

A FAMÍLIA ILEGÍTIMA

Orlando Gomes Prof. da Fac. de Dir.
da Univ. da Bahia
Autor do Proj. de Ref. do Código Civil

1. Concubinato e Realidade Natural do Casamento.
2. Legitimação das Uniões Estáveis.
3. Condição dos Filhos Ilegítimos.
4. Condição da Companheira.
5. Atribuição de Efeitos Jurídicos ao Concubinato.
6. O Concubinato no Brasil.
7. Conversão do Matrimônio de Fato em Matrimônio Legal.
8. Pressupostos da Legitimação.
9. Relações Pessoais e Patrimoniais Entre Concubinos.
10. Justificação da Política Legislativa de Reconhecimento de Efeitos Jurídicos ao Concubinato.

1. A proteção à família não se exaure nas disposições concernentes ao matrimônio.

Pelo casamento, constitui-se a família legítima. Forçoso é reconhecer, porém, a existência da família que não se origina do ato solene instituído pelo Estado para legalizar a união conjugal.

Tôdas as legislações preocupam-se com sua existência.

Tem-se desenvolvido, ultimamente, a tendência para intensificar a disciplina do concubinato, ampliando-se seus efeitos, principalmente em relação à prole.

Concorrem para a adoção dessa política legislativa diversos fatores, resumidos em seguida.

Funda-se o casamento na *vontade inicial*, solenemente declarada ao juiz, e irreatável, da qual nasce, incontinentemente, a família legítima, subordinadas as relações assim criadas a normas inderrogáveis pela vontade das partes. Mas a tendência para facilitar o divórcio, permitido por mútuo consentimento em muitas legislações e favorecido pela multiplicação de suas causas, está deslocando o fundamento do matrimônio para uma *vontade contínua*. Não se regride, evidentemente, à concepção romana, que vinculava seus efeitos à combinação de dois elementos: a convivência e a *affectio maritalis*, dos quais nascia e se

cimentava o mundo de afetos mais vasto que é a família ⁽¹⁾. Exige-se, entretanto, que perdurem os sentimentos determinantes da união conjugal, uma vez que se possibilita o rompimento do vínculo matrimonial se seu desaparecimento torna intolerável a vida em comum.

Em contrapartida, tende-se, doutrinariamente, a atribuir maior organicidade à união conjugal, pretendendo alguns que tenha existência jurídica distinta dos cônjuges, constituindo *pessoa jurídica*.

Reduz-se, por outro lado, a autonomia privada nas relações entre marido e mulher mediante a concessão de poderes ao juiz, cada dia mais amplos, para intervir nessas relações com vistas ao reforço do vínculo, sempre que se relaxa a força de coesão do grupo.

O novo modo de interpretar a realidade natural do casamento decorre, em grande parte, da destruição da unidade da família, da sua contração e perda das funções tradicionais nos campos econômico e político.

Limitada nos dias correntes à pessoa e aos bens dos cônjuges e dos filhos, resume-se a uma associação pessoal fundada na convivência, de cunho puramente doméstico.

A emancipação da mulher e a maior independência dos filhos modificam-lhe a estrutura no sentido de sua democratização. Deixa de ser um grupo organizado monarquicamente sob a autoridade de um chefe.

Por outro lado, o interesse do Estado em que se legalizem as uniões sexuais desenvolve-se juridicamente no sentido da certeza que oferecem quanto às relações que originam. Importa-lhe que estejam bem definidos os *estados* de família, quer o de cônjuge, quer o de filho. Esse é, segundo PADOVA, o escopo do direito matrimonial, que determina funções e finalidades nas relações entre cônjuges e seus descendentes, todos co-interessados na satisfação dos interesses familiares e sobretudo do interesse supremo da geração ⁽²⁾.

2. Sob todos esses aspectos, verifica-se o interesse do Estado moderno de legitimar as *uniões estáveis*, provenham, ou não, de matrimônio.

Importa menos o ato solene de constituição da família do que a *vontade continua* de manter os vínculos afetivos que sustentam a perduração do grupo familiar. As transformações por que passou a família favorecem sua organização *a latere* do matrimônio, mormente nos países em que vigora o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Tendo-se facilitado, por outro lado, o reconhecimento dos filhos ilegítimos e se permitido, para certos efeitos, que a condição de *companheira* seja declarada, como ocorre para fins assistenciais e previdenciais, atinge-se, embora em grau menor, aquela certeza das relações jurídicas que constitui a finalidade precípua do Direito Matrimonial. Reconhecendo os Tribunais, por fim, que a *companheira* faz jus ao recebimento de parte do patrimônio do concubinário, que ajudara a formar, admitem-se efeitos à união livre, posto não equiparáveis aos do matrimônio.

3. Todas essas conseqüências constituem, entre nós, *jus receptum*. Previstas na lei, ou consagradas nos tribunais, atestam a existência jurídica de um *matrimônio de fato* ao lado do *matrimônio de direito*.

O Projeto do Código Civil formalizou-as sem hipocrisia.

(1) BONFANTE, *Istituzione di diritto romano*, pág. 182, Milão, 1934.

(2) *La famiglia*, pág. 80, Milão, 1955.

De referência aos filhos, igualou os de toda condição, não distinguindo, entre os ilegítimos, os simplesmente naturais dos adulterinos, senão quanto a êstes a época em que se tornam reconhecíveis. Eliminou o tratamento desigual que a *Lei nº 833* lhes dispensa, ao lhes assegurar apenas, e a título de amparo social, metade do quinhão hereditário que couber aos filhos legítimos.

A *investigação de paternidade* não dependerá mais da preexistência de uma das condições previstas no Código vigente. Bastará ao investigador, para propor a ação competente, e obter a declaração de paternidade, provar a coincidência da concepção com as relações sexuais da mãe com o presumido pai, ou que o comportamento dêste para com aquêle equivalha a inequívoca admissão de paternidade (3).

Aos filhos ilegítimos se atribuirá o nome *patronímico* do genitor que os houver reconhecido (4), devendo ser omitidas, no registro, quaisquer enunciações que fizerem conhecida a filiação, se daí resultar escândalo (5).

Se os cônjuges estiverem *separados de fato* e da mulher nascer filho, a presunção de paternidade poderá ser ilidida por prova em contrário (6). Dissolvida a sociedade conjugal, pelo desquite ou pela morte do marido, assistirá ao verdadeiro pai do filho adulterino o direito de reconhecê-lo, em ação proposta juntamente com a mãe, e ao filho o de demandar o reconhecimento da filiação (7).

Em suma, o *status* de filho não resulta apenas da presunção de paternidade firmada no casamento, mas se torna mais facilmente determinável a fim de que os deveres oriundos da paternidade não se descumpram devido às dificuldades de estabelecê-la.

4. Quanto à situação da companheira, endossa o *Projeto* solução humana, sem se utilizar dos artifícios que vêm empregando os tribunais para ampará-la. Admite, francamente, sua participação na sucessão do concubinário, a exemplo do que prescreve o Código Mexicano, uma vez verificados os seguintes pressupostos:

- a) que o concubinário seja solteiro, desquitado, ou viúvo;
- b) que, com êle, tenha vivido nos últimos quatro anos;
- c) que haja colaborado no aumento ou conservação do seu patrimônio.

Recolherá a totalidade da herança não havendo parentes sucessíveis do concubinário. Caso contrário, concorrerá com êsses parentes, variando sua participação conforme o grau de parentesco dos herdeiros (8).

Quer, portanto, em relação aos filhos, quer em relação à mulher, tende o direito pátrio à atribuição de importantes efeitos jurídicos à união extra-matrimonial, mais não tendo feito o *Projeto* do que captar essa tendência e expressá-la, com franqueza, em termos inequívocos. Estende-se, em síntese, o Direito Matrimonial à família ilegítima, no pressuposto de que alguns efeitos da união sexual mais se prendem, verdadeiramente, à sua estabilidade do que propriamente ao ato específico de que legitimamente deriva.

(3) Art. 205.

(4) Art. 37, § único.

(5) Art. 18, § 2.º.

(6) Art. 224.

(7) Art. 224, § único.

(8) Art. 668.

5. Claro é que a proteção dispensada à família ilegítima não se deve igualar à que se proporciona à família constituída pelo matrimônio, pois, do contrário, a própria lei estaria a desacreditar o instituto do casamento. Não cabe, entretanto, condenar a política de reconhecimento dos efeitos da união livre, em nome de falsos pressupostos éticos. Não é o ato formal do casamento que interessa realmente ao Estado, mas o que êle representa como forma de união duradoura entre um homem e uma mulher para finalidades essenciais à vida social. Se desse ato prescindem os que livremente se unem, mas, sem êle, fundam família estável, cujos laços o tempo consolida, a política a ser seguida pelo legislador não é a de ignorá-la, libertando-os, com essa atitude, dos deveres que tôda união dessa espécie deve originar. Seguramente não deve o Estado estimular a formação de famílias ilegítimas. Outra coisa não fazem, porém, as leis que nenhum efeito reconhecem à união livre; dificultam o reconhecimento dos filhos ilegítimos, e proibem, ou limitam excessivamente, a investigação de paternidade.

Demonstra a experiência que a multiplicação dos concubinatos se deve em grande parte à recusa de se lhe atribuírem efeitos jurídicos. A liberdade de constitui-los e dissolvê-los seduz a quantos não querem assumir as graves responsabilidades do casamento, inclinados, que são, a essas ligações ilegítimas, para se furtarem aos deveres impostos pela lei às pessoas casadas.

6. Mas o problema do concubinato não teria maior importância social se as causas únicas de sua preferência fôsem a facilidade de rompê-lo e o propósito de não assumir as responsabilidades matrimoniais. Agrava-se, entre nós, por duas razões muito mais relevantes:

- a) a impopularidade do casamento;
- b) a difusão do matrimônio religioso.

Nas camadas mais pobres da população prevalece ainda, até nos centros urbanos, a *união livre*. No interior do País, tem, de regra, maior estabilidade; nas cidades mais adiantadas, apresenta-se, não raro, como ligação menos estável. A realização do casamento, apesar da política de facilitá-lo, demanda formalidades que a desestimulam em certas camadas da população. Por outro lado, falta-lhes educação suficiente à exata compreensão do significado desse ato. Prescindem-nos com tanta naturalidade que se pode afirmar a impopularidade do casamento nesses meios, no sentido de que preferem simplesmente se juntar a unir-se mediante o solene ato do matrimônio. Pelo número de filhos naturais e pela proporção dos casamentos, verifica-se que realmente predominam as uniões livres, embora não haja elementos seguros para se saber se resultam preponderantemente de simples junção do casal ou de matrimônio religioso não registrado.

Copioso ainda é, com efeito, o número dos que se casam apenas perante a Igreja, principalmente no interior do País. Tais casamentos configuram concubinato. A dignidade de que se revestem torna chocante a assimilação. Contudo, é forçoso reconhecer a condição de concubinários nos que contraem matrimônio religioso sem promover sua eficácia civil.

A despeito de se lhe ter atribuído a validade do casamento civil se observadas certas exigências da lei, o matrimônio religioso continua a ser largamente praticado sem o cumprimento das formalidades necessárias à sua equiparação ao casamento civil. Dêste costume resulta a proliferação de casais que não se unem legitimamente.

7. Por êsses motivos principais, torna-se irrecusável o reconhecimento de que, entre nós, o *matrimônio de fato* é mais difundido do que *casamento de direito*, em certos estratos sociais.

Cumpra ao legislador atentar para sua existência e procurar facilitar sua legitimação, dado que das uniões legítimas somente se distinguem pela ausência do ato formal de celebração.

Facilitar a conversão do *matrimônio de fato* em *matrimônio de direito* é um dos propósitos do *Projeto*.

De referência ao *casamento religioso* sem eficácia civil, sugere medidas tendentes a favorecer sua legitimação.

Permitirá, primeiramente, que qualquer interessado promova seu registro, se o celebrante não o fizer nos oito dias seguintes à sua realização, desde que observadas as exigências para a eficácia civil do ato ⁽⁹⁾.

Admitirá tal registro a todo tempo, a requerimento do casal, provando êles que poderiam ter satisfeito as exigências para que seu *casamento religioso* tivesse eficácia civil ⁽¹⁰⁾.

Vai adiante, ao legitimar o cônjuge sobrevivente, ou qualquer dos filhos do casal extinto, a requererem o registro, a fim de que o casamento, já dissolvido, tenha, desde a celebração, a validade de matrimônio civil ⁽¹¹⁾.

Com essas permissões, institui o *Projeto* o *matrimônio legitimado*, que produz todos os efeitos jurídicos do casamento civil, dêle se distinguindo apenas por ser posterior o registro e ter, como pressuposto, o casamento religioso.

A *legitimação* requer:

- a) prova de que, ao tempo da celebração, podiam os nubentes habilitar-se ao casamento civil;
- b) na constância do casamento religioso, requerimento firmado por ambos os cônjuges;
- c) dissolvido o vínculo matrimonial pela morte de um dos cônjuges, requerimento firmado pelo outro, ou por qualquer dos filhos do casal.

Não compete ao legislador civil prescrever a *forma* de legitimação do casamento religioso. Declara apenas a necessidade do requerimento e comprovação do pressuposto. Ditará o Código do Processo as exigências formais. Provavelmente determinará que o requerimento se dirija ao juiz competente e seja firmado pelos próprios interessados, proibida a representação. Deverá ser, de logo, instruído com a certidão do casamento religioso e as provas exigidas para a habilitação, como se houvesse esta de ser feita ao tempo da celebração do matrimônio. Seria aconselhável exigir-se a ratificação do pedido perante o juiz, em audiência a que compareçam pessoalmente os interessados, para o confirmarem de viva voz, em declarações concomitantes tomadas por termo e, desde então, irretiráveis. Legitimar-se-ia o casamento por sentença homologatória, transcrita no registro do casamento civil, fiscalizado o processo, desde o início, pelo Ministério Público. Cercar-se-á, possivelmente, de maiores exigências a legitimação dos casamentos dissolvidos, convido, nesses casos, seja pedida

(9) Art. 89, § 1.º.

(10) Art. 89, § 2.º.

(11) Art. 89, § 2.º e 90.

a prova da *posse de estado*, isto é, da convivência conjugal. Ocorrerá uma dificuldade na legitimação requerida pelo cônjuge sobrevivente: a prova de que o cônjuge falecido aquiesceria na legitimação — prova que seria indispensável em face do entendimento incontestável de que o casamento é essencialmente *consenso*. Pode a lei, entretanto, inferir da convivência, e de outros fatos, que não teria havido oposição. Com tal presunção, afasta-se a idéia de que, nesses casos, a legalização se fará pela vontade do juiz.

A sentença de legitimação do casamento religioso será *declaratória*, retroagindo, por conseguinte, à data da celebração, resguardados, obviamente, os direitos de terceiros. Limitar-se-á, com efeito, a confirmar um vínculo já existente, que não recebera desde a formação consagração legal.

8. A equiparação de todo *casamento religioso* ao *matrimônio de fato*, potencialmente eficaz sob o ponto de vista civil, não é a legalização do concubinato, como poderia parecer a quem a considerasse sob o aspecto puramente técnico. Atenta a circunstância de que a realização exclusiva do casamento religioso predomina no interior do país, responde ao interesse superior de tornar mais fácil sua eficácia civil. São uniões estáveis, duradoras, respeitáveis, de regra, que devem produzir todos os efeitos jurídicos atribuídos à forma de casamento prescrita na lei, que, verdadeiramente, só se faz necessária pelo registro. É, assim, de grande interesse social facilitar a legitimação de tais casamentos.

Conviria adotar a mesma política em relação às uniões estáveis que não se originam, entretanto, de matrimônio religioso. Bastaria atribuir à *posse de estado* efeitos mais amplos, admitindo-a como prova do casamento não apenas quando, falecidos os cônjuges, é contestado em prejuízo da prole comum.

Dever-se-ia permitir, com as devidas cautelas, a legitimação das uniões consagradas pela *posse do estado de casado*, mediante requerimento do concubiniário sobrevivente ou de qualquer dos filhos do casal, salvo, evidentemente, se provada a existência de impedimento matrimonial.

Comprovada pelos interessados a convivência e a economia comum, numa palavra, a contínua manifestação, perante terceiros, de relações matrimoniais, o registro dessa união como casamento após sua dissolução pela morte de um dos concubinários importaria o reconhecimento daquela *vontade contínua* que estabiliza as famílias muito mais vigorosamente do que a *vontade inicial* solenemente declarada.

A legitimação *post mortem*, longe de enfraquecer a constituição de famílias legítimas, contribuiria para estimular sua formação num país em que as uniões extramatrimoniais ocorrem antes por motivos de ordem social do que pessoal. De fato, numerosas pessoas que vivem como marido e mulher não se casam porque tenham o propósito de não se unirem pelo matrimônio, mas, simplesmente, porque o casamento não é julgado necessário em seu meio social, ou se torna vexatório, difícil, ou inútil. Convivendo, porém, por toda uma longa vida, criando e educando filhos, procedendo, enfim, como se fôssem casados, não se deveria impedir ao sobrevivente que, em benefício próprio, ou da prole, promova a legitimação desse casamento de fato, tão legítimo aos olhos de todos quanto os provenientes de celebração regular.

A permissão legal para legitimá-lo seria apenas um passo à frente na tendência para amparar a companheira do homem solteiro, desquitado, ou viúvo, hoje à mercê da boa vontade de juizes progressistas.

Do ponto de vista doutrinário, a atribuição dêsse efeito à *posse de estado* representaria sua valorização como expressão da *vontade contínua* de se manterem unidos quantos assim convivem. Em várias legislações, a estimação da posse de estado como prova de casamento vai ao ponto de se considerá-la apta a sanar qualquer defeito de forma na celebração do casamento. Entre nós, não se pode contestar em prejuízo da prole comum o casamento de pessoas falecidas na posse do estado de casados⁽¹²⁾. Admiti-la, pois, em determinadas circunstâncias, como fundamento da legalização de um concubinato que se desenrolou como um *casamento aparente* não implica aceitação do *matrimônio de uso*, senão apenas o reconhecimento de que, em relação à família, a posição do Estado deve ser a de facilitar sua legitimação, subordinando as uniões ilegítimas, sempre que possível, às normas de ordem pública que regulam o casamento.

Evidentemente importa, como diz CARBONNIER, que a população de um país, em sua *major et sanior pars*, considere o casamento a forma normal das relações sexuais⁽¹³⁾. Não é possível ignorar, porém, o *concubinato* ou *matrimônio de fato*, tempo já sendo de encarar e disciplinar suas conseqüências sem a fuga para disposições de direito patrimonial, no vão esforço, tecnicamente incorreto, de fingir uma neutralidade moral que se não consegue dissimular.

9. Entre as pessoas unidas pelo concubinato se estabelecem, indistintamente, *relações pessoais e patrimoniais* muito semelhantes às que decorrem do casamento.

Distinguem-se, sob o ponto de vista das relações pessoais, em dois aspectos principais: 1 — a liberdade de rompimento; 2 — a inexistência da presunção de paternidade.

O *concubinato* pode ser dissolvido livremente, sem qualquer causa e independentemente de processo. Da ruptura não decorrem, em princípio, efeitos.

Contudo, resistências ao rompimento têm sido admitidas indiretamente, como salienta CARBONNIER. Usam os tribunais de certos recursos técnicos para amparar a concubina abandonada pelo amante, fundando a responsabilidade dêste, na França, sobre a sedução⁽¹⁴⁾. Pouco importa, entretanto, o fundamento da condenação, pois em verdade se assegura à concubina abandonada direito a obter, sob forma de indenização, o que talvez lhe não tocasse como espôsa.

Do concubinato não decorre a *presunção de paternidade*, mas um dos pressupostos para a propositura da ação de investigação de paternidade consiste precisamente na existência de relações sexuais constantes entre a mãe do investigante e o pretense pai. Admitido, por outro lado, que a *arca custodia ventris* representa um dos elementos constitutivos do concubinato, sua comprovação aproxima-a da presunção de paternidade, principalmente em face da tendência para facilitar a destruição da presunção.

Quanto às *relações patrimoniais*, é certo que não tem o concubinário o *dever de sustento* impôsto ao marido. Todavia, os tribunais têm admitido sua responsabilidade pelas compras efetuadas pela concubina, recorrendo à noção de *aparência*. Não teria ela o *poder doméstico* atribuído à mulher casada, considerado por alguns como exercício de um *mandato tácito*, mas a suposição geral de que é casada permite a ação contra o amante para cobrança dos fornecimentos feitos, bastando que com êle viva maritalmente.

(12) Cód. Civil, art. 203.

(13) Droit Civil, t. I, pág. 457.

(14) Op. cit., pág. 461.

Difundiui-se a crença de que entre os concubinos se estabelece, em determinadas circunstâncias, uma *sociedade de fato*, de sorte que, dissolvida a união pela morte do concubinário, ou pelo abandono, a concubina faz jus ao recebimento de parte do patrimônio que concorreu para formar, não raro como se casada fôra pelo regime da comunhão de bens.

Os Códigos, em geral, não asseguram *direito sucessório* à concubina. Excetua-se o do *México*. Seguiu-lhe o exemplo o *Projeto*. Observadas certas condições, herdará do concubinário, as mais das vèzes em concurso com outros herdeiros, como visto.

10. Em suma, quer se socorrendo de artifícios técnicos, quer se reconhecendo diretamente efeitos, o concubinato traz conseqüências jurídicas que precisam ser bem definidas na lei para evitar que a tendência humanizadora dos tribunais ultrapasse a medida.

Importa, sobretudo, conceituar o concubinato de sorte que tais efeitos se atribuam unicamente ao que se apresenta com tôdas as características do *matrimônio de fato*. Negar aos concubinos, pura e simplesmente, de modo sistemático, as prerrogativas conferidas às pessoas casadas, liberando-os de responsabilidades, é política legislativa que, ao revés de descoroçá-lo, o estimula.

É conveniente, ao contrário, reconhecer-lhe alguns efeitos do casamento, como preconizou NAST em famosa crônica intitulada: "Para a união livre ou o crepúsculo do casamento legal", observando que o casamento rebaixa para o concubinato pela facilidade crescente do divórcio, e o concubinato se eleva para o casamento.

Necessário, apenas, que a regulamentação jurídica do concubinato se organize de sorte que não constitua estímulo à sua preferência como casamento de segunda classe. Não é preciso, porém, estatuir unicamente regras destinadas a tornar os concubinos responsáveis entre si e para com terceiros. O legislador deve ter a coragem necessária para proteger interesses que se criam por efeito de uma situação de fato, que não é aconselhável, mas não pode ser ignorada, não se limitando a se preocupar com ela somente quando se destrói.

Atento deve estar, por outro lado, para as peculiaridades nacionais, sobretudo quando lhe não permitem raciocinar em termos extraídos de padrões de moralidade inaptos à compreensão do significado psicológico de certos fatos sociais em nosso meio.

Referindo-se ao artigo do Código Mexicano que atribui direito sucessório à concubina e à disposição do Código Venezuelano que estabelece a comunhão de bens entre concubinados, CARBONNIER entende necessária a interrogação sobre a exata significação psicológica do concubinato na América Latina, perguntando: "n'est-ce pas simplement un concubinage par force majeure, par mauvaise organization de l'état civil dans les parties reculées du pays?" (15). Seguramente, e também pelo costume do casamento simplesmente religioso.

O tratamento jurídico do concubinato há de responder, entre nós, a essas particularidades, mais decisivas para determiná-lo do que conceitos moralizantes usados em outras terras para condenar situações semelhantes na forma mas com significação diferente.

(15) Op. cit., pág. 464.