

INSTITUTO DA CONFERÊNCIA

A) LISBOA

O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Pelo DR. ROCHA SOUTO

- Ex.^{mo} Sr. Presidente ;
- Il.^{mos} Membros do Instituto da Conferência ;
- Senhoras e Senhores :

I

JUSTIFICAÇÃO DESTA COMUNICAÇÃO

Na exposição, que vou fazer perante V. Ex.^{as}, tratarei do instituto da adopção, e verei — veremos todos nós — *se ela deverá*, e, caso afirmativo, *em que termos*, ser admitida, numa reforma do Código Civil Português.

Justificam esta comunicação *duas razões fundamentais* :

Em primeiro lugar — a de que o instituto, não obstante não ter consagração no nosso Direito positivo actual (1), nem por isso deixa

(1) O Sr. Prof. Dr. *Guilherme Moreira*, embora reconhecendo («Instituições do Direito Civil Português», vol., I, 1907, pág. 186) que «o nosso legislador não admitiu a constituição da família legítima pela adopção», ensinava que «ainda existe, porém, a adopção, nas nossas províncias ultramarinas», afirmação que registo, mas da qual não encontrei eco ou fundamento, nem no Sr. Prof. Dr. José Tavares («Os princípios Fundamentais do Direito Civil», vol. I, 1922, pág. 718) nem em qualquer das outras obras portuguesas consultadas e referidas em notas a este trabalho.

de merecer a atenção científica do jurista, já que este não pode — nem deve — limitar-se à unilateralidade do Direito constituído, e esquecer o estudo das regras que deviam vigorar.

Segunda razão — é a de que a adopção será possivelmente regulada no novo Código Civil, no projecto do qual o *Sr. Prof. Dr. Pires de Lima* pensa integrar, segundo afirmou, o seu projecto sobre «**FILIAÇÃO, PODER PATERNAL, TUTELA DE MENORES, EMANCIPAÇÃO E MAIORIDADE**», em que a filiação adoptiva é admitida e amplamente regulada (2), o que torna interessantes e oportunas algumas notas — ainda que muito gerais, como não poderiam deixar de ser — sobre o instituto da adopção.

II

FINS DA ADOPÇÃO ATRAVÉS DOS TEMPOS

A adopção é uma figura *bem antiga*, já conhecida e usada na *antiguidade oriental*, por exemplo na *Índia*, onde se chamava «nyoga», e entre os *hebreus*, onde era denominada «levirato».

Na *antiguidade clássica*, foi acolhida na *Grécia*, e entre os *romanos*.

Na *idade média*, entre os *bárbaros*, e entre os *muçulmanos*.

E se com o apogeu do direito canónico, que, segundo *Curt Reichert*, a combateria; ou sob o feudalismo, que, segundo a *Dr.^a Marcelle Bach*, se lhe oporia também, para evitar o parcelamento das terras (2^a) — veio a perder a sua força, readquiriu na *idade contem-*

(2) Vide «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», ano de 1944, págs. 523 e sgs., e 550 e sgs.

(2^a) Veja-se a conferência «L'adoption», proferida pela *Dr.^a Marcelle Kraemer Bach*, e publicada na «Revista da Ordem dos Advogados», ano 8.^o, n.^o 1 e 2 (1.^o e 2.^o trimestres de 1948), pág. 93.

Relativamente à regulamentação do instituto da adopção no Direito francês cumpre, porém, notar que o referido trabalho se encontrava desactualizado, como se vê, até, pela nota do fim da pág. 116 do mencionado volume, pelo que tive o cuidado de confrontá-lo com *Planiol e Ripert*, edição de 1946.

porânea novas energias, sob os princípios vivificadores da Revolução Francesa (3).

As ideias fundamentais orientadoras das sociedades humanas têm-se reflectido — sempre — nos princípios reguladores da família, como célula fundamental que é na estrutura das mesmas sociedades, e a adopção — criadora, pelo menos (4), de relações tão semelhantes às da filiação legítima, que entre os gregos era acompanhada de um simulacro de parto, e entre os muçulmanos de um abraço ao adoptando em estado de nudez — não fez excepção a esta regra, e os seus fins variaram profundamente, consoante as directrizes e características das sociedades em que foi acolhida (5).

A título de curioso exemplo, e para confirmar esta asserção, tratarei, muito sucintamente, das funções sociais do instituto

- na Índia ;
- entre os romanos ;
- entre os bárbaros ;
- e nos estados civilizados, a partir da Revolução Francesa.

a) *Na sociedade indiana teocrática*, em que os brâmanes ou sacerdotes dominavam (6), a adopção tinha, como é natural, um fim nítidamente religioso, estabelecendo as «LEIS DE MANÚ» — código

(3) A adopção foi efectivamente restabelecida em França por uma lei de 18 de Janeiro de 1792, que todavia não determinou a sua forma e efeitos. Este silêncio foi suprido pelo Código civil francês, Livro I, título VIII (vide *Liz Teixeira*, «Curso de Dir. Civ. Port.», 1848, Vol. I, pág. 293).

(4) Digo «pelo menos», porque no Direito romano, como adiante se verá, a adopção podia criar laços, não apenas de pai para filho, mas também de avô para neto (vide *Curt Reichert*, «A Adopção», S. Paulo, 1934, pág. 11).

(5) Forneceram os dados históricos em que baseei estas minhas conclusões, principalmente, *Curt Egon Reichert* («A Adopção», S. Paulo, 1934, pág. 13 e segs.) e *Liz Teixeira* («Curso de Direito Civil Português», 1848, Vol. I, págs. 292 e segs.).

(6) As leis de Manú diziam mesmo : «que o rei não ouse matar um brâmane, embora ele tenha cometido todos os crimes possíveis... que se livre o rei de irritar os brâmanes, tomando-lhes os bens, porque eles o destruiriam imediatamente, por suas imprecações e sacrificios mágicos» («Apontamentos de História Universal», do *Rev. Padre José Alves Mattoso*, Vol. I, 1892, págs. 71-72).

onde se encontra a organização religiosa e social do período bramânico, e que teria sido elaborado por MANÚ, o primeiro homem (7) — que, aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adoptar um, para que as cerimónias fúnebres não cessem (8).

b) Na sociedade romana, pelo menos enquanto a família se manteve um agregado fortemente unitário, em que se prestava culto à memória dos antepassados, a adopção visou, como é compreensível, conseguir a continuidade do culto dos «MANES», estando regulada na LEI DAS XII TABUAS.

(Entre parêntesis, é curioso notar a existência, no Direito romano, da adopção de *filho*, ou de *neto*, ficando o adoptado, neste último caso, quer na posição de filho de um filho em concreto — cujo consentimento era necessário —, quer apenas como neto, sem especificação de pai adoptivo.

Há que distinguir, também, a *adopção propriamente dita*, referente aos «ALIENI JURIS», isto é, aos membros de uma família em que já se encontravam sujeitos a uma «potestas», e que era feita perante o pretor, da chamada «*adrogatio*», referente aos «sui juris» — que passavam a «alieni juris» — e feita primeiramente perante a assembleia do povo, e mais tarde por rescrito imperial, em Roma, ou do governador da província respectiva, quando realizada fora de Roma).

Voltando, todavia, aos fins do instituto, temos portanto que também na sociedade romana a adopção tinha fins nitidamente religiosos, quais eram os de conseguir a continuidade do culto dos «manes».

c) Surgiram depois os povos bárbaros, de índole essencialmente guerreira, entre os quais a adopção realizava, como é de prever, o fim de conseguir que — guerreiros que não tivessem filhos pela natureza conseguissem, não obstante, continuadores dignos de seus feitos bélicos (9).

(7) Vide «Apontamentos» citados, pág. 70.

(8) Curt Reichert, ob. cit., pág. 11.

(9) Liz Teixeira (ob. e vol. cit., pág. 293) refere-se expressamente a dois povos germânicos: os Ostrogodos e os Hérulos, notando: «entre os *germanos* a adopção fez-se pela tradição das armas; o mesmo se praticou entre os *ostrogodos*; e Montesquieu nos refere que *Teodorico*, para adoptar o rei dos *Hérulos*, lhe escreveu dizendo «que, observando o costume das nações, e porque ele era um homem, o adoptava por meio do escudo, espada e cavalos, que lhe mandava».

d) *Depois da Revolução Francesa*, porém, as concepções mudaram.

A dignidade da pessoa humana passa agora a constituir o objecto de todas as teorias — embora não de todas as práticas — e a adopção visa já uma dupla função de natureza humanitária :

- 1 — Permitir, por um lado, que aqueles que não têm filhos possam dedicar os seus carinhos a alguém que os estime como pais ;
- 2 — e conseguir, por outro lado e muito principalmente, o bem estar e a educação daqueles que não têm ou não conhecem os pais, ou cujos progenitores não podem, por seus mingua-dos recursos, educar satisfatòriamente (10).

Orientada por estes fins, é a figura da adopção admitida actual-mente na generalidade dos países cultos, sendo repudiada, apenas, pela :

- 1) Argentina ;
- 2) Chile ;
- 3) México ;
- 4) Haiti ;
- 5) Rússia Soviética, ao que parece (10^a) ;
- 6) Holanda ; e
- 7) Portugal (11).

No nosso país, a adopção foi legalmente abolida com a publicação do Código Civil.

(10) Vide, por ex., *Curt Reichert*, ob. cit., págs. 7, 21, etc.

(10^a) A Sr.^a Dr.^a D. Elina Guimarães, num seu trabalho sobre «A Adopção», publicado na «Revista da Ordem dos Advogados», ano 7.^o, n.^o 3 e 4 (3.^o e 4.^o trimestres de 1947), explica, a págs. 324, que a adopção foi suprimida na Rússia Soviética pelo Código Civil de 1922, mas novamente instituída, em 1926 ; ao passo que Kurt Egon Reichert, no seu citado volume sobre o mesmo assunto, publicado no Brasil já em 1934, afirma, a págs. 9, que a adopção não existe na Rússia. Daí a minha dúvida sobre se o instituto é ou não regulado actualmente naquele país, tanto mais que me não foi possível consultar directamente a respectiva legislação.

(11) *Curt Reichert*, ob. cit., pág. 9.

Regulada ainda pelas ORDENAÇÕES FILIPINAS, com as espécies de adopção e adrogação admitidas no direito romano, — respectivamente para menores, e para maiores — caíra pouco a pouco em desuso, como notava *Melo Freire*, aquele grande jurista e realizador das reformas jurídicas do Marquês de Pombal (12).

Coelho da Rocha, se bem que já a esta figura se não refira especialmente, conta-nos, de modo accidental, a razão de tal desuso (13) :

É que certos cargos públicos e outras honrarias só podiam transmitir-se aos filhos naturais, quer legítimos, quer perfilhados.

E perfilhados podiam sê-lo — ainda em 1857 — até os próprios espúrios, que *Coelho da Rocha* define, noutro lugar, com a pitoresca expressão de «filhos de coito danado» (14).

Foi assim que succedeu ter sido a adopção substituída, pouco a pouco — pelo menos quanto aos não perfilhados — por perfilhações simuladas.

Aliás, ainda em 2 de Dezembro de 1869, depois do Código Civil ter acabado com a adopção, foi publicado um REGULAMENTO SOBRE O IMPOSTO DE SELO SOBRE OS ALVARÁS DE ADOPÇÃO E LEGITIMIDADE, o que seria, como nota *Dias Ferreira*, tempo mal empregado e perdido pelo legislador.

Esta, em linhas gerais, a história da adopção através dos tempos, e designadamente em Portugal.

(12) *Liz Teixeira* pretende aliás que o referido desuso não era tal que não houvesse exemplos de adopção e de adrogação no Direito português (ob. e vol. cita., pág. 293).

(13) Diz *Coelho da Rocha* («Instituições do Direito Civ. Port.», 4.^a ed., 1857, vol. I, pág. 204) que «... a perfilhação tinha por fim principal a habilitação para os empregos e para a sucessão do perfilhante. Foi esta prática que pôs em desuso a adopção».

(14) *Coelho da Rocha* (ob. e vol. cita., pág. 203) refere : «A perfilhação é o acto pelo qual um pai ou mãe voluntariamente reconhecem seus filhos ilegítimos... Podem ser perfilhados não só os naturais, mas também todos os espúrios...».

E a págs. 232 explica : «os filhos espúrios, ou de coito danado...».

III

PROBLEMA DA ADMISSIBILIDADE DO INSTITUTO
NUMA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Considerados os fins da adopção, e verificada, pela referência às várias ordens jurídicas positivas, a sua admissão por umas, e o seu repúdio por outras, cumpre-me colocar e resolver o problema da sua admissibilidade no Direito contemporâneo, especialmente em Portugal, com a futura e tão prometida reforma do Código Civil Português.

Várias têm sido as objecções, e vários os defensores do instituto, tanto lá fora, como em Portugal.

Começando pelas *objecções levantadas no estrangeiro*, Curt Reichert indica-nos, do Brasil, um bom número delas, que depois refuta (15).

Em síntese, visam demonstrar que a adopção é:

- a) obsoleta ;
 - b) inútil ; e até
 - c) prejudicial por vezes.
- a) *Obsoleta* — por já não haver que utilizá-la na perpetuação do culto doméstico, crendice vã de outras eras, e de outros usos ;
- b) *inútil* — em primeiro lugar, por ser *rara* a sua aplicação, nos países em que é permitida ;
- em segundo lugar, porque pode *ser substituído vantajosamente* pela perfilhação ;
 - em terceiro lugar, *porque o seu uso não é compensador* das restrições e condições que sofre ;
- c) *finalmente, prejudicial* — porque *favorece o celibato, diminuindo assim a natalidade* ; e
- porque pode servir para *sofismar leis*, por exemplo as que proíbem aos filhos *espúrios* a entrada no seio da família.

(15) Curt Reichert, ob. cit., págs. 5 e segs.

Contra estas objecções pode todavia notar-se que a adopção não é *obsoleta*, nem *inútil*, nem *prejudicial*...

a) Não é *obsoleta* dado que só por confusão se podem identificar os seus *fins actuais* com os fins que a inspiravam no antigo Direito romano.

b) *Também não é inútil* :

— *em primeiro lugar*, porque a rara verificação dos casos concretos *não justifica* a ausência de uma regulamentação genérica por parte do legislador.

Não queiramos ter a pretensa ingenuidade de Sólon, que não legislou contra o parricídio e o sacrilégio, por se dizer convencido de que coisas tão horríveis se não dariam certamente na Grécia (16).

— Por outro lado, e *em segundo lugar*, também a *perfilhação não deve substituir* o instituto da adopção. *Perfilhação e adopção* são duas figuras distintas, tanto pela natureza, como pelos efeitos.

Assim, nos países que admitem estes dois institutos, eles apresentam os seguintes traços diferenciais (17):

a) a *perfilhação*, que tende a reconhecer como filho quem o era já biològicamente, tem efeitos *retroactivos*;

— a *adopção*, pelo contrário, vem criar um parentesco de base meramente legal, e por isso válido, apenas, *para o futuro*;

b) o *reconhecimento de filiação*, de que a *perfilhação* é modalidade, representa o *cumprimento de um dever*, a que se pode ser *constrangido* judicialmente, por meio de acção de investigação de paternidade ou maternidade ilegítima (entre nós,

(16) Vide *Padre José Alves Mattoso*, ob. e vol. cit., pág. 84.

(17) Ver, por ex., *Curt Reichert*, ob. cit., pág. 44.

art.º 34.º e segs. da LEI DE PROTECÇÃO DOS FILHOS, de 25 de Dezembro de 1910);

— a *adopção*, pelo contrário, é objectivamente um acto de *beneficência e protecção*, a cuja realização não pode ser constrangido o adoptante;

c) a *perfilhação* é irrevogável, porque reconhece uma situação imutável;

— a *adopção* é dissolúvel, por exemplo, por ingratidão do adoptado, já que se não baseia em situações e em factos inapagáveis;

d) a *perfilhação* pode referir-se a pessoas já *falecidas*;

— com a *adopção*, cujas funções conhecemos, tal se não pode, evidentemente, dar, por ser impossível *educar e proteger um morto...*

e) além disto, a *adopção* pode incidir sobre um indivíduo já *perfilhado* por outrem; ao passo que se não pode admitir o cumulativo *reconhecimento* de um filho, por dois pais, ou por duas mães.

Admitindo mesmo, portanto, que a *perfilhação* pudesse substituir a *adopção*, só serviria ela, ainda assim, nos casos em que *perfilhação* não existisse já, por pessoa do mesmo sexo.

Em terceiro lugar, quanto a ser a *adopção inútil*, ainda, por não compensar as condições e restrições que sofre na sua aplicação, eu concordo na verdade que o seu uso deva ser facilitado, mas apenas até onde o permita a garantia da realização dos seus fins.

c) Uma última objecção a refutar é a que consiste em dizer-se que a *adopção é prejudicial*, não só por *favorecer o celibato, diminuindo a natalidade*; mas também por tornar possível o *sofisma de leis*, designadamente das que proíbem a entrada dos espúrios no agregado familiar.

— Esta figura não pode, com efeito, *favorecer o celibato*, já que só é permitida, em regra, a pessoas casadas.

E, mesmo, quanto à excepcional adopção por pessoas solteiras, trata-se de casos de deficiência orgânica, idade avançada, e outros, em que não é provável, ou possível, a procriação.

— Quanto ao caso dos *espúrios*, também me não parece, em boa verdade, que proceda a doutrina exposta.

Diz-se, efectivamente, que a possível entrada dos espúrios na família — pela adopção ou por outro meio — é um *escândalo* e um *incitamento à imoralidade* (18).

Não creio, em primeiro lugar, na existência de *escândalo*, já que a condição dos espúrios é e fica, normalmente, desconhecida de terceiros.

Quanto a ser a adopção *um incitamento* a relações ilícitas e imorais, parece-me, também, injustificada uma tal pretensão:

Todos sabemos, por exemplo, que o posterior matrimónio legitima os filhos nascidos antes dele das pessoas que o contraem — art.º 2.º da LEI DE PROTECÇÃO DOS FILHOS —, e no entanto ninguém se lembrou ainda — que eu o saiba — de vir argumentar que isso favoreça o concubinato.

Talvez bastasse que os *filhos naturais* não pudessem, em tais casos, ser havidos juridicamente como filhos, para que houvesse sanção e refreio aos possíveis geradores de espúrios.

No entanto, o que é certo é que, em países como o nosso, onde a perfilhação dos incestuosos se pratica com a maior comodidade, não me parece de recear que o instituto da adopção venha a ser fonte de imoralidade.

Na verdade, dado que, no reconhecimento feito apenas por um dos progenitores, este não podia, nos termos do art.º 124.º do Código Civil; nem pode ainda hoje, nos termos do art.º 27.º da Lei de Protecção dos Filhos, revelar o nome do outro progenitor — temos que os filhos espúrios podem afinal ser perfilhados — como bem notava *Dias Ferreira* (19) — só pelo pai, ou só pela mãe.

(18) Sobre isto e sua refutação, veja-se *Curt Reichert*, ob. cit., págs. 48 e 49.

(19) *Dias Ferreira*, depois de observar o que expusemos, justificava: «Porém, o Código proíbe a perfilhação dos filhos *incestuosos* e *adulterinos* unicamente para evitar o escândalo do reconhecimento público de tão repugnante *cohabitação*» (vide «Cód. Civ. Port. anotado», vol. I, pág. 165 da 1.ª e 104 da 2.ª edição).

Não vejo, pois, o inconveniente duma eventual *adopção* dos espúrios por parte do pai ou mãe natural — só possível, aliás, na falta de filhos, legítimos ou ilegítimos, cuja falta o instituto visa precisamente preencher.

[Observarei entre parêntesis que o *Sr. Prof. Dr. Pires de Lima* não se refere expressamente, no seu relatório e projecto, à possibilidade de adopção de espúrios pelo pai ou mãe natural, guardando silêncio como faz a lei brasileira (20).

Temo, porém, que o problema dos incestuosos venha a suscitar *discussões*, já que controverso à face da doutrina e das leis.

Com efeito, no Código Civil italiano, por exemplo, — pelo menos anteriormente a 1940 — era proibida aos progenitores a adopção dos filhos nascidos fora do matrimónio, isto é, dos *ilegítimos em geral*, para fomentar, segundo penso, o reconhecimento dos perfilháveis.

Ao contrário, no Direito francês e alemão, os espúrios podiam e podem ser livremente adoptados (21)].

Quanto a *outros sofismas à lei e aos fins do instituto*, poderão impedir-se pela exigência de *homologação judicial*, como requisito de eficácia da adopção.

A intervenção judicial foi na verdade exigida pelo Direito romano — como vimos — e é-o ainda hoje pela generalidade dos países que admitem a adopção, tais como Espanha, França, Suíça, Alemanha, Colômbia, e outros (22); e mesmo no Brasil, em que tal intervenção não é exigida, a sua falta é criticada com energia (23).

Creio, portanto, e julgo tê-lo demonstrado, que não procedem, em boa verdade, os argumentos invocados lá fora contra o instituto da adopção.

Entre nós, Dias Ferreira levantou, perante esta figura, duas dificuldades:

— Que só deve ser considerado filho quem o é pela natureza; e

(20) *Curt Reichert*, ob. cit., págs. 41 e segs.

(21) *Curt Reichert*, ob. cit., pág. 51.

(22) (23) *Curt Reichert*, ob. cit., págs. 27 e segs., e 88 e segs.

— Que, quando se quer, há sempre modos de favorecer, sem ser pela adopção (24).

Direi, em primeiro lugar, e salvo o devido respeito, que a adopção não cria, de modo algum, uma situação *igual* à de filho natural legítimo ou perfilhado, e que são os seus fins humanitários que justificam a criação da filiação fictícia.

Por outro lado, se o adoptante não pudesse favorecer *directamente* o adoptado, usando do poder paternal, a sua influência seria desvirtuada, ou mesmo neutralizada, pela imoralidade, pelos caprichos, ou pela necessidade dos pais do protegido, sem que, além disso, o protector pudesse ter a recompensa moral de grangear a afeição do pupilo.

Tudo isto me convence, portanto, da vantajosa admissibilidade do instituto da adopção numa reforma do Código Civil — mas apenas nos precisos termos em que este realize plenamente os seus fins.

Quais sejam esses termos é o que vamos analisar em seguida, muito sucintamente, como logo de início prometi.

IV

TERMOS EM QUE A ADOPÇÃO DEVE SER PERMITIDA NUMA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Sendo a adopção, pròpriamente dita, um *acto jurídico*, atentaremos sucessivamente — segundo a técnica adoptada, por exemplo, pelo Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha, para os actos jurídicos em geral :

- a) *na natureza jurídica da adopção* ;
- b) *nos seus principais caracteres* ;

(24) *Dias Ferreira* (ob. e vol. cit., 1.^a ed., pág. 165), diz, com efeito, que « não há razão para que a lei substitua uma paternidade fictícia à paternidade natural, reconhecendo como filho legal o que o não é pela natureza.

O adoptante tem muitos meios de manifestar ao adoptado o seu amor, a sua gratidão, estima ou simpatia, sem ser pela adopção ».

- c) *nalguns aspectos da sua estrutura*; e
- d) *no seu conteúdo*, deixando, para maior brevidade, e por não oferecer particularidades essenciais, o estudo do *valor jurídico do acto*.

a) — **Natureza jurídica da adopção**

A adopção, como acto de beneficência entre vivos que é, depende, por força, do acordo das vontades das partes, pelo que tem *natureza contratual* (25).

É um *contrato*, realizado entre o adoptante e o adoptando, representado legalmente, ou pelo menos assistido (depois dos 14 anos, em que tem capacidade concreta, nomeadamente, para testar, e em que já pode, do mesmo modo, compreender as consequências da adopção) por ambos os pais, ou pelo tutor com o consentimento do conselho de família, ou de qualquer outro órgão que possa vir a substituí-lo.

A exigência de representação por *ambos os pais* justifica-se porquanto «seria inadmissível» — como diz *Planiol* — «que o consentimento de um só bastasse para fazer perder, ao outro, os seus direitos sobre o filho» (26).

É também o que se estabelece no projecto do *Sr. Prof. Dr. Pires de Lima* — art.^{os} 71.^o, 104.^o, e 242.^o, n.^o 4.

No Direito romano — é curioso notá-lo — a adopção podia ser estabelecida, não só por *contrato*, mas ainda por *testamento* do titular do pátrio poder (27), dependente de confirmação, que era dada ou negada pela assembleia do povo.

A adopção *testamentária* foi também permitida pelo Código francês, que a autorizava por morte do tutor.

Não era, porém, praticada, e foi suprimida por uma das Reformas do Código Civil francês, levada a cabo pela Lei de 19 de Junho de 1923 (28).

(25) *Curt Reichert*, ob. cit., pág. 20.

(26) «*Traité Elementaire de Droit Civil*» de *Marcel Planiol* «*revisé et complété par Georges Ripert*», 3.^a ed., Paris, 1946, Tomo I, pág. 555.

(27) *Curt Reichert*, ob. cit., pág. 13.

(28) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cit., pág. 551.

b) — Principais caracteres da adopção

Quanto aos principais caracteres da adopção, são eles :

1.º — *A contratualidade* — porque deve ser, como vimos, um contrato ;

2.º — *A revogabilidade condicionada*.

É que a própria natureza do acto impõe, na verdade, a possibilidade da sua revogação, já que se não baseia em situações de facto imutáveis.

Porém, para que as relações entre adoptante e adoptado sejam tanto quanto possível semelhantes às de pai para filho, não deve admitir-se que a revogação se possa dar arbitrariamente, por iniciativa de um, ou mesmo de ambos como acontece no Direito brasileiro (29).

— A revogação deve ser permitida apenas quando haja motivos graves, tais como *ingratidão do adoptado*, ou *má conduta do adoptante*.

— A *superveniência de filhos*, legítimos ou ilegítimos, não deve — segundo penso — afectar a subsistência da adopção, já que se me afigura injusto acabar, só por esse facto, com o bem estar, com a educação, e com as afeições do adoptado (30).

Não o entende todavia o Sr. Prof. Dr. Pires de Lima, no seu projecto, — art.º 90.º, n.º 3.º — em que estabelece que a revogação da adopção pode ser declarada a pedido dos adoptantes por superveniência de filhos legítimos.

Contra a injustiça de uma tal disposição se levantou aliás também — e entendo que com razão — a voz da Sr.ª Dr.ª D. Elina Guimarães, num seu trabalho sobre a adopção e o projecto do Sr. Prof. Dr. Pires de Lima, publicado na

(29) Curt Reichert, ob. cit., pág. 30.

(30) Nos Direitos colombiano e peruano, a superveniência de filhos legítimos do adoptante é causa de rescisão da adopção ; nos Direitos brasileiro e francês, porém, tal superveniência não afecta, e com justiça, a subsistência da adopção. (Vide Curt Reichert, ob. cit., pág. 3 ; e Planiol e Ripert, ob. e tomo cit., pág. 553).

«Revista da Ordem dos Advogados», ano VII, n.ºs 3 e 4 (30ª).

- 3.º — *A adopção é em terceiro lugar um acto solene ou formal*, no sentido de que a vontade dos contraentes deve ser manifestada de certa maneira determinada na lei, que obrigue as partes a pensar no que vão fazer. No Direito brasileiro é exigida a *escritura pública* (31). Como todavia a realização do contrato de adopção deve ser fiscalizada, em cada caso, pela homologação judicial, — com que se verifica se as pessoas são concretamente idóneas para garantir a realização dos seus fins — o que não acontece no Brasil, — reputo na verdade mais proveitoso e simples que o consentimento deva ser *oral*, e dado *na presença do juiz*.

Esta a forma de manifestação da vontade que foi adoptada — e entendo que bem — no projecto do *Sr. Prof. Dr. Pires de Lima*, art.º 96.º.

- 4.º — *Uma outra característica da adopção deve ser a da publicidade*.

Para que possa ser conhecida por terceiros, a quem interesse saber qual o representante do menor, deve a adopção ter organizado um sistema de publicidade eficiente, e não apenas o do averbamento officioso nos livros de registo dos nascimentos do adoptante e do adoptado, já que o poder paternal e, portanto, a administração dos bens do menor, se transferem para o adoptante, como meio de realisar o fim da educação do adoptado.

Parecem-me, por consequência, incompletos, neste ponto, os art.ºs 94.º e 95.º do referido projecto, que deveriam estabelecer a publicação de anúncios da homologação judicial.

- 5.º — *Um quinto carácter da adopção é o da pessoalidade*, isto é, o da impossibilidade de representação voluntária, excluída, como é sabido, do campo do Direito da família; e

(30ª) Veja-se vol. cit., pág. 333.

(31) *Curt Reichert*, ob. cit., pág. 27 e pág. 28.

6.º — *Em sexto lugar, temos a uniformidade de conteúdo* — para evitar a arbitrária estipulação das partes, porventura desvirtuadora das funções sociais do instituto.

Estes, em linhas gerais, os principais caracteres da adopção.

c) — **Alguns aspectos da estrutura do acto**

Passando à observação de *alguns aspectos da estrutura do acto*, cuidarei, em primeiro lugar, dos chamados *requisitos extrínsecos*.

1 — REQUISITOS EXTRÍNSECOS, temos :

- a) *Formalidades preparatórias ou prévias* — constituídas pelo *pedido de adopção*, e pela *apresentação*, ao tribunal de menores, dos documentos comprovativos da verificação das condições necessárias ao acto — art.º 95.º do projecto ;
- b) *Formalidades constitutivas da forma* — *que são* : o *consentimento oral* perante o juiz, dependente do requisito de eficácia da posterior decisão do tribunal (art.º 96.º do projecto);
- c) *E formalidades complementares ou subsequentes* — *que são* : a *homologação judicial*, e *as de publicidade*, constituídas pelo *averbamento officioso* da adopção nos registos de nascimento do adoptante e do adoptado, e pela *publicação dos anúncios da homologação judicial*, tal como se faz no Direito francês, em que o averbamento deve ser, todavia, *requerido por uma das partes* (32).

2 — REQUISITOS INTRÍNSECOS — temos : os *comuns* a todos os actos jurídicos, e os *especiais* da adopção.

- a) *Dos comuns* — tratarei apenas da *capacidade* e da *vontade*, deixando, os restantes, ou seja : a possibilidade de objecto ; a necessidade de um conteúdo ; a conformidade legal deste ; e a causa, por não oferecerem, nesta matéria, particularidades de assinalar.

(32) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cit., pág. 558.

I — *Quanto à capacidade para a adopção* — examinaremos primeiro a do adoptante, e depois a do adoptando.

1.º — *A capacidade do adoptante deve depender de :*

1 — *Em regra ser casado*, isto para que o instituto não favoreça o celibato, como já tive ocasião de fazer notar.

— No caso excepcional de o adoptante ser *solteiro* e de se não fazer a prova da impossibilidade concreta de gerar filhos, exige-se, por exemplo no direito francês, *que o adoptante solteiro tenha idade suficiente para ser de presumir que não venha a ter filhos*.

Esta idade, fixada inicialmente em 50 anos completos, é hoje de 40 anos, conforme se vê pelos art.ºs 344.º e 368.º do Código Civil francês (33).

Foi esta, também, a solução adoptada pelo Sr. Prof. Dr. Pires de Lima, no art.º 69.º, § 2.º, do respectivo projecto.

2 — *A capacidade do adoptante deve depender, em segundo lugar, de ter o consentimento do outro cônjuge*, não só para evitar discórdias no seio da família, mas ainda porque os efeitos da adopção atingem, em certa medida, como nota desenvolvidamente *Planiol*, os direitos do referido cônjuge (34).

— Não concordo portanto, e salvo o devido respeito, com a sistemática *necessidade de adopção por ambos os cônjuges*, exigida pelo Sr. Prof. Dr. Pires de Lima — art.º 69.º do projecto — que bem me pareceria, se apenas facultativa.

3 — *Terceira condição para a capacidade do adoptante*, é a de, em regra, *ser casado há tempo sufi-*

(33) Vide *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., pág. 553.

(34) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., págs. 553 e 554.

ciente para ser de presumir que não venham a existir filhos.

— O Sr. Prof. Dr. Pires de Lima estabelece no seu projecto a regra de 10 anos — não sei se com base no estudo das nossas estatísticas, se por influência do Direito francês, em que a adopção é excepcionalmente permitida para aquém dos 40 anos de idade, quando pedida conjuntamente por cônjuges não separados de pessoas e bens, desde que um deles tenha mais de 35 anos, e estejam casados há mais de 10, sem nunca ter havido filhos (35) — abrindo o Sr. Prof. Dr. Pires de Lima no dito projecto, claro está, excepção para os casos de prova da impossibilidade de ter filhos.

4 — *Quarta condição da capacidade do adoptante é não haver filhos legítimos, ou ilegítimos reconhecidos, nem outros descendentes, uma vez que a adopção visa suprir a sua falta, e que a concorrência de legítimos ou ilegítimos reconhecidos, com adoptivos supervenientes, poderia ser, socialmente, fonte de discórdias e de vexames. (Veja-se o projecto, proémio do art.º 69.º).*

Divirjo, portanto, e para protecção da família natural, da doutrina estabelecida pela lei francesa, segundo a qual a existência de filhos *ilegítimos*, mesmo *reconhecidos*, não impede o respectivo pai de adoptar uma pessoa estranha (36).

— Quanto à *existência de filhos adoptivos* — e atendendo ao carácter beneficente do acto, e à origem igualmente humilde dos adoptados, — concordo com o Direito francês, e desvio-me da doutrina do art.º 70.º do projecto, reputando justa a solução da possibilidade de várias adopções, simultâneas ou sucessivas (37).

(35) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., pág. 553.

(36) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., pág. 553.

(37) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., pág. 553.

5 — *Quinta condição para a capacidade do adoptante é a de ter idade necessária para que possa infundir respeito paternal ao adoptando.*

No direito romano exigia-se que o adoptante tivesse, pelo menos, mais 18 anos que o adoptando, exigência que se mantém ainda hoje na generalidade dos países (38).

Entendia-se, na verdade, que era essa a diferença mínima normal, entre idades de pai e filho.

Nos Direitos francês e espanhol, esta diferença é menor, e fixada em 15 anos apenas (39).

6 — *Sexta e penúltima condição da capacidade do adoptante é ter posição económica mais desafogada e ser a adopção favorável ao adoptando, isto de acordo com os fins do instituto, e com o que se dispõe, designadamente, nos Códigos espanhol, e italiano de antes de 1940 (40), e no projecto do Sr. Prof. Dr. Pires de Lima, art.º 70.º, n.ºs 4.º e 5.º.*

— Nos Direitos francês e suíço exige-se, ainda, a par do requisito de que a adopção deve ser favorável ao adoptando, mais o de que, para ela, se devem apresentar «*justos motivos*», ou seja, os de que se pretendem realizar as funções sociais do instituto (41).

Dar-se-ia assim ao tribunal — diz-se — o poder de apreciar todas as circunstâncias da adopção, e de evitar, designadamente, que alguém adoptasse outrem apenas com o fim, por exemplo, de «escapar ao pagamento dos direitos de sucessão entre não parentes» (42).

Entendo, todavia, desnecessária uma tal disposição, por ser evidente que a *simulação contra-*

(38) *Curt Reichert*, ob. cit., pág. 34.

(39) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., pág. 553.

(40) *Curt Reichert*, ob. cit., págs. 88 e 89.

(41), (42) e (43) *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., pág. 554.

tual entra no poder de apreciação do juiz que vai proceder à homologação.

7 — *Por último, o adoptante deve ter uma boa conduta anterior, que lhe dê a idoneidade necessária para a realização das funções do instituto, podendo ver-se, a este respeito, o referido projecto, art.º 70.º, n.º 4.*

— No Direito civil francês, tão cuidadoso na exigência de *justos motivos* para a adopção, nenhuma *condição de moralidade* é exigida, actualmente, do adoptante. O Código Civil exigia primitivamente que ele tivesse *boa reputação*, mas a reforma realizada pelo Decreto-lei de 29 de Julho de 1939 não se refere a uma tal condição.

Não obstante, entende-se ainda que o exame da reputação do adoptante entra, mesmo assim, no poder de apreciação do tribunal (43).

2.º — *Quanto à capacidade do adoptando, reputo necessário :*

1 — *Em primeiro lugar, e de certo modo contrariamente ao que se entende no Direito francês, que este não seja filho legítimo ou ilegítimo, nem descendente do adoptante, uma vez que a adopção visa substituir a falta dos filhos, e que aos avós incumbe geralmente, na falta dos pais, a tutela dos descendentes — Código Civil, art.º 200.º (44).*

Reconhecido o adoptado como filho pelo adoptante, deve cessar a filiação fictícia adoptiva, e desenvolver-se plenamente a filiação natural — ilegítima ou até legítima — do ex-adoptado.

2 — *Em segundo lugar, é preciso que o adoptando não seja maior nem emancipado, casos em que o pro-*

(44) Diversa é a solução do Direito francês, com base em que o Código determina as condições da adopção mas nada diz acerca da impossibilidade de um filho ser adoptado depois de ter sido reconhecido. Vide *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cit., pág. 556.

factor, liberto agora o protegido do poder paternal e esclarecido o seu entendimento, teria muitas formas de lhe fazer bem e de grangear a sua estíma, sem ser pelo instituto da adopção.

— No projecto do Sr. Dr. Pires de Lima, estabelece-se a regra de que o adoptando deve ter *menos de 14 anos de idade* na data em que a adopção for requerida (art.º 71.º, n.º 1), regra a que se concede uma única excepção, e, mesmo assim, para aquém dos 18 anos (art.º 71.º, § 1.º).

A minha opinião é, porém, e salvo o devido respeito, a que deixo exposta e fundamentada.

II — *Continuando no estudo dos requisitos intrínsecos comuns, atentaremos agora nalguns aspectos da vontade:*

— Uma vez que o conteúdo da adopção deve ser — como acidentalmente já vimos — uniforme, não deve admitir-se a estipulação de *cláusulas acessórias*, tais como o *termo* ou a *condição*.

É o que se estabelece, por exemplo, no Direito brasileiro, ao contrário do alemão, em que tais cláusulas são permitidas (45).

b) *Quanto aos requisitos intrínsecos especiais*, tratarei, em primeiro lugar, da *unidade de sexos*:

1 — Há certas ordens jurídicas positivas, como por exemplo, a da Colômbia (46), que exigem *unidade de sexos*, para evitar a imoralidade de a adopção ser o refúgio ou a capa de relações ilícitas e desonestas.

Defendendo, porém, a necessidade da homologação judicial como requisito de eficácia da adopção, e porque isso tornaria também impossível a adopção por casais,

(45) Curt Reichert, ob. cit., pág. 24.

(46) Curt Reichert, ob. cit., págs. 23 e 88.

entendo não ser de exigir o requisito da unidade de sexos.

- 2 — *Necessária se me afigura, sim, a diversidade de idades entre adoptante e adoptando, pelos motivos e nos termos já expostos.*
- 3 — *Aceito ainda, como segundo e último requisito intrínseco especial da adopção, a necessidade da prestação do consentimento consistir na mera aceitação do conteúdo legal do acto, sem estipulações acessórias.*

d) — **Conteúdo do acto**

E chegámos assim à última parte desta comunicação, em que tratarei do *conteúdo do acto*, ou regulamentação de interesses que este envolve, e que deve consistir no seguinte :

- 1.º — *Primeiro, transferência do poder paternal do representante do menor para o pai adoptivo, como meio para a realização plena do fim educacional do instituto (art.º 76.º do projecto);*
- 2.º — *Segundo, constituição de impedimentos matrimoniais entre adoptado, adoptante, seu cônjuge e filhos, de um modo geral nos termos do parentesco, mas que cessam, logicamente, com a dissolução da adopção;*
- 3.º — *Terceiro — direitos recíprocos de alimentos, enquanto durar a adopção, por ser a posição de adoptante para adoptado semelhante à de pai para filho (projecto, art.ºs 75.º, 76.º, e 93.º);*
- 4.º — *Quarto — efeitos de direito sucessório :*
 - a) Quanto ao adoptado na sucessão do adoptante;
 - b) Quanto ao adoptante na sucessão do adoptado; e
 - c) Finalmente, quanto aos pais naturais na sucessão do adoptado.

- a) *Quanto ao adoptado na sucessão do adoptante, o problema é discutido e melindroso, não obstante todos entenderem que*

o adoptado deverá ser tratado, *tanto quanto possível*, como filho legítimo do adoptante.

- Em França, por exemplo, o adoptado é equiparado, nesta matéria, aos filhos legítimos do adoptante (47).

Tal equiparação levar-nos-ia, porém, a tratá-lo mais favoravelmente que aos próprios ilegítimos reconhecidos, o que me parece chocante.

- Uma outra solução, é a que atribui ao adoptado a faculdade de suceder por morte ao adoptante, apenas na *falta de testamento e de herdeiros legítimos*, com base na ideia de que o filho adoptivo, como favorecido que já é, não deve herdar *contra vontade* do adoptante, nem *com preferência*, ou *em concurso* com os descendentes ou ascendentes deste.

Parecem-me estas, também, as ideias orientadoras do art.º 79.º do projecto.

- Creio, no entanto, que seria mais justa a solução de permitir o concurso de filhos adoptivos com filhos naturais, ou com ascendentes do adoptante, fazendo sair o quinhão dos adoptados, qualquer que ele fosse, da quota disponível da herança. Igual opinião vi defendida, também — depois de assim pensar — pela Sr.ª Dr.ª D. Elina de Guimarães, no seu citado trabalho sobre o projecto do Sr. Prof. Dr. Pires de Lima (48).

Igualado aos filhos na obrigação de alimentos, equiparado lhes ficaria também o adoptado, em certa medida, no campo da sucessão por morte.

- b) Quanto ao adoptante na sucessão do adoptado, inclino-me a aceitar que, na falta de descendentes e em concurso com os pais do adoptado, o adoptante deva herdar, da massa sucessória, os bens com que para ela haja contribuído — ou o seu valor — ou que ao adoptado tenham advindo por sucessão ou doação do cônjuge, se também adoptante.

Adiro portanto, embora reconhecendo a dificuldade de todos estes problemas, à doutrina do art.º 83.º do projecto.

(47) Vide *Planiol e Ripert*, ob. e tomo cits., pág. 561.

(48) «Revista» e volume cits., pág. 334.

c) *Finalmente, quanto aos pais naturais na sucessão do adoptado, aceito que estes devam conservar os respectivos direitos, apenas limiado pelos atribuídos ao adoptante — art.º 74.º e 83.º do projecto.*

5.º — *Quinto a último aspecto a considerar no conteúdo do acto, com o qual darei por findas as minhas considerações, e poderemos entrar na discussão desta matéria — é o dos efeitos relativos ao uso do nome do adoptante, — projecto art.º 79.º —, efeitos que no Direito alemão chegaram a ser causa de adopções simuladas — a fim de frustrar a proibição da venda dos títulos nobiliárquicos — e cuja justificação reside, precisamente, em ser a situação de adoptado mui semelhante, como deixei dito, à de filho natural do adoptante.*

Muito fica ainda por dizer sobre o instituto da adopção, e nem sequer pretendi, com a apresentação deste trabalho, mostrar descobertas numa tão melindrosa e ingrata matéria.

Bem ao contrário, interessada a *Ordem dos Advogados* na discussão da tão falada e prometida reforma do Código Civil, apenas desejo, com este contributo, fornecer uma pequena base ao *Instituto da Conferência*, que sirva para o estudo e debate desenvolvidos do problema da adopção na reforma do Código Civil, problema que submeto, a partir deste momento, à apreciação e discussão de V.ªs Ex.ªs.

ROCHA SOUTO