

ERNANI GUARITA CARTAXO

Fontes
Romanas da Legitimação
PER SUBSEQUENS MATRIMONIUM

TÉSE DE CONCURSO Á DOCEN-
CIA LIVRE DA CADEIRA
DE DIREITO ROMANO DA
FACULDADE DE DIREI-
TO DO PARANÁ. =====



1988
EMPRESA GRAFICA PARANAENSE
CURITIBA

DO MESMO AUTOR:

"PRIMEIRAS DECISÕES"

— Com Prefacio do Professor CAN-
DIDO DE OLIVEIRA FILHO.

Coletanea de Sentenças e Despa-
chos Proferidos Pelo Autor, Juiz de
Direito no Estado do Paraná.

Edição de

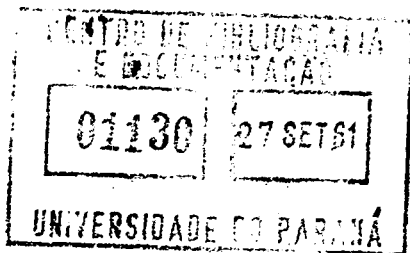
SARAIVA E CIA.

Livraria Academica * S. Paulo

1934

BC/MUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA
AUTOR
R\$ 10.00 - Doacao
Termo No. 347/03 Registro: 350,427
17/11/2003

UFPR - Sistema de Bibliotecas



**À minha esposa,
aos meus filhos.**

“O conhecimento profundo e completo do Direito Patrio é impossível sem que se firme nas largas bases do Direito Romano”.

(RIBAS, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, o 10 § 1.)

I	A legitimação, no sistema brasileiro . . .	7
II	Filiação legitimavel, no Direito Romano .	29
III	Fontes Romanas da legitimação	43
IV	Conclusões	57

I

1 — E' irrestrito, no direito brasileiro, o principio da legitimação dos filhos comuns pelo casamento posterior dos seus paes.

A lei não limita, nem condiciona ou distingue os efeitos da legitimação, em face dos filhos ilegítimos. E' do seu texto, precisamente, essa amplitude de conceituação:

“Creando a familia legitima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. (1)

Esse mesmo preceito, na extensão generica do seu alcance, a lei o repete e confirma, ao estabelecer o modo unico de legitimação, vigente no direito patrio:

(1) Cod. Civil, art. 229.

“A legitimação resulta do casamento dos paes, estando concebido, ou depois de havido o filho”. (2)

Nenhuma restrição, pois, estabelece a lei aos efeitos legitimativos do casamento. Os filhos comuns, havidos ou concebidos anteriormente, são legitimados pelo casamento seguinte dos seus paes.

Naturaes ou espurios, a lei não distingue os filhos ilegítimos, aos quaes aproveita.

2 — Dizem-se ilegítimos os filhos que procedem de união sexual irregular, estabelecida entre pessoas não vinculadas pelo casamento, ou falsamente vinculadas por casamento nulo, e não putativo. Classificam-se em naturaes e espurios. (3)

São naturaes, naturaes *simpliciter*, ou *in specie*, os filhos nascidos *ex soluto et soluta*, de paes desimpedidos de contrair nupcias ao tempo da

(2) Cod. Civil, art. 353.

(3) A distinção dos ilegítimos em naturaes e espurios, herdada do Direito Romano, manteve-se em nosso direito anterior: “Ordenações”, iiv. II t. 35 § 12; liv. IV t. 36 § 4; t. 99 § 1; BORGES CARNEIRO, “Direito Civil”, (1851), tomo I § 179; COELHO DA ROCHA, “Direito Civil”, (1852), tomo I § 60. TEIXEIRA DE FREITAS a adotou (“Consolidação”, art. 207).

concepção ou nascimento. Espúrios são os havidos de pessoas proibidas de casar, por motivo de parentesco consanguíneo, afim ou civil, ou de casamento anterior. Nesse sentido, atenta a causa da ilegitimidade, sub-dividem-se os espúrios em incestuosos e adúlteros.

Legitimam-se os naturais pelo casamento, sempre possível, dos ascendentes, menos os naturais das pessoas compreendidas no artigo 183 ns. VII e VIII do Código Civil, as quaes não se podem casar, ainda na viuvez de um dos conjuges. (4)

Os espúrios, em geral, são legitimáveis pelo casamento putativo. Até a eles aproveita a ficção da validade do ato matrimonial, nos efeitos civis, que a lei lhe dá.

Aos incestuosos, a impossibilidade permanente do matrimonio dos paes não lhes abre outra oportunidade para a legitimação, fundada no casamento valido posterior. Os adúlteros, porem,

(4) PONTES DE MIRANDA incluye estes ilegítimos na classe dos “simplesmente espúrios”, por existir impedimento dirimente absoluto ao casamento dos paes (“Direito de Família” (1917), § 133). ITABAIANA os coloca, sob a denominação de nefários, na ordem dos “naturales in genere”, pela razão de poderem ser reconhecidos. “Direito das Sucessões” (1936) vol. I § 235).

legitimam-se, desde que desapareça, com a dissolução do casamento de um deles, o impedimento ao casamento dos paes, e estes regularmente o contraíam. (5)

3 — No sistema do direito brasileiro, a condição exclusiva da legitimação dos filhos comuns anteriores reside, com efeito, na possibilidade legal do casamento posterior dos paes. Possível o casamento, possível a legitimação.

O principio, entretanto, é ainda mais lato. Não se subordina, de todo, ao critério da possibilidade legal do ato, como causa geradora da legitimação. Extravasa-lhe, mesmo, os limites demarcatórios, para estender os beneficios da legitimação ficta além da orbita restrita do casamento valido.

Na verdade, o casamento entre pessoas relativamente impedidas de contrail-o, (6) tem, entre

(5) Os filhos das pessoas compreendidas no art. 183 n.º VII podem ser naturaes, si, depois da morte de um dos conjuges, nascerem de relações seguintes do conjuge condenado com o seu co-réu; e adulterinos, si nascidos na constancia do casamento. Como aqueles naturaes, estes não se podem legitimar. Não em razão da sua condição e sim do crime de adulterio, punido por sentença judicial e declarado por lei impedimento dirimente do casamento.

(6) Cod. Civil, art. 183, ns. IX a XII; art. 209.

outros, o efeito de produzir, ainda assim, a legitimação da próle anterior. È esse efeito, a lei não recusa sequer ao casamento de pessoas absolutamente proibidas de casar, (7) desde que o contraíam de bôa fé.

4 — Na teoria da legitimação, adotada pelo Código Civil, ha a considerar-se, precipuamente, a condição legal do casamento — si valido, anulavel, nulo ou putativo — para a apreciação dos seus efeitos quanto á filiação, e á sua legitimidade.

E' a lei que regula a capacidade matrimonial, e estabelece os requisitos imprescindiveis á validade do casamento. (8) A falta de qualquer condição exigivel, ou a sua infração, impedem a possibilidade legal do áto. Dá-se-lhes, por isso, o nome de impedimento.

Segundo a extensão dos seus efeitos, os impedimentos matrimoniaes classificam-se em *dirimentes* e *prohibitivos*, ou *impedientes*, na classica enumeração suggerida pelo Direito Canonico, e fundada sem duvida no sistema romano.

(7) Cod. Civil, art. 183, ns. I a VIII; art. 207.

(8) Não se confundem estes requisitos com as condições necessarias á existencia do casamento, e sem as quaes o ato se reputa inexistente.

Os primeiros acarretam a nulidade do casamento. Os segundos impedem a sua celebração, mas não o invalidam.

Distinguem-se os *dirimentes* em absolutos e relativos.

Absolutos são os que ocasionam a nulidade absoluta, de ordem publica, ou geral, do ato. Tais são os impedimentos resultantes do parentesco, da afinidade e da adoção; (9) o resultante da existência de casamento anterior não dissolvido; (10) os resultantes da condenação por adultério e por crime contra a vida do outro conjuge; (11) o resultante, ainda, da incompetencia legal da autoridade, que preside o ato, seja embora a nulidade arguível apenas dentro dos dois ânos da celebração. (12)

Já os *dirimentes* relativos motivam a nulidade relativa, de ordem privada, ou particular, do casamento. Respeitam á existencia de vícios do consentimento, á condição da mulher raptada, á ausencia do consentimento do pae, tutor ou curador, á

(9) Cod. Civil, art. 183, ns. I a V.

(10) Cod. Civil, art. 183, nº. VI.

(11) Cod. Civil, art. 183, ns. VII e VIII.

(12) Cod. Civil, art. 208.

idade minima das mulheres e dos homens, (13) e, por equiparação da lei, á existencia de vicio do consentimento, fundado em erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge. (14)

Os impedimentos *prohibitivos*, ou *impedientes*, opõem-se á celebração do casamento, mas não o invalidam, si contraído.

Referem-se á proibiçãõ do conjuge superstite, com filhos, de casar-se antes de dar a inventario os bens da comunhão; da mulher viúva, ou separada por dissoluçãõ do casal, de casar-se antes de dez mêses da viúvez, ou da anulaçãõ ou nulidade do casamento, salvo si nesse termo dêr á luz algum filho; do tutor ou curador, e seus parentes até terceiro grão, de casarem-se com a pessoa tutelada ou curatelada, antes de prestadas as respectivas contas e de cessado o *munus*, salvo permissãõ paterna ou materna; do juiz ou escrivão, e seus parentes até terceiro grão, de casarem-se com órfão ou viúva de sua circunscriçãõ territorial, salvo licença da autoridade superior. (15)

A sançãõ, nestes casos, resume-se na imposiçãõ aos conjuges do regimen de separaçãõ de bens.

(13) Cod. Civil, art. 183, ns. IX a XII.

(14) Cod. Civil, art. 218.

(15) Cod. Civil, art. 183, ns. XIII a XVI.

na proibição ao conjuge infrator de fazer doações ao outro, (16) e ainda na perda, para o conjuge viúvo, com filho, do usufruto dos bens deste, si não fez inventario. (17)

5 — Nenhuma influência tem sobre a legitimidade da filiação consequente, o casamento contraído com infração dos impedimentos *proibitivos*.

Da mesma fórmula, o casamento anulavel, por violação dos impedimentos *dirimentes* relativos. Os filhos concebidos ou havidos na constancia dele são legitimos, segundo a lei, (18) não lhes prejudicando a legitimidade a declaração posterior da insubsistencia legal do vinculo. E' que, enquanto não anulado, o casamento se reputa valido, e crêa, como valido, a familia legitima, ainda que os conjuges o tenham contraído com ciencia da proibição legal.

Aliás, as nulidades relativas, geradoras da anulabilidade do matrimonio, são sanaveis. (19)

(16) Cod. Civil, art. 226.

(17) Cod. Civil, art. 225.

(18) Cod. Civil, art. 217.

(19) Cod. Civil, arts. 211, 215, 216 e, quanto ao casamento do raptor com a raptada, art. 178 § 5º nº 1, na falta de outra disposição expressa sobre a sanabilidade do vicio.

Já o casamento nulo, porque contraído com inobservância dos impedimentos *dirimentes* absolutos, não produz a legitimidade da filiação havida na constancia matrimonial. Dil-o expressamente a lei: (20)

“É’ nulo e de nenhum efeito, quanto aos contraentes e aos filhos, o casamento contraído com infração de qualquer dos nos. I a VIII do art. 183”.

Pronunciada a nulidade, por qualquer dos motivos preexistentes á celebração do ato, este se terá por nenhum, e a união sexual dos conjuges, despidida da sua significação jurídica, surgirá como um concubinato, e concubinarios, ou ilegítimos, serão os filhos havidos. Preciso é, entretanto, que os conjuges se tenham casado, com consciencia de ser o matrimonio fundado no incesto, na bigamia, no adulterio ou no crime, e pois proibido por lei.

As nulidades absolutas, por infração dos *dirimentes* de ordem publica, são insanáveis, salvo a decorrente da celebração do ato por autoridade incompetente, que desaparece, não sendo arguida

(20) Cod. Civil, art. 207.

dentro do bienio seguinte á realização do casamento. (21)

6 — Caso ha, porém, em que o casamento nulo produz, como o valido ou o anulavel, entre os demais efeitos legaes, a legitimidade da filiação consequente. E' quando contraído de bôa fé: (22)

“Embora anulavel, ou mesmo nulo, se contraído de bôa fé por ambos os conjuges, o casamento, em relação a estes, como aos filhos, produz todos os efeitos civis, até a data da sentença anulatoria.

Si um dos conjuges estava de bôa fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão”.

A bôa fé é assim a condição unica do casamento putativo, *solemniter celebratum*. Funda-se ela na ignorancia dos conjuges, ou de um deles, sobre a existencia da causa da nulidade ou anulabilidade do ato. A lei, por uma ficção, dá ao casamento contraído de bôa fé, todos os efeitos do ca-

(21) Cod. Civil, art. 208.

(22) Cod. Civil, art. 221 e §.

samento valido, e valido é ele considerado até a decretação judicial de sua dissolução, seja a nulidade sanavel ou insanavel.

Legitimando a filiação consequente, o casamento putativo aproveita indistintamente a todos os filhos, mesmo que contraído com infringencia da prohibição referente ao casamento dos que já são casados, ou dos parentes em gráo prohibido. (23) Esclarece um dos nossos mais autorizados interpretes do Codigo Civil, a respeito da legitimação, no caso, dos filhos adulterinos e incestuosos: “No casamento putativo, apaga-se o vicio, que tornava o matrimonio insubsistente; e por uma consideração de equidade, imagina-se que tal vicio nunca existiu até o momento em que foi pronunciada a nulidade”. (24)

7 — A filiação legitima, no sistema legal brasileiro, decorre do casamento valido, anulavel e nulo, si putativo. Outra não poderia ser, aliás, a conclusão do estudo encetado, paginas antes. Sal-

(23) CLOVIS BEVILAQUA, “Cod. Civil”, (1928), vol. II, obs. 2 ao art. 221; obs. 4 in fine ao art. 353; CARVALHO DOS SANTOS, “Cod. Civil Interpretado”, (1937), vol. IV, com. 5 ao art. 221.

(24) CLOVIS BEVILAQUA, obs. 2 ao art. 221, cit.

vo quanto ao matrimonio nulo, contraído de má fé, os filhos havidos na vigencia matrimonial são legitimos.

Mas não apenas estes. Também o são, por equiparação da lei, os nascidos anteriormente ao casamento dos paes, si, da mesma fórmula, valido, anulavel e nulo, porem putativo.

O principio legal da legitimação funda-se, simetricamente, como o principio da legitimidade, no mesmo fato etico - juridico: o casamento. Essa identidade de causa, que caracteriza a legitimação como situação legal gemêa da legitimidade, perdura, de sua vez, na identidade dos mesmos efeitos: o filho legitimado é equiparado, sob todos os aspectos, ao filho legitimo. (25)

Daí o principio de que o casamento opera a legitimação da prole anterior nos mesmos casos em que produz a legitimidade da descendencia posterior.

Assim o é no casamento valido, como ficou exposto.

No casamento anulavel, a mesma conclusão impõe-se, em face da lei:

(25) Cod. Civil, arts. 229 e 353; art. 352.

“A anulação do casamento não obsta á legitimidade do filho concebido ou havido antes ou na constancia dele.”
(26)

Quanto ao casamento putativo, ficou expresso, na disposição já transcrita, que o Codigo Civil (27) lhe assegura todos os efeitos civis, em relação aos filhos, o que já sucedia na vigencia da legislação anterior: (28)

“Quando o casamento nulo ou anulavel tiver sido contraído de bôa fé, produzirá os seus efeitos civis, quer em relação aos filhos, ainda que estes fossem havidos antes do mesmo casamento”.

Mas á luz dessa legislação, discutivel ou negada era a possibilidade da legitimação dos filhos espurios pelo casamento putativo, em face, princi-

(26) Cod. Civil, art. 217. Segundo o Decreto Nº. 181, de 1890, não se extendia aos filhos naturaes o beneficio legitimatorio, no casamento anulavel em geral, (art. 70) e sim apenas no casamento anulavel, contraído de boa fé (art. 75).

(27) Cod. Civil, art. 221.

(28) Dec. 181, cit., art. 75.

palmente, da proibição da legitimação dos filhos adulterinos pelo proprio casamento valido, (29) ainda que já então se impuzesse ao espirito da época a solução liberal da legitimação irrestrita. (30)

A legislação vigente, entretanto, não exclue os espurios da legitimação pelo casamento posterior; e nem os póde excluir o interprete, sem quebra da simetria, que ordena a construção do instituto legitimatorio. Disse-o um dos nossos mais insignes juristas:

“A mesma razão que leva a equiparal-os aos legitimamente havidos na constancia do casamento, por efeito da bôa fé dos paes, ou de um deles, impõe a sua equiparação aos legitimados, quando nascidos anteriormente”. (31)

Aliás, como observa o mesmo douto civilista, — “por força do casamento putativo não se dá a legitimação de filhos espurios, mas de filhos que se reputavam simplesmente naturaes, dada a igno-

(29) Dec. 181, cit., art. 56 § 1º.

(30) ARRUDA, “Do Casamento”, (1911), n.º 169.

(31) EDUARDO ESPINOLA, “Anotações ao Codigo Civil”, (1922), vol. II, Direito de Família, n.º 99.

rancia do impedimento de casar então existente”. (32)

Nos mesmos conceitos insiste o maior dos nossos modernos escritores: “No casamento putativo, são legítimos os concebidos na constância dele, e legitimados os filhos comuns, mesmo os que forem incestuosos ou adulterinos”. (33)

E, generalizando a regra de direito exposta, acrescenta:

“Juridicamente, a legitimação não torna legítimo o filho natural, isto é, não retroage á data do nascimento do filho; é, pelo contrario, o nascimento do filho que, por uma *fictio juris*, se considera realizado ao tempo da celebração”. (34)

8 — A fixação dos efeitos attribuidos indistintamente, no direito patrio, á legitimação dos filhos ilegítimos, quer naturaes, quer espurios, decorre do entendimento immediato da nossa lei civil, tanto atravez do criterio interpretativo do seu tex-

(32) Loc. cit.

(33) PONTES DE MIRANDA, “Direito de Familia”, — (1917), § 36.

(34) Loc. cit.

to, como dos elementos historicos da sua elaboração.

Ao ser votado o Codigo Civil, vigorava no paiz o Decreto n°. 181, de 24 de janeiro de 1890, que estatua ser o primeiro efeito do casamento:

“Constituir a familia legitima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contraentes com outro, salvo si um destes, ao tempo do nascimento ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa”. (35)

O principio legal então vigente era, assim, o da proibição da legitimação de outros filhos além dos naturaes.

A esse principio opoz o Codigo Civil, exatamente, o da legitimação de todos os filhos comuns, nascidos ou concebidos antes do casamento.

E' correntia, nesse sentido, a doutrina dos nossos modernos civilistas.

CLOVIS BEVILAQUA:

“Pelo Codigo Civil, com efeito, podem legitimar-se todos os illegitimos,

(35) Art. 56 § 1°.

que os seus paes se unam, legitimamente, pelo casamento”. (36)

FERREIRA ALVES:

“Quanto á legitimação, o preceito legal do artigo 352, equiparando aos legitimados os filhos ilegítimos, legitimados por seguinte casamento dos paes, abrange toda a especie de filhos ilegítimos, como sejam: os naturaes, adulterinos e incestuosos”. (37)

HERMENEGILDO DE BARROS:

“A despeito da opinião (“contrária á legitimação dos espúrios”) de Andrade Figueira, a disposição do projeto se converteu no artigo 353 do Código, que faz resultar a legitimação do simples fato do casamento dos paes, sem restrição de especie alguma”. (38)

(36) “Código Civil”, vol. cit., obs. 2 ao art. 353.

(37) “Manual do Código Civil”, (1928), vol. XIX, nº. 178.

(38) “Manual do Código Civil”, (1929), vol. XVIII, nº 250.

ESTEVAM DE ALMEIDA:

“O artigo 353 reviveu esta intelligencia da lei antiga. São, pois, legitimaveis os filhos naturaes e espurios, no sentido do direito moderno, isto é, os filhos ilegítimos, pois que naturaes e espurios são sub-divisão dos ilegítimos”. (39)

EDUARDO ESPINOLA:

“O nosso Código apenas reconhece a legitimação por *sub-sequens matrimonium*, e ela abrange não só os filhos simplesmente naturaes, como também os espurios, *scilicet*, os adúlterinos e os próprios incestuosos, quando contraído de boa fé, ainda que unilateral, o casamento dos genitores”. (40)

PONTES DE MIRANDA:

“A legitimação pode resultar: *a*) do casamento valido, depois de concebido ou nascido o filho, ainda que seja adúlterino; *b*) do casamento putativo em favor de ambos ou de um só dos

(39) “Manual do Código Civil”, (1925), vol. VI, nº. 113.

(40) “Anotações ao Código Civil”, vol. III — Direito de Família, nº. 3 ao art. 229.

conjuges, ainda que o filho seja adulterino ou incestuoso; c) do casamento anulavel. Nenhum filho, portanto, se exclue do beneficio da legitimação”. (41)

CARVALHO SANTOS:

“Assim sendo, não temos duvida em concluir que a legitimação abrange todos os filhos comuns do casal, mesmo os adulterinos e os incestuosos, si o casamento é contraído de boa fé, ainda que unilateral”. (42)

CARLOS MAXIMILIANO:

“Tanto os adulterinos, como os incestuosos, quer simplesmente concebidos, quer nascidos antes do casamento dos paes, são legitimados pelo matrimonio subsequente, e ficam, de modo absoluto, equiparados aos filhos legitimos”. (43)

9 — Certo, a amplitude da disposição contida nos artigos 229 e 353 do Código Civil deu mar-

(41) “Direito de Família”, (1917), § 131.

(42) “Código Civil Interpretado”, vol. cit., com. 3 ao art. 229.

(43) “Direito das Sucessões”, (1937), vol. I, nº. 191.

gem a críticas, pelo teor generico de sua regra, (44) e mereceu ainda interpretação positivamente contraria á exposta, por influencia da determinação expressa no artigo 358. (45)

Como nota HERMENEGILDO DE BARROS, o que se poderia, entretanto, increpar ao Codigo seria apenas a sua incoerencia, permitindo a legitimação, do mesmo passo que proibe o reconhecimento dos filhos espurios. (46)

O projeto primitivo não incorria nessa critica.

Estatuía (art. 267) que “a legitimidade da familia, constituída pelo casamento, estende-se aos filhos comuns, que os conjuges tenham procreado antes de legalmente unidos”, ao mesmo tempo que autorizava (art. 421) o reconhecimento do filho adulterino e incestuoso, apenas com a proibição de se fazer, no áto, qualquer menção, da qual se induzisse a sua procedencia de “um concubito reprovado”.

As mesmas razões de impugnação, opostas ao reconhecimento dos filhos espurios, afinal vitorio-

(44) CANDIDO DE OLIVEIRA, “Manual do Codigo Civil”, (1929), vol. V, § 122.

(45) JOÃO LUIZ ALVES, “Codigo Civil”, (1917), com. ao art. 229.

(46) Op. cit., n.º. 250, in fine.

sas, foram opostas á disposição do projeto, que consagrava o principio da sua legitimação, sem lograrem, entretanto, impedir a conversão do artigo 267 no artigo 353 do Código. (47)

Daí negar o Código o reconhecimento e conceder a legitimação dos filhos espúrios.

10 — O instituto da legitimação, que o Código Civil disciplinou, ao tratar das relações de parentesco, é o mesmo instituto creado pelo Direito Romano.

Hontem como hoje, desdobram-se sempre, fóra da orbita legal do casamento, as formações familiares ilegítimas.

Já o notou, lapidarmente, um dos mais brilhantes civilistas nossos: (48)

“A familia é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este não se produz fóra da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer á natureza, e por toda a

(47) “Trabalhos da Comissão Especial”, vol. V, pags. 216 — 218.

(48) VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, “Direito de Familia”, pag. 63.

parte ele constitue a familia, dentro da lei, si é possível, fóra da lei, si é necessario”.

Daí a fixidez da noção da legitimidade e da ilegitimidade dos filhos, e nesse panorama marcado de imobilidade, é hoje tão atual, como o era ha mais de quinze seculos atraz, o principio da equiparação dos ilegítimos aos legítimos, pelo casamento dos paes.

A conceituação hodierna dos ilegítimos não difere, com efeito, do antigo conceito romano. São, do mesmo modo, os filhos nascidos *extra matrimonium*.

Si os naturaes *in specie* deixaram de ser exclusivamente os filhos de concubinato, desde que abrogada essa fórmula de união, particular dos romanos, não refogem porem á identidade de uma mesma classificação jurídica, persistente no caracter, que lhes é proprio, de filhos havidos de homem e mulher, sem impedimento matrimonial.

Extendendo, entretanto, a legitimação aos filhos adulterinos e incestuosos, rompeu o legislador brasileiro as tradições do Direito Romano.

II

11 — A legitimação dos filhos naturaes por seguinte casamento é, no terreno exuberante das instituições romanas, uma das derradeiras florações do genio juridico do grande povo.

Foi sómente no ultimo periodo historico do Direito Romano, que a legislação, humanizada pela influencia das novas ideias do Cristianismo nascente, (49) veio considerar e favorecer a condição dos filhos naturaes, nascidos *ex concubinato*, ao mesmo tempo que estimular a regularização das uniões convencionadas fóra das justas nupcias.

Obsoletas se tinham tornado, no Imperio, as fórmulas matrimoniaes, que importavam na sujeição da mulher á *manus* do marido, ou do seu *pater*, e se exteriorizavam pela realização de certas ceremonias, que, embora não fossem condição do casa-

(49) GASTON MAY, "Elements de Droit Romain", (1927), nº. 56.

mento, se destinavam, como na *confarreatio* e na *coemptio*, a demonstrar, de publico, a admissão da mulher na comunhão de vida e dos sacrificios domesticos do esposo. (50) Nenhuma formalidade exterior, em consequencia, assinalava, sob o Principado, a celebração do casamento, para o qual bastava a vontade dos conjuges, (51) desde que esta se fundasse no *affectus maritalis* e no *animus uxoris*, capazes de estabelecer o *consortium omnis vitae*, da expressiva definição modestina. (52).

E' assim a *mens matrimonii* o caracteristico diferenciador por excelencia das justas nupcias e das demais fórmãs de união, notadamente o concubinato, ainda que outros elementos extrinsecos de distinção pudessem, igualmente, traduzir a existencia da *affectio maritalis*, como as convenções ante-nupciaes, atravez das *sponsalia* ou das *pacta dotalia*. (53)

Tal a indeterminação exterior do casamento, que MODESTINO mandava fosse ele havido por

(50) CLOVIS BEVILAQUA, "Direito de Familia", (1933), § 9º.; GASTON MAY, op. cit. ns. 41 — 42.

(51) Fr. 30, D. de *diversis regulis*, L. 17; MACKELDEY, "Manuel de Droit Romain", (1846), trad. de Beving, § 539.

(52) Fr. 1, D. de *ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

(53) MACKELDEY, loc. cit.; GASTON MAY, op. cit. nota 5 ao nº. 51.

existente, em lugar do concubinato, na união da mulher livre, que não se prostituísse por ganho: *In liberae mulieris consuetudine, non concubinatus sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.* (54)

Na verdade, o crescente nivelamento das classes sociaes havia tirado ás *justae nuptiae* do antigo direito o character que as distinguia essencialmente, e repousava na identidade necessaria de condição social entre marido e mulher. Já agora a desigualdade social dos conjuges não lhes impedia o casamento, de sorte que a condição inferior da mulher, só por isso, não fazia dela uma concubina, como outróra, nem lhe vedava que participasse da *divini et humani juris communicatio*, na qualidade de *uxor*. (55)

E', pois, no elemento moral das justas nupcias que se fundava a *societas vitae* dos conjuges, inexistente nas demais fórmãs de união.

12 — Embora licito, *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii*, era o concubinato

(54) Fr. 24, D. de ritu nuptiarum, XXIII, 2.

(55) NETTO CAMPELLO, "Direito Romano", (1914), 1º. vol. pag. 274; GASTON MAY, op. cit. nº. 51.

considerado uma união de categoria inferior, a que faltava a ampla dignidade do matrimônio.

Como assinala FIEFFE' - LACROIX, distinguíam os Romanos duas espécies de concubinato. Uma, *injustae nuptiae et legitimae*, compreendia as ligações estabelecidas com concubinas romanas de nascimento, que não fossem irmãs, nem mãe ou filhas daquele que com elas vivesse, nem tão pouco de condição servil. Outra, *injustae nuptiae et illegitimae*, abrangia as uniões com concubinas incestuosas, estrangeiras ou escravas. (56).

Si ás alianças desta ultima especie não aduzia a lei nenhum efeito favoravel, outro tanto não succedia com a *licito consuetudo non causa matrimonii*, que as leis romanas, por imposição dos costumes dos povos, não puniam, antes toleravam e regulavam. Na verdade, segundo MARCIANO, porque o concubinato tira o seu nome, ou origem, das proprias leis, não póde ser submetido ás suas penas, *nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est.* (57)

Sob certos aspectos, o concubinato era expressamente regulamentado. Assim, a ninguem era

(56) "La Clef des Lois Romaines", (1809), verb. concubin.

(57) Fr. 3 § 1, D. de concubinis, XXV, 7.

licito tomar para concubina uma mulher menor de doze anos, *nisi minor annis duodecim sit*, (58) nem licito era tel-a consigo si casado, na constancia do casamento, *constante matrimonio concubina nam penes se habere* (59). Ao governador de uma provincia era concedido tomar para sua concubina uma habitante do logar, (60), mas não o era ao tio tomar como concubina a sua sobrinha, *sororis filiam*, sob pena de cometer incesto, *incestum committitur*. (61) Por se aproximar do incesto, *propre nefaria conjunctio*, tambem era proibido o concubinato do filho com a mulher, que tivesse sido concubina do pae. (62)

Mas as leis não só permitiam o concubinato, como lhe emprestavam certos efeitos juridicos.

De regra, os *liberi injusti*, oriundos de concubinato, não tinham direitos successorios por vocação propria, *ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent*. (63)

(58) Fr. 1 § 4, D. de concubinis, XXV, 7.

(59) Const. I, C. de concubinis, V, 26.

(60) Fr. 5, D. de concubinis, XXV, 7.

(61) Fr. 56, D. de ritu nuptiarum, XXIII, 2.

(62) Fr. 1 § 3, D. de concubinis, XXV, 7.

(63) Const. 8, C. de naturalibus liberis, V, 27.

Ainda assim já decidia PAPINIANO que, havendo filhos naturaes, cabia a estes recolher a herança do pae, que, por testamento, mandasse restituir a successão a terceiro, na previsão de morrer sem filhos, ao que, é verdade, ULPIANO opunha restrições. (64) Certo é, entretanto, que posteriormente as Constituições lhes concederam direito á successão *ab intestato* sobre a sexta parte hereditaria, desde que o pae natural não deixasse esposa ou prole legitimas, e fosse ligado á concubina por uma afeição inequivoca: *ab intestato vero quum desit soboles civilis nec supersit conjux legitima: si naturales ex concubina exstant, quae sola fuerit ei indubitato affectu conjuncta, in duas paternae substantiae uncias succédant.* (65)

Aos mesmos filhos naturaes concederam as leis, ainda, a successão testamentaria do pae, que não tivesse descendencia legitima, numa quota que, de principio, não podia exceder de uma duodecima parte (*uncia*) da herança, elevada depois a uma quarta parte (*tres unciae*) e mais tarde á metade (*sex unciae*), para, afinal, atingir toda a disponi-

(64) Fr. 17 § 4, **D. ad senatusconsultum Trebellianum**, XXXVI, 1.

(65) **Auhent.** (Nov. 89, cap. 12 e cap. 15) **licet patri**, **C. de nat. lib.**, V, 27.

bilidade dos bens hereditarios (*tota substantia sua*). (66)

Simultaneamente atribuiu-se á propria concubina o direito de ser instituida herdeira da duodecima parte, em concorrência com os filhos, ou da vigesima quarta parte (*semuncia*), si filhos não tivesse, dando-se-lhe posteriormente direito á successão *ab intestato* sobre a *portio virilis* da sexta parte hereditaria, que tocasse aos seus filhos. (67)

13 — Era entretanto a legitimação, assegurada aos *liberi naturales*, o mais importante efeito juridico atribuido ao concubinato.

Varios modos de legitimação conhecia o Direito Romano. Mas era o casamento subsequente dos paes aquele, por excellencia, que maior projecção assumia no panorama das instituições romanas, e maior soma de consequencias gerava na orbita dos direitos familiares.

Os outros tinham função mais restrita, e consultavam antes os casos particulares de sua applicação do que o proprio fato da ilegitimidade, na sua expressão de fenomeno juridico-moral, ligado á

(66) Consts. 2 e 8, C. de *naturalibus liberis*, V, 27; Nov. 89, cap. 12 e 15.

(67) Const. 2, C. de *naturalibus liberis*, V, 27; Nov. 89, cap. 12 e 15.

organização da família, quando não consultassem interesses extranhos a esta, e só indiretamente relacionados com a situação dos ilegítimos.

Desta ultima especie era a legitimação *per oblationem curiae*, creada pelos Imperadores Teodosio e Valentiniano, por imposições de character administrativo, afim de facilitar o recrutamento da ordem dos decuriões, que compunham as curias, ou conselhos municipaes, e, em razão do officio, deviam suportar pesados encargos, que os cidadãos aborreciam.

Permitiu-se, para isso, aos paes sem descendencia legitima, legitimar seus filhos naturaes, dar-lhes direitos á sua sucessão universal e tornal-os sujeitos á *patria potestas*, desde que os inscrevessem na ordem dos decuriões. (68) Mais tarde, para favorecer, por todos os modos, as curias das cidades, *quoniam omnimodo favendum est curiis civitatum*, permitiu JUSTINIANO aos paes, ainda que tivessem filhos de legitimas nupcias, oferecer seus filhos naturaes á curia, e legitimal-os assim. (69)

(68) Consts. 3 e 4, C. de naturalibus ilberis, V, 27; § 13, I. de nuptiis, I, 10; § 2, I, de hereditatibus, III, 1; Novs. 38 e 89, cap. 2.

(69) Const. 9 § 3, C. de naturalibus liberis, V, 27.

Não produzia, entretanto, a legitimação pelo oferecimento á curia senão efeitos restritos, pois não estabelecia nenhuma relação de parentesco, ou de direito sucessorio, entre o filho e os parentes do seu pae: *ne permittatur eis contra substantiam ab eodem naturali patre descendantium, vel ascendentium, vel ex latere adgnationis, vel cognationis jure eidem patri conjunctorum aliquod jus sibi vindicari: eodem scilicet modo nec illis contra substantiam ejusdem naturalis filii, vel ex eo descendantium, vel ascendentium, vel a latere conjunctorum, aliquod sibi jus vindicare valentibus.* (70)

Já a legitimação *per principis rescriptum* atendia, apenas, aos casos particulares, em que ao pae natural se tornava impossivel o casamento, a saber, *si mulier jam defuncta sit, vel occultetur, vel alias venire prohibeatur, vel quoquo modo matrimonium impediatur, ut sacerdotio*, pelo que lhe dava a lei a faculdade de impetrar ao Principe fosse concedida, *sine matrimonio*, a legitimação dos filhos naturaes, desde que os não tivesse legitimos. (71) Os filhos assim legitimados tinham todos os direitos dos filhos legitimos. (72)

(70) Const. 9, princ., C. de naturalibus liberis, V, 27.

(71) Authent. (Nov. 74, princ. e cap. 2) *praeterea qui legitimam*, C. de nat. lib. V, 27.

(72) BONJEAN, "Institutes de Justinien", (1878), 1º. vol., nº. 544.

De sua vez, a legitimação *per testamentum patris a principe confirmatum* nada mais era que uma especie particular da legitimação pelo rescrito imperial, e ocorria quando o pae, por disposição de ultima vontade, e na ausencia de prole legitima, instituia seus legitimos sucessores aos filhos naturaes, e estes, aprovando a *volutatem patris*, impetravam ao Principe a legitimação, fundados no testamento. (73)

14 — A' conceituação romana do concubinato eram extranhas, como vimos, as ligações incestuosas ou adulterinas, o *stuprum*, ou relações sexuaes com mulher honesta, a união com escravas ou estrangeiras, ou com uma *pellex*. Mesmo assim, entretanto, não deixava de existir uma grande diferença entre a *concubina* e a *uxor*, ditada pela dignidade da condição da mulher casada, ainda que nenhuma outra diversidade de situação, segundo o texto de ULPIANO, importasse existir entre ambas: *nisi dignate, nihil interest*. (74)

Identica diferença distanciava os *liberi naturales*, oriundos do concubinato e os *liberi justii*,

(73) Nov. 74, cap. 2; Nov. 89, cap. 10.

(74) Fr. 49 § 4, D. de legatis, XXX, (III).

provindos de *justae nuptiae*. Seguiam aqueles a condição de sua mãe, tomavam-lhe o nome e a nacionalidade, *matrem sequantur*, (75) e a ela se ligavam pela cognação, *cognatio a matre sit*, (76) como os ilegítimos em geral. Em principio, eram-lhes extranhos os laços de agração e a *patria potestas*, (77) pois que sob o poder dos paes se achavam apenas os filhos legítimos: *in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus*. (78) Limitado, ou condicional, era, como se viu, o seu direito á successão paterna, sendo pois precarias, e mal discernidas, as relações de direito, que os vinculavam ao pae. Na escala da ilegitimidade, entretanto, abaixo dos filhos naturaes, e sem confundir-se com eles, estavam os *espurii*, tambem chamados *vulgo concepti* ou *questiti*, e taes eram, na definição de MODESTINO, *qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet*. (79) A estes equiparava JUSTINIANO

(75) Fr. 24, D. de statu hominum, I, 5.

(76) § 4, I. de successione cognatorum, III, 5.

(77) MACKELDEY, op. cit. n.º 587; MAY, op. cit., n.º 51; ORTOLAN, "Institutes de l'Empereur Justinien", (1857), vol. I, n.º 61, pag. 392.

(78) Princ. I, de patria potestate, I, 9.

(79) Fr. 23, D. de statu hominum, I, 5.

os filhos de nupcias proibidas, criminosas e incestuosas. (80)

Relativamente aos *vulgo concepti*, tanto de fato como de direito, a paternidade é desconhecida. e pois nenhum vinculo juridico os liga, em principio, ao pae. A' mãe cumpre o dever de prestar-lhes alimentos, o que a eles tambem cumpre em favor dela; (81) a sua sucessão são eles admitidos (82) e, reciprocamente, é ela admitida á sucessão deles. (83)

Para os incestuosos e adulterinos, entretanto, a lei é ainda mais desfavoravel, e nesse aspecto é visivel a repugnancia com que o Direito Romano, na fase justiniana, encara os filhos de uniões proibidas ou condenadas, ao ponto de lhes negar o nome de filhos naturaes e declarar-os não só indignos de suceder ao pae, mas até de exigir-lhe alimentos: *Ex complexu nefario aut incesto seu damnato liberi nec naturales sunt nominandi, omnis paternae*

(80) § 12, I. de nuptiis, I, 10.

(81) Fr. 5 § 4, D. de agnoscendis, XXV, 3.

(82) Fr. 1 § 2, D. ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum., XXXVIII, 17.

(83) Fr. 2 § 1, D. ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum, XXXVIII, 17.

substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre. (84)

15 — Eram os *liberi naturales*, nascidos *ex concubinato*, os unicos que, por Direito Romano, se podiam legitimar *per subsequens matrimonium*.

Na verdade, só em relação a estes não havia impedimento ao casamento dos paes, *cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat.* (85) Os demais ilegítimos eram excluidos da magnanimidade das Constituições imperiaes, sendo pois ilegítimos os filhos nascidos de uniões incestuosas ou adulterinas, *ex nefario nec incesto conjugio.* (86)

(84) **Authent.** (Nov. 89, cap. 15) **ex complexu, C. de incestis, V, 5.**

(85) § 13, **I. de nuptiis, I, 10.**

(86) **Const. 7, C. de naturalibus liberis, V, 27.**

III

16 — A legitimação por subsequente casamento teve a sua fonte em uma Constituição do Imperador CONSTANTINO, e foi estabelecida provisoriamente em favor das concubinas ingenuas, que fossem em seguida desposadas, e lhes declarava legitimos os filhos nascidos durante o concubinato e depois do casamento, *filiis quinetiam ex iisdem, vel ante matrimonium, vel postea progeneritis, suis ac legitimis habendis*, segundo o texto de ZENON. (87)

O mesmo Imperador ZENON, em 476, renovou a lei de CONSTANTINO, declarando não sómente legitimo o casamento daqueles que desposassem as suas concubinas ingenuas, como ainda os filhos de um e outro sexo, havidos do concubinato, logo que celebrado o casamento; e fossem estes postos sob o patrio poder e succedessem aos paes na

(87) Const. 5, C. de naturalibus liberis, V, 27.

totalidade, com áqueles que nascessem depois do casamento, ou sosinhos, si outros não nascessem, tanto por testamento, como abintestado: *si voverint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae: tam conjugium legitimum cum hujusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox postquam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri, et in potestate fieri: et cum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos (si nullus alius deinde nascatur) tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere, quam ab intestato petere hereditatem paternam.*

Limitou, entretanto, o Imperador grego o favor da legitimação, para concedel-o apenas aos filhos já nascidos ao tempo da sua lei, *ante hanc legem*, negando-o aos que nascessem depois:

“Aqueles que até o presente não têm filhos de suas concubinas, não gozarão dos beneficios desta lei: porque, lhes sendo permitido desposarem-nas, podem, de futuro, ter deste casamento filhos legitimos”. (88)

(88) Const. 5, cit.

ANASTACIO, em seguida, modifica a lei de ZENON, para subordinar a concessão do favor á condição de não ter o pae filhos legítimos, *quibus nullis legitimis existentibus liberis*, do mesmo passo que não restringe, no tempo, os efeitos da legitimação, relativamente aos filhos nascidos ou por nascer, *ex his sibi progenitos seu procreandos*. Pelas nupcias seguintes com a concubina, seriam eles legítimos e sob o poder de seu pae, a quem poderiam suceder *ab intestato: suos et in potestate legitimosque habere. . . ab intestato quoque ad eorum hereditatem vocandos*.

O mesmo ordenou em favor dos filhos, cujos paes fizessem convenções dotaes, *dotalibus instrumentis confectis*, por ocasião de sua união com a concubina. (89)

17 — Com o Imperador JUSTINO, em 519, foi não só revogado o direito de legitimação para o futuro, mas ainda restringidos os seus efeitos, quanto ao passado. Abrogou esse Imperador a lei de ANASTACIO, permitindo-lhe aplicação apenas aos casos anteriores a ela, de sorte, entretanto, que assim mesmo não favorecesse os filhos nascidos de uniões adúlterinas ou incestuosas: *legem*

(89) Const. 6, C. de naturalibus liberis, V, 27.

Anastasio divinae recordationis, quae super naturalibus filiis emissa est, in his valere tantum casibus concedimus, qui nunc usque subsequuti sunt, pro ejusdem legis tenore in matrimoniis tunc constantibus, vel postea contractis: ita tamen, ut non aliunde progenitis subvenisse credatur, quam non ex nefario nec incesto conjugio.

E acrescenta ainda:

“Doravante saibam todos que não devem procurar uma posteridade legítima fóra do casamento legítimo, em nada lhes valendo a precitada Constituição”.

(90)

A proibição é, dez anos depois, levantada em favor dos filhos naturaes de mulher livre e desimpedida de casar, pelo Imperador JUSTINIANO, que ao mesmo tempo condena a interpretação dos que afirmavam ter ANASTACIO concedido a legitimação dos filhos naturaes somente no caso de não haver filhos legitimos do casamento subsequente (“*quibus nullis legitimis existentibus liberis*”), quando era de se entender que a restrição

(90) Const. 7, C. de *naturalibus liberis*, V, 27.

dizia respeito á existencia de filhos legitimos de casamento anterior :

“Eis porque ordenamos que todos os filhos, tanto os nascidos antes, como os nascidos depois do casamento, sejam considerados como perfeitamente iguaes em face do seu pae, e igualmente sob o seu poder, e que não haja nenhuma differença entre os primeiros e os segundos”. (91)

Mas como essa conclusão tirasse a lei da iniquidade de excluir os filhos legitimos aos naturaes, quando a estes deviam eles a sua condição de legitimos, *quorum beneficio ipsi sunt justi filii*, entendeu-se, daí por deante, que os filhos naturaes anteriores só se legitimavam no caso de haver filhos legitimos do casamento, bastando que os legitimos fossem mortos, para que os naturaes não se legitimassem.

Na sua Constituição seguinte, o grande Imperador cristão ordenou que não se dêsse a minima atençaõ a essa inutil sutileza, *quorum supervacuum subtilitatem penitus inhibendam censemus*.

(91) Const. 10, C. de naturalibus liberis, V, 27; CANDIDO DE OLIVEIRA, op. cit., § 120; BONJEAN, op. cit., n° 541.

“porque é suficiente que haja uma tal afeição, que essa, depois de havidos os filhos, leve a fazer as convenções matrimoniaes, na esperança de haver novos filhos; e se tal não se realizar, não deve um caso fortuito prejudicar a condição dos filhos anteriores ao casamento”.

Ordenou ainda essa Constituição que, si o casamento se dêsse durante a gravidez da concubina, o filho seria, com mais forte razão, legitimo, *multo magis si quis mulierem, quam in contubernio suo habuerat, praegnantem fecerit, postea autem adhuc gravida muliere constituta, dotalia fecerit instrumenta et puer vel puella editus vel edita sit, justa patri soboles nascatur.* (92)

18 — Sem duvida, cabe a JUSTINIANO o merito dos mais precisos delineamentos, na explanação dos principios informativos do instituto legitimatorio.

Nas suas Institutas, vemol-o confirmar, a respeito das heranças deferidas abintestado, as mesmas normas assecutorias do direito successorio dos filhos legitimados pelo casamento posterior dos

(92) Const. 11, C. de naturalibus liberis, V, 27.

paes, ou sejam daqueles compreendidos em suas anteriores Constituições, nas quaes determinava que si alguem, sem afeição marital, *non ab initio affectione maritali*, cohabitasse com mulher, com quem pudesse casar-se, e tivesse filhos, e lhe sobrevivendo afeição marital, fizesse com ela os instrumentos nupciaes, tendo mais filhos, ficassem legitimos e sob o patrio poder, *justos et in potestate esse patribus*, não apenas os nascidos depois da constituição do dote, mas tambem os anteriores, que deram ocasião a que nascessem aqueles legitimos, *non solum eos liberos qui post dotem editi sunt, sed etiam anteriores, quia et iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt*.

È esclarecendo duvidas anteriores, renovava o seu proprio preceito, segundo o qual a legitimação se operava, ainda que não houvesse filhos depois da confecção do instrumento dotal, ou tivessem estes morrido, *etiam si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti*. (93)

Finalmente, pela Novela 89, em que declara “suprimir, para o futuro, todas as contestações, a que davam logar as muitas Constituições”, relati-

(93) § 2, I. de *hereditatibus*, III, 1.

vas á legitimação dos naturaes, ordenou JUSTINIANO que si alguém viesse a casar-se com uma mulher ingenua, ou livre, com a qual lhe fosse licito viver em concubinato, sendo já pae de filhos legitimos, ou mesmo só de filhos naturaes, fossem legitimas estas nupcias, e legitimos os filhos nascidos ou concebidos antes de um tal casamento: *si quis igitur dotalia scripserit ad liberam in principio, sive ad libertam mulierem, cui omnino licet copulari, in concubinae schemate sibi, aut legitimorum filiorum jam pater existens, aut etiam filiorum naturalium pater, legitimas esse nuptias et filios vel praecedentes, vel conceptos, legitimos ei esse sancimus.*

È frisou, mais uma vez, que conquanto depois do casamento não nasçam filhos, ou morram os que nascerem, não menos legitimos sejam os primeiros nascidos, *et licet postea nascantur filii ei, aut etiam nati moriantur, nihilominus prior saboles legitima consistit.* (94)

19 — Ao lado do casamento e da adoção, a legitimação completava a serie das causas geradoras do patrio poder, no Direito Romano. Era um

(94) Nov. 89, tit. 1, cap. 8.

meio do pae natural adquirir a *patria potestas* sobre os filhos nascidos de concubinato. (95)

Esta noção, JUSTINIANO a precisa ao constatar que algumas vezes acontece que os filhos, ao nascerem, não se acham sob o poder do ascendente, *aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant*, porém mais tarde vêm a esse poder, *postea autem redigantur in potestatem*. Tal o caso do filho procreado por mulher livre e desimpedida de casar, com a qual o pae teve simples convivencia, *ad quam pater consuetudinem habuerat*, e que, depois de feitos os atos nupciaes, entrou para o poder paterno, *in potestate patris efficitur*. (96)

Importava, portanto, a legitimação numa diminuição de *caput* para o filho, que, sendo natural, se reputava *sui juris*, e se tornando legitimado, recaía sob o poder do pae.

Daí a necessidade do consentimento do filho, para que essa mudança se pudesse operar, de vez que, contra a sua vontade, não podiam os filhos naturaes ser submetidos ao patrio poder:

(95) ANTOKOLETZ, "Tratado de Derecho Romano", — (1930), nº. 39.

(96) § 13, I. de nuptiis, I, 10.

inviti filii naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem. (97)

20 — A *consuetudo*, cuja transformação em justas nupcias levava á legitimação os filhos havidos, devia ser tal, por Direito Romano, que não incidisse em nenhuma das proibições legais, impedientes do casamento entre os concubinos.

Era questão, portanto, saber-se si para a legitimação dos filhos naturais devia considerar-se o tempo da concepção ou o do nascimento do filho, em face do impedimento dos paes, pois este podia ocorrer, ou ter desaparecido, num ou noutro desses termos.

Na controversia, que se estabeleceu, era mais autorizada a opinião que vinculava o impedimento ao momento da concepção, e concluia que possível seria a legitimação dos filhos si possível fosse, nesse tempo, o casamento dos paes. È isso com fundamento na lição de PAULO, que mandava ter em vista o tempo da concepção, sempre que se tratasse do *status* do filho, ainda que em sua desvantagem, como sucedia com o filho daquele que se

(97) FR. 11, D. de his, qui sui vel alieni juris sunt, I. 6; Nov. 89, cap. 11, princ., § 1. — Segundo BONJEAN (op. cit., vol. I, n° 541) era provavel que não se exigisse o consentimento formal do filho, mas “seulement le défaut d’opposition”.

casava sem o consentimento paterno, e pois irregularmente: si vivo o avô ao tempo da concepção do néto, este se reputava ilegítimo e injusto, ainda que ao nascer já tivesse o avô falecido e desaparecido, com a sua morte, a ilegitimidade do casamento: *eum qui vivente patre, et ignorante de conjunctione filiae, conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.* (98)

Assim, os filhos nascidos do concubinato entre o funcionario romano e a habitante da provincia, em que esse exercesse a sua função; entre o senador e a liberta; entre o tutor e a tutelada menor de vinte e seis anos, não se podiam legitimar pelo seguinte casamento, embora posteriormente tornado possível, dos seus paes naturaes. (99)

21 — Era de regra invariavel, pois consultava a constituição da sociedade romana, que as *justae nuptiae* só se permitissem aos cidadãos romanos. (100) É ainda que ao tempo de JUSTINIANO fosse de todo facilitada a aquisição dos direitos de cidadania, inclusive pela liberalização

(98) Fr. 11, D. de statu hominum, I, 5.

(99) BONJEAN, loc. cit.

(100) Princ. I. de nuptiis, I, 10.

das condições relativas ao *status libertatis*, (101) os escravos, durante a servidão, permaneceram sempre extranhos á *civitas*, e desprovidos do *ius connubii*.

O proprio concubinato, *inaequale conjugium*, era uma fórmula de união defesa aos escravos, e aos seus efeitos não se assemelhavam os do *contubernio*, que lhes era o meio natural de ligação, fosse esta estabelecida entre dois escravos, ou entre uma escrava e um homem livre, já que proibida era a união de uma mulher livre e um escravo. (102) Daí a razão porque somente os filhos de mulher ingenua, ou livre, segundo os textos, se podiam legitimar pelo casamento subsequente de sua mãe.

Entretanto, por uma singular derrogação desse principio, declarou JUSTINIANO possível a legitimação dos filhos de uma mulher escrava, *ancilla*, contanto que o pae não tivesse outros filhos legítimos, (103) o que mais tarde esclareceu ser licito, uma vez que, pelo proprio dote fornecido, a escrava se tornava livre, e assim o seu

(101) § 3, I. de *libertinis*, I, 5; MAYNZ, "Droit Romain", (1856), vol. I, § 101.

(102) ANTOKOLETZ, op. cit., nº. 39.

(103) Nov. 18, cap. 11.

filho: *ut ex ipsa dotis inscriptione simul, et libertas tribuatur, et jus suorum.* (104)

22 — A transformação do *concubinatus* em *justae nuptiae*, de que pudesse decorrer a legitimação dos filhos havidos em comum, dependia, por lei, da redação de um instrumento dotal, ou de um contrato nupcial, que autenticasse a vontade dos paes de realizar o *justum matrimonium*.

Este, na verdade, só se considerava contraído *postea dotalibus instrumentis compositis.* (105)

O *instrumentum dotale* não era necessario á validade do casamento, nem formalidade imprescindível á formação do vinculo matrimonial, sabido que o elemento constitutivo do matrimonio era essencialmente a vontade dos conjuges, comprovada pelo começo da realização da vida em comum: *nuptias non concubitus, sed consensus facit.* (106)

Uma vez que a cohabitação já se verificára no concubinato, mistér se fazia comprovar então a superveniencia do elemento consensual das justas nupcias, pelo ato constitutivo do dote.

(104) **Authent.** (Nov. 78, cap. 3) **nova alia, C. de nat. lib. V, 27.**

(105) § 13, **I. de nuptiis, I, 10.**

(106) **Fr. 15, D. de condicionibus, XXXV, 1.**

IV

23 — O instituto da legitimação por subsequente casamento, vigente no direito patrio, filia-se ao Direito Justiniano.

As suas características, entretanto, romperam essencialmente as tradições do direito originário.

É ponto nuclear da lei civil brasileira :

— a legitimação irrestrita dos naturais e espúrios.

No Direito Romano, era a particularidade básica do instituto :

— a legitimação, apenas, dos filhos naturais nascidos *ex concubinato*.

—

Por Direito Romano, operavam a legitimação dos filhos as *justae nuptiae*, que o pai contraísse com a sua concubina, sendo essa ingenua, ou livre.

—

Ao matrimonio devia preceder a redação do instrumento nupcial ou dotal, que comprovasse o proposito dos paes de converter o concubinato em casamento e o desejo de legitimar os filhos já havidos.

Era condição da legitimação que o casamento dos paes fosse possível, segundo as leis, ao tempo da concepção do filho.

Só com o seu assentimento, podia o filho natural, e por isso *sui juris*, recaír, pela legitimação, sob a *patria potestas*, consequente ao matrimonio.

Os filhos de *stuprum*, os incestuosos, adultérinos ou sacrilegos, os *spurii*, ou *vulgo concepti* em geral, eram extranhos aos beneficios da legitimação.

A legitimação *per subsequens* concedia aos filhos naturaes, em toda a sua extensão, os direitos resultantes da filiação *ex justis nuptiis*.

BIBLIOGRAFIA

- Antonio Joaquim Ribas* — “Curso de Direito Brasileiro” — 1915.
- Borges Carneiro* — “Direito Civil” — 1851.
- Candido de Oliveira* — “Manual do Codigo Civil ”— 1929.
- Candido Mendes de Almeida* — “Codigo Philippino” — 1870.
- Carlos Maximiliano* — “Direito das Sucessões” — 1937.
- Carvalho Santos* — “Codigo Civil Interpretado” — 1937.
- Charles Maynz* — “Elements de Droit Romain” — 1859.
- Clovis Bevilaqua* — “Direito de Familia” — 1933.
- Clovis Bevilaqua* — “Codigo Civil Comentado” — 1928.

- Coelho da Rocha* — “Direito Civil” — 1852.
- Daniel Antokoletz* — “Tratado de Derecho Romano” — 1930.
- Eduardo Espinola* — “Anotações ao Código Civil”
— 1922.
- Estevam de Almeida* — “Manual do Código Civil” — 1925.
- Ferreira Alves* — “Manual do Código Civil” — 1928.
- Ferreira Coelho* — “Código Civil Comparado, Comentado e Analisado” — 1920, 1933.
- F. Mackeldey* — “Manuel de Droit Romain” — 1846.
- Gaston May* — “Elements de Droit Romain” — 1927.
- Georges Bonjean* — “Explication Methodique des Institutes de Justinien” — 1878.
- Hermenegildo de Barros* — “Manual do Código Civil” — 1929.
- Itabaiana de Oliveira* — “Tratado do Direito das Sucessões” — 1936.

- João Arruda* — “Do Casamento” — 1911.
- João Luiz Alves* — “Codigo Civil Anotado” — 1917.
- Manoel Paulo Merêa* — “Codigo Civil Brasileiro” — 1917.
- M. Ortolan* — “Explication Historique des Institutes de l’Empereur Justinien — 1857.
- Netto Campelo* — “Direito Romano” — 1914.
- Perdigão Malheiros* — “Sucessão dos Filhos Naturaes” — 1857.
- Pontes de Miranda* — “Direito de Família” — 1917.
- Raymundo Wilmart* — “Estudios de Derecho Romano” — 1905.
- Reynaldo Porchat* — “Curso Elementar de Direito Romano” — 1937.
- Spencer Vampré* — “Institutas do Imperador Justiniano” — 1937.
- Teixeira de Freitas* — “Consolidação das Leis Civis” — 1876.
- Virgilio de Sá Pereira* — “Direito de Família” — 1923.