso. IPela mesma época, Jorge de Cabedo informa-nos de que já não se passavam no Desembargo as respectivas confirmações régias.

E coisa diversa não resulta dos autores que se seguiram, como Melo Freire, Borges Carneiro e Liz Teixeira, apesar de ainda admitirem a possibilidade da prática do instituto⁽⁵⁷⁾. Correia Teles vai mais longe e considera-o aboli do, por contrário à *Lei da Boa Razão* ⁽⁵⁸⁾, ao passo que Coelho da Rocha nem sequer lhe faz referência nas suas *Instituições* ⁽⁵⁹⁾.

Em face deste descrédito prático e teórico da adopção, era naturalíssimo que o Código Civil de 1867 a omitisse pura e simplesmente. Na época, as realidades pareciam corroborar as razões alegadas pelo Visconde de Seabra para justificar o facto ⁽⁶⁰⁾. Tanto mais que não se ignoraria que a reaparição do instituto no Código francês se ficou devendo, apenas, ao prestígio da antiguidade romana e à influência pessoal de Bonaparte ⁽⁶¹⁾. Nem tão-pouco enjtuisiasmava a forma como o comentário de Goyena fundamentou a sua inclusão no Código espanhol de 1851 ^(C2).

⁽⁵⁷⁾ (MELO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, ed. sec., Coninbricæ, 1828, II, tít. 5, § 20, ipág. 127, e tít. 6, § 9, págs. 139-140; BJORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, Lisboa, 1851, (LI, §§ 210 e 211, págs. 334-337; LIZ TEIXEIRA, *Curso de Direito Civil Portuguez*, 'Coimbra, 1845, I, págs. 292-294 e 331-334, e n, pág. 507.

⁽⁵⁸⁾ 'CORREIA TELES, |*Commentario crítico à Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769*, Lisboa, 1824, pág. 36, n.º 63 («Ais adopçõeis, e <arrogacões de filhos jalheiros, die que ainda ha verti gios nas Leis do iReino, por costume antigo não se usão mais. Cab. 2. p. Dec. 70»).

(59) i Sobre quanto escrevemos, consultar MERÉA, *B. F. D.*, ciit., XXXII, págs. 192-193, e BRAGA DA iCRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro* '(isep. de *Scientia Iuridica*, (IV), Braga, 1955, pág. 26.

⁽⁶⁰⁾ (Podem ver-se na sua *Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do Projecto de *Código Civil (Apostilla n.º 1)*, Coimbra, 1858, págs. 42 e segs.

⁽⁶¹⁾ MARC ANCEL, *ob. cit.* pág. 7, <e PLANIOL et (RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2.º éd., Paris, 1952, III, págs. 859 e segs.

⁽⁶²⁾ 'Oonitra a opinião da maioria dos membros da comlissão codificadora, que a supunham um instituto sem tradições na iEspanha, foi a adopção incluída, principalmente, em vi'rtude de um vogal ter 'adegado que na Andaluzia ainda tinha algum emprego i(ver GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, I, págs. 147-152, design* pág. 148, e também A. OTERO VARELA, *La Adopción*, cit., págs. 140 e 146)*

Entretanto, o abandono da adoção tornara possível que o verbo *perfilhar* e os derivados *perfilhamento* e *perfilhação* se desviassem do seu sentido próprio, passando a designar o reconhecimento de um filho ilegítimo, seguido ou não de 'confirmação régia. No Código de Seabra, como se sabe, a palavra *perfilhação* corresponde à *reconnaissance* do direito francês.

8. É altura de resumir o que narrei até aqui.

Com toda a probabilidade, a adoção foi desconhecida nos sistemas jurídicos dos primitivos povos peninsulares. E também não se vê que tenha sido praticada durante o domínio romano.

O Breviário de Alarico, em 506, representa a primeira fonte hispânica que alude ao instituto. Enquanto descreve a adoção romana, dá-nos a conhecer uma figura análoga de avoengo germânico: a *perfilatio*.

Segue-se, imediatamente, um longo período de silêncio, pois é apenas através dos documentos da prática jurídica da 'Reconquista que podemos reconstituir esta forma medieval da adoção peninsular. E apurámos que a *perfilatio* não foi utilizada com o escopo e os efeitos típicos de uma autêntica adoção, mas arnrets para fraudar determinados princípios jurídicos, sobretudo de direito sucessório.

Verificámos, depois, que, nos séculos XII e XIII, sob a égide do renascimento dos estudos romanísticos, esta perfilhação arcaica evoluciona no sentido da adoção justinianeia, *embora* continuasse a apresentar uma índole patrimonialística : o seu principal efeito consistia em atribuir, ao perfilhado, direitos hereditários. O ambiente da época não era, realmente, favorável a uma inteira aceitação do «filho fictício» à imagem romana.

A adoção, sob esta nova modalidade, foi utilizada no nosso país até ao século XVI, quiçá nunca obtendo um lugar de destaque. De qualquer modo, desde a segunda metade do século XVI, perdeu todo o seu alcance prático, para mais tarde desaparecer mesmo da exposição teórica dos autores. O Código de 1867 omitiu-a inteiramente.

Acresce, ainda, que jamais se produziram, entre nós, adoções de direito público, do género da que realiza a Revolução Francesa ao decidir que a filha de GLeppetier de Saint-Fargeau fosse «adoptée par la Nation». ;Ideia retomada no decreto de Napoleão que adoptou os filhos dos militares mortos em Austerlitz, e que se manifestou,

igualmente, mo instituto dos «pupilos dia Nação», difundido nalguns países após a primeira Grande Guerra <(63).

De tudo isto decorre, portanto, que só em certa medida se poderá pretender que a adopção seja um instituto tradicional do direito português — facto que, exactamente, não passou despercebido aos autores dois nossos dois moderno® projectos ¶legislativos. E dever-se-á acrescentar que não parece, também, que a adopção, na história do direito pátrio, tenha sido alguma vez encarada—com verdadeira amplitude — de um ponto de vista análogo ao que a domina em nossos dias: qual seja, o de dar fitlhos a quem a natureza os nega; e, muito principalmente, proporcionar o amparo de uma família às crianças que já não a têm (órfãos) ou mesmo nunca a tiveram (filhos de pai® desconhecidos), ou que, embora tendo-a, não encontrem entre os seus parentes um meio adequado. Revelando que estas não eram, outrora, aspirações generalizadas, afiguram-se-me elucidativos os termo® em que nas cortes de Lisboa de 1439 — como recordei acima — se proíbe aos padraustos o perf ilhamemto dos seu® enteados : «E outrosy manda o dito Senhor que os padraustos dos orfaons não tornem enteados por filhos, nem os tenham por soldada, nem de graça ma® que os dem por soldadas ou a* offi-cios» (64).

'Se fosse preciso que terminássemos por uma conclusão, seria, pois, a de que a história jurídica não desanima um retomo à adopção: os desaires que ela sofreu em nada comprometem o seu futuro, uma vez que se ilhe abrem perspectivas e configurações novas. Restará ao legislador português, desembaraçado de prejuízos históricos, consultar o sociólogo e o moralista do nosso tempo, observando ainda a experiência moderna dos outros países.

MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA

(63) (MARC ANCEL, *ob. cit.*, ipág. 4.

<64) *Liv. VI da Coieção de Cortes*, da biblioteca de (GAMA BARROS, pags. 291v.º-292, referido ¶por MEREIA, B. F. «D., cit., XXXII, pag. 190* nota 4.