

A filiação ilegítima e a Constituição de 1988

CLAYTON REIS

Professor na Universidade Estadual de
Maringá. Magistrado do Estado do Paraná.
Coordenador da Escola da Magistratura de
Maringá

SUMÁRIO

1. *Histórico.* 2. *Fundamentos jurídicos da família.* 3. *Evolução do conceito de família perante o direito.* 4. *A prole e a família.* 5. *Nova concepção social e legislativa da família.* 6. *Conclusões.*

1. *Histórico*

O *ius romanum* é a fonte originária do direito ocidental e, em particular, do direito civil brasileiro. O moderno direito de família é constituído de inúmeras referências quirritárias, consagrado por vários preceitos oriundos do *Corpus iuris civilis*.

No antigo direito romano, a organização religiosa da família sobressai-se diante da sua estrutura político-institucional⁽¹⁾.

O culto familiar era assim, de importância transcendental para os romanos e, todas as relações civis gravitavam em torno dessa comunidade mística.

(1) PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 1977, p. 8: "No antigo direito romano, a organização religiosa da família sobreleva a qualquer outro aspecto seu. Os historiadores dão notícia de um culto doméstico, o culto dos ancestrais, veneração dos *diu lares*. Cada dia o chefe da comunidade familiar "congregava todos os membros em torno do altar, e ali solenemente oficiava, propiciando os seus *penates*, os deuses de sua família, que, em troca da reverência deviam protegê-lo só a eles e aos seus. Eram deuses particulares, cujo culto pertencia a cada família, e no qual o estranho não podia ser admitido."

O filho era aquele que o pai apresentava perante o altar, para suceder ao *pater* na sua celebração.

Por tais motivos, a filiação romana não se lastreava na consangüinidade, sem que o cerimonial religioso tornasse o recém-nascido um *agnato*.

Dessa forma, a família romana não era constituída de pressupostos democráticos, como atualmente. Na realidade, constituía-se em uma entidade política, centrada na autoridade do *paterfamilias*.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, destacando o pensamento de Jhering (2), proclama:

“O lar romano era o templo do amor e da moralidade, que não se submetia às regras mortas do direito.”

Por sua vez, FUSTEL DE COULANGES (3) retrata com fidelidade em sua obra *A cidade antiga* a pureza do lar romano, origem de todo sentimento de imaculabilidade da família moderna, conforme se denota:

“Pode-se calcular todo o respeito e afeto recíprocos que essas crenças inspiravam na família. Os antigos davam às virtudes domésticas o nome de piedade: a obediência do filho ao pai e o amor dedicado à mãe chamavam de piedade, *pietas erga parentes*; o afeto do pai pelo filho e a ternura da mãe eram também piedade, *pietas erga liberos*. Tudo na família era divino. Sentimento do dever, afeição natural, ideal religioso, tudo se confundia e se exprimia pela mesma palavra.”

E, adiante, em sua obra citada (4), destaca:

“A antiga moral, pautada por essas crenças, ignorava a caridade mas, pelo menos ensinava as virtudes domésticas. O isolamento da família foi, entre essa gente, a origem da moral.”

Portanto, dentro dessa hermética estrutura familiar, regida mais por conceitos de natureza ritualística do que por sentimentos de afeto, o filho proveniente das relações extraconjugais era uma pessoa absolutamente estranha ao núcleo social da família, posto que era excluído de participar do culto familiar.

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (5) “o filho proveniente das relações extraconjugais não estava *in potestate*, não trazia o *nomem familiae* ou *gentile*, não herdava do pai”.

(2) PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 9.

(3) COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga*, São Paulo/SP, Editora Hemus — Livr. Editora Ltda., 1975, p. 78.

(4) COULANGES, Fustel de, ob. cit., p. 79.

(5) PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 10.

Na realidade, as idéias transmitidas pelos nossos antepassados objetivavam penalizar o filho ilegítimo e, não quem o gerasse.

O procedimento, além de estranho, é patético e inconsistente, já que penalizava uma terceira pessoa, que não teve participação no seu ato gerador, absolvendo os responsáveis que, de forma quase sempre impensada e imatura, acarretaram a geração.

Esse pensamento perdurou durante séculos, decorrente da severidade dos padrões impostos pela Igreja Católica.

Com a queda do Império Romano, e a conseqüente invasão bárbara, que trouxe no seu bojo novos e rígidos conceitos morais, marcados ainda pela influência acentuada da Igreja Católica, o casamento é protegido. Os filhos naturais, ou gerados fora da relação matrimonial, passaram a ter um tratamento severo. Na lei lombarda, o filho ilegítimo não possui direito de suceder.

Para o costumeiro direito francês, havia inclusive um brocardo usual nos costumes vigentes nessa época — "*Bâtards ne succedent*".

2. Fundamentos jurídicos

Para o Código Civil Brasileiro (art. 337), filhos ilegítimos são aqueles concebidos na constância do casamento ou que procedem de *justae nuptiae*. Essa legitimidade é ainda considerada na hipótese prevista no art. 338, I e II, do mesmo *codex* (6).

O nosso estatuto civil primou pelo conceito fundado no princípio de que somente o congresso carnal do homem e da mulher, unidos pelo casamento legal, é que legitima os frutos advindos dessa união material.

Na realidade, o casamento em nossa época continua ainda a receber importante influência da religião predominante, ou seja, a católica, que mantém rígidos esquemas de proteção à família. Por outro lado, acentua-se na atualidade a influência de outras doutrinas religiosas, que pregam fortes conceitos morais aos consortes, contribuindo de forma marcante, para a consolidação dos laços que mantêm a família unida.

Essa influência é importante na medida em que impulsiona e consolida os princípios basilares, que servem de sustentáculo aos pilares, que mantêm a família coesa em torno dos padrões de moralidade.

(6) MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, Direito de Família, 17ª ed., São Paulo/SP, Ed. Saraiva, 1978, p. 237: "Com a declaração são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento: afirma o código princípio segundo o qual *pater is est quem nuptiae demonstrat*. Com os recursos de que dispõe, procura o legislador enfrentar e resolver o mistério da concepção e da paternidade, até agora impenetráveis."

Para WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (7)

“É inegável, todavia, a generalização do fato social, que revela o estado de decadência a que chegou a sociedade hodierna.”

E, adiante, em nota de rodapé, conclui o mesmo autor, citando VALVERDE:

“O concubinato, união de fato mantida sem formalidade alguma e constituída muitas vezes com mulheres de condição social inferior, representa a exaltação do egoísmo no homem, que deseja satisfazer suas necessidades sexuais com o mínimo de responsabilidade e deveres.”

Assim, é fácil concluir que a família deve ser antes de tudo uma entidade moral. Isto porque as idéias almejadas pela *mens legis* não se resumem apenas em preceitos de moralidade.

Na ótica de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (8)

“Na união livre, como adverte SAVATIER, não há fidelidade, obediência, assistência obrigatória. Tudo isso, dado por amor, não deve durar senão enquanto puder durar esse amor. Os amantes nenhum compromisso assumem para o futuro; a independência de ambos é sagrada. *Nas páginas de suas vidas nada se escreve com tinta indelével* (destaquei).”

Por tais motivos, a família no momento presente, antes de constituir uma entidade jurídica, deve ser erigida à condição de uma instituição, situada entre o direito privado e o direito público (9).

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 226, conceituou a família como sendo “a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado”.

Essa conceituação diverge frontalmente daquela definida pelo texto constitucional anterior, de 1967, que, em seu artigo 175, dispôs:

“A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

(7) MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 17.

(8) MONTEIRO, Washington de Barros, idem, p. 21.

(9) MONTEIRO, Washington de Barros, idem, p. 4: “A propósito, sustenta RUGGIERO, que o direito de família se destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público; que venha a se tornar futuramente direito público é coisa que se não pode afirmar, mas se sobressai no direito privado, de molde a constituir espécie à parte, é fato que não pode ser posto em dúvida.”

Denota-se claramente que a Carta Magna brasileira erigiu a família não apenas sob o manto tradicional do casamento. *A contrario sensu*, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar⁽¹⁰⁾.

A nova orientação, imprimida pelo legislador, tem como pressuposto criar um ambiente jurídico-institucional-social, que possibilite a formação de uma célula comunitária sadia.

A nova redação do art. 377 do Código Civil Brasileiro deve ser ampliada de forma a permitir o reconhecimento do filho ilegítimo ampla e irrestritamente, a fim de integrá-lo sem discriminação de qualquer natureza no universo dos seres humanos que foram gerados legalmente.

Todavia, o procedimento exige cautela. Isto porque, na medida em que o texto legal permita essa interpretação, admitirá, em tese, a legitimidade das relações extraconjugais. Restaria saber se a sociedade encontra-se suficientemente amadurecida para reprimir seus impulsos eminentemente materiais e inconseqüentes.

3. *Evolução do direito*

A rejeição dos filhos ilegítimos funda-se em regras de moralidade, e tem como escopo proteger a família regularmente constituída. Nesse aspecto, a influência moralizadora dos rígidos princípios adotados pelo Direito Canônico foi marcante, conforme destacamos⁽¹¹⁾.

Todavia, o concubinato era anteriormente uma instituição legal admitida pelas Leis Julia e Papia Poppae, que foram amplamente difundidas na sua época.

A filiação, da mesma forma, sofreu uma natural evolução ao lado desses rígidos princípios moralizadores da Igreja Católica. A filiação do filho concebido fora do casamento outorgou-lhe os mesmos direitos dos filhos legítimos, princípio que se acentuou em nossa legislação e — foi, na realidade, uma conquista do espírito humano e da melhor compreensão dos fatos que compõem a realidade social de nossa época.

(10) SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código Civil Interpretado, Direito de Família*. 5ª ed., São Paulo/SP, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1953, p. 325: "A regra é que a coabitação seja principalmente física, vivendo os cônjuges sob o mesmo teto para melhor poderem cumprir seus deveres conjugais."

(11) MONTEIRO, Washington de Barros, *ob. cit.*, p. 16: "O cristianismo combateu o concubinato com o apoio moral público e com a autoridade de SANTO AGOSTINHO e SANTO AMBRÓSIO. Os concílios de Toledo (ano 400), Basileia (ano 431) e Latráo (ano 1516) insurgiram-se contra a tolerância por ele desfrutada, até merecer a condenação do Concílio de Trento. Atualmente, considerando-o jurídica e socialmente nocivo, o Código de Direito Canônico estabelece várias sanções para os concubinos (Cânones 1.078, 2.357, Par. 2º e 2.358)."

A Lei n.º 3.200, de 19-4-1941, que dispôs sobre a organização e proteção da família, abrandou a questão da filiação ilegítima, conforme se observa pelo texto do seu artigo 14.

O mesmo ocorreu posteriormente com o advento da Lei n.º 883, de 21-10-1949, que, em seu artigo 1.º, admitiu o reconhecimento do filho nascido fora da relação matrimonial.

Posteriormente, a Lei n.º 6.015, de 31-12-1973, no seu artigo 29, par. 1.º, letra "b" e "c", admitiu a averbação das decisões judiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos.

Todavia, foi a Lei n.º 6.515, de 26-12-1977, que, em seu artigo 51, concedeu uma nova e derradeira dimensão na conquista do reconhecimento amplo do filho ilegítimo, ao alterar a redação do texto do art. 2.º da Lei n.º 883/49, e estabelecer no *caput* do citado artigo que

"... qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições".

Por seu turno, a Lei n.º 6.697, de 10-10-1979, em seu artigo 35, ao proteger o menor em situação de irregularidade, sem questionar a legitimidade da sua filiação, admitiu o registro do referido menor, semelhante à do filho legítimo. Não há dúvida que se trata de marcante posição no direito positivo, no sentido de beneficiar o menor abandonado e o filho ilegítimo.

Os textos legislativos, acima apontados, demonstram de forma clara e precisa a evolução do pensamento do legislador, no sentido de eliminar, derradeiramente, as barreiras da filiação ilegítima, vontade que se materializou no espírito dos constituintes e que resultou consagrado no art. 227, par. 6.º da Carta Magna de 1988.

A idéia adotada pelos novos dispositivos citados, em particular a Constituição de 1988, funda-se em princípios de autêntica fraternidade, retratando sentimento de afeição devotado ao próximo. Afinal, a lei deve ser uma norma de união e não de separação entre seres humanos. Por seu turno, as diferenças sociais e econômicas, que nos diferenciam na escala humana, são apenas de natureza material e, portanto, temporais. Somente as idéias, os sentimentos e os valores do espírito são perenes e capazes de unir as criaturas na sua efêmera e transitória existência. São esses sentimentos que nortearam e vêm orientando o *mens legislatoris*, na edição de novos textos, que objetivam legitimar os filhos havidos fora do matrimônio.

4. *A prole e a família*

Há quem afirme ser a geração da prole a finalidade maior do casamento, fundado no texto bíblico do "crescei e multiplicai-vos."

A Encíclica *Casti Connubi*, de 1930, disciplinou que a razão do casamento assenta-se na formação da prole, na fidelidade e assistência recíproca dos consortes, na conformidade prescrita no Código Cânico (12).

Na realidade, se o casamento se consuma pela união decorrente dos sentimentos de afeição (*affectio maritalis*) entre os consortes, ele se consolida como instituição com o advento dos filhos. Afinal, a prole gerada no âmbito familiar concretiza a geração e estimula nos pais o sentimento natural de proteção e amor. Os filhos, sob essa ótica, possibilitam o desenvolvimento no ambiente em que foram gerados, dos sentimentos nobilitantes entre os familiares — que enobrecem e enriquecem a pessoa humana.

Para Ghandi, “podemos constatar (o amor) entre pai e filhos, entre irmãos, entre amigos, mas temos de aprender a usar essa força entre tudo que vive, no uso dela está o conhecimento de Deus. Onde existe o amor, existe a vida, o ódio leva à destruição.”

O art. 231 do Código Civil Brasileiro, preceitua como consequência do casamento, “a fidelidade, a vida em comum, mútua assistência e o sustento e guarda dos filhos.”

Assim, nesse ambiente societário, é que haverá de resultar as consequências dessa união estável — os filhos.

Todavia, sempre que a prole for gerada fora desse recanto familiar — tão importante e necessário ao equilíbrio psíquico do ser humano —, há o rompimento de três princípios, a saber: o legal (fidelidade), o moral (*affectio maritalis*) e o religioso (o sacramento — no caso da Igreja Católica, ou a afinidade espiritual na hipótese de outras doutrinas religiosas).

O fato é que os filhos gerados, fora do convívio do matrimônio não podem e nem devem ser estigmatizados por causa desse fato. Somente quem cometeu o delito ou rompeu com os princípios de ordem legal e moral é que deveria, na realidade, ser penalizado.

Infelizmente, em época de abrandamento das normas de moralidade, que acentuam as paixões humanas, os resultados advindos desse fato são danosos para a civilização. O homem e a mulher se aviltam, quando buscam no prazer desenfreado a solução dos seus conflitos íntimos, não vislumbrando, na maioria das vezes, as graves consequências desses atos impensados — a geração de filhos indesejados, sem falar nos incontáveis abortos criminosos.

(12) MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 11: “*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae (Canon 1.013, par. 1º).*”

A geração é, sem dúvida, o mais sagrado dom que o Supremo Geômetra concedeu ao ser humano, quando outorgou-lhe o poder de gerar a vida.

É inquestionável que o ambiente familiar sadio e alicerçado em princípios de valores morais e cristãos contribui para a geração de homens e mulheres equilibrados e conscientes de suas responsabilidades para consigo mesmos e para com a sociedade.

5. *Nova concepção social e legislativa da família*

O art. 227, par. 6.º, da Constituição de 1988 proibiu toda e qualquer diferença entre filhos legítimos e ilegítimos, revogando expressamente os artigos 358 e 364 do CCB.

Pelo novo texto constitucional, mesmo os filhos gerados na mais repugnante situação, entre as pessoas civilizadas — os incestuosos —, poderão ser reconhecidos sem distinção de qualquer natureza.

O avanço no direito de família, admitido pelo texto constitucional referido, é motivo de grandes indagações, já que poderá resultar na errônea interpretação do sentido preconizado pelo legislador, particularmente em época de pouca solidez moral.

Todavia, é preciso que a sociedade esteja preparada para o advento de uma nova ordem social, decorrente da aprimorada postura legislativa.

Para EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE (13):

“O disposto no art. 277, par. 6.º da Constituição atual, reflete, com ineditismo e avanço invulgar, esta nova ordem moral na qual o justo se impõe mesmo ao arrepio da lei. O humanismo paira soberano no salutar princípio que vedou tratamento discriminatório entre pais e filhos. A filiação deixa de depender do estado dos pais (de casados ou não) e, tão-somente, o aspecto biológico — da descendência de alguém passa a ser considerado.”

E, adiante EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE conclui:

“Na nova previsão constitucional valoriza-se sobremaneira o ente humano isolado, que passa a valer *motu proprio* (por si só), independente de sua origem, raça ou condição social. Realiza-se um ideal de justiça sempre apregoado, embora tão pouco aplicado — o de que todos são iguais perante a lei. Pela primeira vez, na história jurídica brasileira, se concretiza, em toda sua plenitude, o princípio da isonomia legal.”

A proibição de quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação, contida no texto constitucional, representa um grande avanço no

(13) LEITE, Eduardo de Oliveira, Doutor e Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá, em entrevista pessoal realizada pelo autor.

direito de família. A figura do filho ilegítimo desaparece no direito civil, para ser substituído pela figura do filho biológico, nas mesmas condições do filho legal.

A regra opõe-se ao conceito tradicional de filiação legítima, gerado no ambiente familiar.

Para JEFERSON DAIBERT ⁽¹⁴⁾, citando ROBERTO DE RUGGIERO:

“O mais perfeito estado familiar, aquele que determina a maior quantidade de relações, quer pessoais, quer patrimoniais, no âmbito da família, é o estado de filho legítimo.”

O direito brasileiro, como destacou EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “inovou ao permitir o reconhecimento do filho ilegítimo, sem quaisquer distinções, em relação a outros institutos”. Nesse particular, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, destaca em sua obra citada ⁽¹⁵⁾:

“Assim entendendo, o nosso direito procede diversamente de outros sistemas que negam o ingresso do filho reconhecido na família paterna e levam o preconceito a ponto de dizer que o filho natural não é parente de seu pai, e que a família repele o bastardo.”

O Código Civil espanhol não estabelece nenhuma diferença entre a filiação matrimonial e não matrimonial, conforme se observa em seu artigo 108. A mesma orientação adotou o Código Civil argentino em seu artigo 240. Todavia, o Código Civil uruguaio imprimiu no seu artigo 227 a mesma orientação acolhida no Código Civil brasileiro.

A inovação constitucional brasileira objetivou afastar a repulsa que a sociedade possui aos filhos concebidos fora do casamento. Afinal, não é o parto que define a personalidade das criaturas, senão as forças da geração ou fatores de ordem genética e espiritual, que concorrem para a formação do homem consciente.

Os filhos, inobstante sejam causa de uma relação carnal, nem sempre são frutos das idéias e sentimentos dos entes biológicos que os geraram. Como acentuou EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE,

“são entidades autônomas que *motu proprio*, realizam sua função histórica e social, independente de sua origem, raça ou condição social.”

6. Conclusões

No transato da história os padrões de rigidez e falsa moralidade foram marcantes na formação estrutural da família, que cederam, no

(14) DAIBERT, Jeferson, *Direito de Família*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 1973, p. 268.

(15) PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 3ª ed., Rio de Janeiro/RJ, Ed. Forense, 1979, p. 236.

transcurso do tempo, aos novos impulsos, fundados basicamente na valorização do ser humano.

A Constituição de 1988 projetou inovadora concepção acerca dos filhos concebidos fora da relação matrimonial. Ao proibir quaisquer diferenças, o texto contornou os rígidos esquemas sociais, que estabeleciam distinções entre filhos legítimos e ilegítimos.

Não há dúvida que, por força do texto constitucional de 1988, é imperioso a edição de normas legislativas referentes aos filhos ilegítimos. PEDRO SAMPAIO, em seu comentário a respeito da Constituição 1988 ⁽¹⁶⁾ destaca:

“Desse novo regime jurídico decorrem importantes consequências, tais como as do direito sucessório e dos alimentos, pois o adotado equiparado que está ao filho de sangue, não tem mais o seu parentesco limitado ao do pai adotivo, senão estendido a todos os parentes deste.”

A nova Carta Magna edificou um novo lugar para os filhos ilegítimos, tanto quanto o Anteprojeto do Código Civil, propõe uma postura de absoluta isonomia entre o homem e a mulher no casamento, procurando assim, projetar a família do futuro, fundada em normas de segurança, igualdade absoluta entre os seus membros e, sobretudo, movida por laços de amor e fraternidade.

O estabelecimento dessas novas regras legislativas de comportamento familiar objetivam conduzir a instituição família a situações estáveis no campo das emoções — valorizando os seus propósitos, na medida em que lhe concede autonomia na escolha dos seus rumos.

Somente com o advento do tempo será possível realizar uma avaliação acerca dos resultados advindos dos novos rumos, delineados pela família moderna.

A possibilidade do reconhecimento de todo e qualquer filho, sem questionar a sua origem, cria sem dúvida um universo de pessoas físicas que não poderão sofrer qualquer discriminação de ordem legal, social ou moral.

O legislador, além de inovar, principia em estabelecer normas de comportamento para a família do futuro — livre de preconceitos e da tutela do Estado. Nesse sentido, a orientação legislativa, que não consegue fugir dos componentes sociais, cria idéias-forças capazes de construir um núcleo familiar de encontro entre seres humanos, livre da herança e preparada para autoconduzir-se nos complexos caminhos da existência humana.

(16) SAMPAIO, Pedro, *Alterações Constitucionais nos Direitos de Família e Sucessões*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 1990, p. 35.