

## FAMÍLIA DE FATO E FAMÍLIA DE DIREITO

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

*SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Amparo à Companheira - 3. Situação dos filhos extra-matrimoniais - 4. Comando da Família - 5. A Constituição de 1988 - 6. Conclusão.*

### 1. Introdução

No estudo dos aspectos evolutivos do direito brasileiro, tendo por objeto a “família de fato”, tomei como ponto de partida o Código Civil.

Neste monumento legislativo, as características predominantes eram de menos atenção e de maiores restrições ao fenômeno social da família que não assentasse nas sólidas bases do casamento.

Não obstante o Código Civil Brasileiro ter sido promulgado a 1 de janeiro de 1916, para ter início de vigência em 1 de janeiro de 1917, não sofreu nenhuma influência da I Guerra Mundial, porque basicamente era o Projeto elaborado por Clóvis Bevilacqua em 1899, e, na sua longa tramitação pelo Congresso, não recebeu o impacto que o conflito universal trouxe aos costumes e ao direito privado. Pouco se voltava o legislador para o fato social da família extra-conjugal.

Não se reconhecia nenhum direito à concubina.

Os filhos naturais podiam ser reconhecidos espontaneamente por qualquer dos pais, e investigar a paternidade ou maternidade. Não se admitia a atribuição de *status* aos espúrios. O direito sucessório era assegurado aos ilegítimos reconhecidos, porém reduzida à metade a respectiva quota, quando concorressem com filhos legítimos ou legitimados.

Dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite, considerava-se em doutri-

na como em jurisprudência que subsistia o dever de fidelidade conjugal, pelo que se tratavam como adúlteros os filhos de desquitados.

Aliás, pouco diferia o Direito Brasileiro da grande maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, especialmente dos que constituem com ele a grande família romano-cristã.

Foi, portanto, após a vigência do Código Civil que se operou maior desenvolvimento na situação jurídica da família natural. Para isto, concorreu em larga escala o espírito liberal de civilistas eminentes, e uma grande receptividade dos tribunais a essas contribuições. A jurisprudência, posto não tenha caráter normativo, nem se erija em fonte formal do direito, realizou enorme trabalho construtivo, abrindo estradas por entre as concepções reacionárias e, desta sorte, por via de interpretação dos textos vigentes, colocou o direito brasileiro entre os mais adiantados, no plano dos direitos da família natural. Inovações foram absorvidas pela Legislação, até que consagradas na Constituição Federal de 1988.

No desenvolvimento deste estudo, apreciarei destacadamente esses aspectos: 1. Introdução; 2. Amparo à companheira; 3. Situação dos filhos extramatrimoniais; 4. Comando da família; 5. A Constituição de 1988; 6. Conclusão.

## **2. Amparo à Companheira**

O organismo familiar merece, em todos os tempos, a atenção da ordem jurídica. Todas as civilizações o têm estruturado, prestigiando e amparando. Nem por isso, todavia, existe uniformidade conceitual em torno deste fenômeno social. Ao longo da História, e na variação geográfica dos sistemas legislativos, seu ordenamento varia. A concepção religiosa e patriarcal na cidade antiga, descrita por Fustel de Coulanges, por Von Jhering, por Mommsen e Marquardt, por Ludovic Beauchet, retrata um determinado padrão, que o desenvolvimento político, econômico e social cultivou por um largo período multi-século, projetando os seus enfoques até o século XX.

À senhoria feudal e à nobreza de sangue seguiu-se a aristocracia econômica, refletindo na família opulenta e luxuosa. A ascensão da burguesia, a revolução industrial, a aceitação do trabalho feminino competitivo, na estrutura administrativa do Estado e da empresa privada, trouxeram novas conotações à figura da mulher no organismo familiar. Ainda mesmo nos países de maior apego às tradições, o nosso século, e a nossa geração, assistiram a profundas e notórias transformações na condição da mulher dentro do direito, e também na sociedade. Bem significativa é a observação de Jenks ("The Book of English Law", edição revista por Davies, pág. 214): numa sociedade hermética e conservadora como a inglesa, sofre a mutação profunda, onde se reputava inal-

teráveis o seu *status*, mas encaminhando-se no rumo de se não considerar mais uma classe excepcional.

Quem, pois, acompanha a curva evolutiva da situação jurídica da mulher na família ocidental, observa que num curto espaço de tempo, notoriamente estreito em confronto com os largos períodos anteriores, ocorreu uma das mais profundas alterações que a História registra.

Especialmente no Brasil, as modificações foram enormes. Estruturada a Nação no enquadramento de um colonialismo que desapareceu há pouco mais de um século, e predominando uma legislação quinhentista e seiscentista até o primeiro quartel deste século, é espantosa a adaptação do organismo familiar às tendências liberalizantes dos tempos atuais. Mais nos costumes, a princípio, do que no direito positivo. Este, devido a um sem número de fatores, ainda conservou por largo tempo certas reminiscências de uma ordem jurídica superada pela força dos acontecimentos. A comparação, entretanto, do padrão social da família muito bem descrito nas obras literárias da segunda metade do século XIX e dos primeiros anos do século XX, com a quase desenvoltura de nossos dias, revela os traços de uma revolução de profundidade.

Até aqui tenho ante os olhos a mulher na vida de família legalizada, asentada sobre a base robusta do casamento.

Paralelamente, porém, há o fenômeno da “família de fato”, que é uma realidade. Se se atentar para os dados estatísticos, verificar-se-á que são muito mais frequentes e muitíssimo mais numerosas as situações em que ocorre essa realidade. Nas classes menos favorecidas, a concubinação é habitual. Para isso concorrem dificuldades financeiras, displicência, desamor ao casamento, facilidades de relacionamento sexual. Nas mais abastadas, é menos usual entre pessoas livres de impedimentos matrimoniais. Tendo em vista, porém, a indissolubilidade do matrimônio (somente agora levantada), as uniões livres proliferam quando um dos amásios é separado (ou ambos o são), obstando que legitimem a sua ligação. Não deixa de ser impressionante a liberdade sexual na geração jovem.

O legislador - e aqui me refiro ao legislador como figura abstrata e sem me ater ao concretismo de qualquer nacionalidade - por largo tempo fechou os olhos à sua existência. Ignorou, ou quase ignorou, o fato natural da família, como se não houvesse, neste mundo atormentado, senão casais bem constituídos e famílias formadas pelos laços conjugais.

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico dos povos ocidentais, somente a custo, e um tanto temerosamente, passou a considerar, há relativamente pouco tempo, que a par da família legítima existe, e numericamente ponderável, a família natural. Ou, numa fórmula sucinta, a sociedade se constitui da “família de direito” e da “família de fato”.

As reuniões de pessoas de sexo diferente, com o nome de concubinato, ou então de união livre, foram encaradas como realidade. O conceito do concubinato alterou-se. Partiu da situação quase-matrimonial - "semi matrimonium" da vida em comum "quoad thorum et mensam" - para a reunião concubinária, em que se dispensa a convivência sob as mesmas telhas e a total dependência econômica, para se admitir como tal a união frequente, posto que em existência separada, desde que a ligação seja notória, contínua e inspirada ao sopro de uma ostensiva fidelidade (Savatier, "La Recherche de la Paternité" n° 45, Planiol, Ripert et Rouast, "Traité Pratique de Droit Civil", vol. II, n° 905; Arnaldo Medeiros da Fonseca, "Investigação de Paternidade", n° 161; Filadelfo Azevedo, *in* Revista Forense, vol. 81, pág. 581; Caio Mário da Silva Pereira, "Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos", n° 52).

A denominação mesma mudou. Parece que o jurista se envergonha do nome tradicional, que lhe recorda o anterior repúdio da sociedade às ligações extra-conjugais, preferindo designá-las de maneira que supõe talvez menos chocante e mais simpática: "união livre" - (Savatier, "Le Droit, l'Amour et la Liberté", pág. 133; Jean Carbonnier, "Droit Civil", vol. II, pág. 181; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, "Leçons de Droit Civil", vol. I, n° 706).

Questão apenas de designação, pois que sociologicamente exprimem a mesma condição, e juridicamente concubinato e união livre podem dizer-se sinônimas (Edgar de Moura Bittencourt, "O Concubinato no Direito", vol. I, n° 3).

Em face destas considerações, cumpre, então, atentando em que a família é um fenômeno sociologicamente natural, examinar a "família de fato", na realidade jurídica brasileira contemporânea, e tendo em consideração a figura constitucional da "entidade familiar", a que me refiro em o n° 5, deste trabalho.

E aqui cumpre, desde logo, enfatizar a ação jurisprudencial, dado o enorme valor que imprimiu à evolução dos direitos da mulher, na família de fato.

O primeiro pressuposto, que se enuncia em termos de generalização, é que o concubinato, considerado em si mesmo, não gera direitos para a mulher. Ela não pode, pelo só fato de viver amasiada, reivindicar um *status*. Argumenta-se que, se se lhe reconhecessem quaisquer direitos sob o fundamento da união livre, criar-se-ia uma espécie de sub-casamento, ou de união para-conjugal equiparável ao matrimônio, e *ipso facto*, fazendo-lhe concorrência e por isto mesmo desprestigiando-o.

O reconhecimento de direitos à companheira efetiva-se, portanto, por via indireta, à medida que a elaboração doutrinária liberal incide no trabalho das cortes de justiça, e estas vão imprimindo aos textos interpretação favorável. O

legislador, manietado por concepções reacionárias, vai-se libertando aos poucos de preconceitos e prejuízos, para, muito timidamente embora, atribuir efeitos à união livre.

Enquanto perdura esta, não se cogita propriamente da postulação de direitos. Os amantes socorrem-se, não faltando, à mulher, o amparo do homem, quando ocorre a subordinação econômica, nem sempre necessária, pois que o trabalho fora do lar oferece a ela condições de subsistência, que não raro dispensam ajuda. Neste caso, a contribuição masculina é menos positiva, salvo se há co-habitação dos amantes, quando então os encargos de manutenção da casa correm pelo varão, ou pelo menos na sua parte mais substancial.

Enfatiza-se, entretanto, a problemática, no momento em que cessa o relacionamento, seja pela morte do amásio, pelo abandono em que deixa a companheira, seja ainda em razão de ruptura da ligação, pura e simples.

Contra a negativa formal de direitos à concubina, os tribunais têm então construído uma doutrina de proteção, sob fundamentos diferentes.

De primeiro, as pretensões ajuizadas fundavam-se numa prestação de serviços. A mulher pleiteava do ex-amante, ou de seus herdeiros, um pagamento a título de salários acumulados, por serviços domésticos, por trabalho de casa ou de escritório. Os tribunais acolhiam os pedidos, ressaltando o princípio de moralidade expresso em que a remuneração jamais poderia compreender o “pretium carnis”, ou o pagamento da pura e simples satisfação sexual.

Por largo tempo proliferou esta técnica, abalada depois, de um lado, pelos abusos em que a tendência jurisprudencial veio incidir, e de outro pela defesa baseada na prescrição, tendo em vista que as pretensões salariais prescrevem em cinco anos. Havia caso de êxito judicial após porfiada luta, que se esmaeciam da fase executória do julgado, reduzido a dois anos o período coberto pelo provimento jurisdicional. Ainda hoje concedem indenização por “prestação de serviços”, exigindo entretanto a “prova dos serviços prestados”.

Substituindo-o, levantou-se em juízo, com acolhimento jurisprudencial, nova tese, baseada esta em que o concurso da companheira, para a constituição do patrimônio do amásio, permitia-lhe ressarcimento, sob pena de implicar em “enriquecimento sem causa”. Aproximando essa situação a uma espécie de “sociedade irregular ou sociedade de fato”, a cassação da relação concubinária enseja a partilha dos haveres comuns, em analogia com a liquidação das sociedades. A tese encontrou tal acolhida, que se integrou na Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, expressa na Súmula nº 380 *in verbis*: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Como se vê, há o reconhecimento de um direito, mas subordinado à evidência de uma situação material, a ser comprovada: é preciso que a concu-

bina demonstre a associação de bens ou de força de trabalho, estabelecendo-se que o esforço comum deu nascimento a uma “sociedade de fato”. No entendimento racional da Súmula convém assinalar que a exigibilidade da prova não significa, necessariamente, o trabalho material ou a cooperação comercial. Muitas vezes ocorre que o apoio moral “in domo”, a contribuição por aproximações, por incentivos, sobriedade de gastos, estímulo podem levar-se em conta, na estimativa do patrimônio comum (Edgar de Moura Bittencourt, “O Concubinato no Direito”, vol. I, nº 107).

Embora não ocorra no direito brasileiro a “rule of preceding” dos sistemas de Common Law, a autoridade da Súmula é manifesta, ensanchando as demandas neste sentido. As Cortes, coibindo abusos, mas não contraditando a tese, opõem-lhe no entanto resistência, mostrando-se mais rigorosas na apuração da “quaestio facti”, com a exigibilidade mais rígida dos requisitos probatórios.

Noutro sentido, ainda, vinga a doutrina de proteção, quando se reconhece, *ad iudicio*, o direito ao ressarcimento, fundado na culpa aquiliana, uma vez demonstrada existência de promessa não cumprida de casamento, de perda de emprego, e até mesmo de abandono injustificado, quando após anos de convivência, a mulher é abandonada, numa fase de vida em que não tem mais condições de recompor uma situação (cf. Savatier, “Le Droit, l’Amour et la Liberté”, pág. 149; Marty et Raynaud, “Droit Civil”, tomo I, vol. 2º, nº 368, pág. 413; Nooman M. K. Gooma, in “Repertoire Dalloz-Sirey”, 1971, Chr., pág. 148), tese aliás que a Corte de Apelação de Paris já admitiu desde 1955, como se vê em “Repertoire Dalloz”, 1955, J., pág. 100.

No plano legislativo, alterações merecem salientadas. Algumas de maior profundidade. Outras, mais superficiais.

A primeira, pela sua relevância, foi a instituição do casamento religioso com efeito civis.

A luta pelo casamento civil, no país, percorreu larga faixa de desenvolvimento. A fim de avaliar a significação deste movimento, cumpre recordar que, em nosso direito anterior, considerava-se o catolicismo religião oficial do Império, e, de conseguinte, válido somente o matrimônio celebrado segundo as normas do Concílio de Trento, e em observância da Constituição I do Arcebispado da Bahia (cf. Candido de Oliveira, in “Manual Lacerda”, vol. V, pág. 16).

Com o crescimento demográfico e o ingresso, no País, de outras confissões, ocorreu em relação aos seus filiados, como aos agnósticos, esta situação anômala: ou sujeitarem-se a forçar sua consciência, unindo-se perante o ministro de uma crença que não professavam, ou deixaram de se casar.

Compreendendo-o, veio a Lei de 11 de setembro de 1861, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, admitindo e regulando o matrimônio de

pessoas pertencentes a seitas dissidentes, sob cujo império passaram a ter eficácia as três modalidades matrimoniais reconhecidas: o casamento católico, sob aquelas prescrições; o civil, entre pessoas não sujeitas à religião oficial; e o casamento misto, de pessoa católica com um acatólico (Lafayette, "Direitos de Família", § 10).

Foi, contudo, com a República (aliás nos albores desta) que se instituiu o casamento civil com o Decreto 181-A, de 24 de janeiro de 1890 (cf. o seu desenvolvimento na monografia de Macedo Soares, "Do Casamento Civil").

Vindo logo depois, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 estabeleceu o princípio de secularização do casamento civil, de maneira drástica e radical, pois o seu art. 72, § 4º rezava: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita". Sua implantação custou enormes sacrifícios, servindo de bandeira a uma sangrenta guerrilha rural, com o nome de "guerra de Canudos", fomentada pelo fanatismo de Antonio Conselheiro, e levada a efeito pelos seus seguidores (cf. Euclides da Cunha, "Os Sertões").

País de maciça maioria católica, conhecia, então, dois casamentos: eclesiástico e civil, a que os nubentes se sujeitavam, um para satisfação de sua crença, e outro para produção de efeitos civis. Se o primeiro atendia aos imperativos de consciência, somente o segundo tinha efeito no mundo secular. Perante a lei civil, o casamento religioso não passava de um concubinato. A bênção do ministro celebrante, a consideração social, a receptividade da família, posto que notórias, não transmudavam, perante o direito leigo, aquela situação de fato para uma de direito, embora eclasiasticamente matrimonial a união.

As consequências eram graves, quer para os cônjuges, que não participavam do regime de bens que só o casamento civil admitia; quer para os filhos, que não adquiriam o estado de legitimidade, inclusive fomentando, em muitos casos, o abandono do outro cônjuge (as mais das vezes a mulher), e nova união, sem que se pudesse coibir sob os rigores civis e penais da bigamia.

E sendo numerosíssimos, grande parcela da população vivia em condições concubinatórias, não obstante as pompas e solenidades da núpcia tridentina.

A Constituição de 1936 (art. 146) admitiu, e a Lei 379, de 16 de janeiro de 1937 regulamentou o casamento religioso com efeitos civil. O silêncio da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, a respeito, e as modificações advindas da Lei 3.200, de 19 de abril de 1944, levaram à prática do casamento religioso com efeitos civis enorme desprestígio, e quase nenhuma aplicação. Na vigência da Constituição de 18 de setembro de 1946 foi elaborada e promulgada a Lei 1.110, de 23 de maio de 1950, que regula o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, estabelecendo os requisitos para sua validade, especialmente ligadas à habilitação (que pode ser prévia ou posterior) e ao registro.

A princípio recebida com certa desconfiança, agravada pelos empecos criados por alguns oficiais do registro civil menos esclarecidos, veio a ganhar foros de aceitação plena, e prática diuturna.

E constitui um grande passo na evolução do direito familiar, permitindo elevar a esposa eclesiástica à posição de mulher legítima, sem discriminação injustificável, aberrante numa população essencialmente crente.

No campo previdenciário, a legislação estende à companheira do trabalhador as condições de esposa, reconhecendo-lhe os benefícios mediante simples indicação ao Instituto de Previdência Social, ou, na sua falta, justificação judicial em processo de jurisdição graciosa. Numa extensão em que bem revela o espírito liberal das côrtes de justiça, conhecem-se julgados em que o litígio travado entre a mulher legítima e a concubina é decidido em favor desta, quando se consegue provar a co-habitação e a dependência econômica em relação ao amásio falecido.

E a Lei de Acidentes no Trabalho concede à companheira do trabalhador a indenização infortunística, preferencialmente à esposa, em se provando que esta abandonou culposamente o marido.

Numa visão de mais ampla perspectiva, a Constituição Federal de 1946 (art. 157, alínea XVI) enunciou princípio que se repetiu na Reforma Constitucional de 1967 (artigo 158, XVI) e na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (art. 165, nº XVI), segundo o qual a previdência social assegurará amparo em caso de doença, velhice, invalidez e morte, e proteção à maternidade, sem fazer qualquer distinção entre a família de fato e a família legalizada.

O Projeto de Lei nº 1.369, de 1950, equiparava à condição de esposa, a companheira do trabalhador solteiro, viúvo ou desquitado.

A Constituição de 1988 assegura plena proteção à mulher, sem restrição relativamente ao *status* matrimonial (art. 201), e efetiva a igualdade jurídica do homem e da mulher.

### 3. Situação dos filhos extra-matrimoniais

Os filhos extra-matrimoniais encontram em o direito brasileiro, como aliás em quase todos os sistemas jurídicos ocidentais, maior compreensão e mais desvelado cuidado por parte do legislador.

No Brasil, é sensível e notória a tendência legislativa de lhes reconhecer *status*. Enquanto em outros sistemas jurídicos observa-se o fenômeno que Raoul de la Grasserie apelidou de “lei da oscilação”, e que consiste em restringir efeitos na medida em que se facilita o reconhecimento e vice-versa (Raoul de la Grasserie, “Recherche de la Paternité”, pág. 6), em o nosso a curva evolu-

tiva é constante, seja para facilitar a atribuição de estado ao filho natural, seja para ampliar os efeitos do reconhecimento.

O Código Civil de 1916 já permitia que o filho ilegítimo fosse reconhecido espontaneamente pelos pais (art. 355), como atribuía ao filho ação de investigação de maternidade (art. 364) e de paternidade (art.363).

Esta última tem cabida nos casos de concubinato, de rapto ou relações sexuais, bem como de escrito do pai, admitindo a paternidade, ainda que não revestido dos requisitos de validade de um reconhecimento formal.

Aos filhos adúlteros e incestuosos era, contudo, vedado adquirir estado (art. 358). A eles somente se admitia a concessão de alimentos (art. 405), quando ficasse positivada a filiação mediante escrito do pai, e bem assim nos casos de anulação do casamento ou prolação de sentença não provocada pelo filho.

Os filhos naturais reconhecidos tinham o direito à sucessão paterna, na qualidade de herdeiros necessários, mas, quando concorriam com filhos legítimos, os reconhecidos na constância do casamento recebiam a metade do que a estes viesse tocar (art. 1.605, § 1º).

Quanto ao mais, vigorava a equiparação plena entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos (art. 1805).

De 1916 a esta parte, doutrina, legislação e jurisprudência fizeram mão comum na concessão e extensão dos direitos aos filhos naturais.

O primeiro movimento, de profundidade, que se verificou foi a conceitualização dos filhos de desquitados.

Proibido o divórcio “a vinculo”, a dissolução da sociedade conjugal pelo desquite importava na subsistência do vínculo matrimonial.

Numa interpretação fluente e moente nos primeiros anos de vigência do Código Civil, predominava o entendimento, segundo o qual o desquite não desobrigava os cônjuges do dever de fidelidade conjugal. Daí a consequência de se reputarem adúlteros os filhos de desquitados.

Contra esta interpretação “ad unguem” da sistemática do Código, insurgiu-se boa parte de civilistas pátrios, sustentando que a separação legal, se não rompia os laços que prendiam os cônjuges, restituía-lhes contudo a liberdade sexual, uma vez que cessava o dever de coabitação. E, por via de consequência, proclamam que os filhos de desquitados não são adúlteros, porém simplesmente naturais. Em meu livro sobre “Os Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima” (nº 19) posteriormente transformado em “Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos” (nº 20), arrolei numerosos autores e arestos sustentando esta postura.

Sendo, porém, controvertida a matéria, e ponderável a corrente reacionária, era vacilante a jurisprudência, apontando-se, no outro sentido, bom número de arestos.

Sentindo os inconvenientes desta insegurança, o legislador baixou o Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942. Seu objetivo foi encerrar essa pendência. Fê-lo, porém, em termos imprecisos, o que suscitou novas dúvidas. O teor da disposição era este: "O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido, ou demandar que se declare sua filiação" (art. 1º).

Em obra, inequivocamente pioneira, editada em 1947, sustentei então que não só pelo desquite a sociedade conjugal termina. Outras causas há, muito mais graves, e são a morte e a anulação do matrimônio, com efeitos muito mais extensos porque dissolvem a sociedade conjugal e também o vínculo matrimonial. Logicamente, ainda nesses casos deverá aplicar-se a doutrina liberal. E concluí eu: "Ora, se também pela anulação do casamento ou pela morte de um dos cônjuges a sociedade conjugal termina (Código Civil, art. 315); se durante a vigência da sociedade conjugal o filho adúlterino não pode ser reconhecido, mas, se após sua dissolução pelo desquite, mesmo em vida do outro cônjuge, pode ser-lhe atribuído estado pelo reconhecimento; - "a fortiori" conclui-se que nas outras hipóteses a aplicação racional do Decreto-lei nº 4.737 não pode deixar de conduzir à faculdade de se conceder ao filho adúlterino capacidade para ser reconhecido, tanto mais que num caso o vínculo ainda permanece, e nos outros ou terá desaparecido pela anulação, ou estará roto pela mais forte de todas as contingências, a morte". (cf. meu livro "Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Illegítima").

A tese ganhou foros de aceitação, encontrando abrigo em diversos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, amparada entre outros, pelos dois maiores civilistas que o integravam, no seu tempo: Orozimbo Nonato e Hahnemann Guimarães.

Polemizada embora, uma vez que nenhuma proposição jurídica é imune à controvérsia, acolheu-a a doutrina.

Apoiada, destarte, sobre esses dois suportes valiosíssimos (doutrina e jurisprudência), faltava-lhe, contudo, a bênção legislativa.

E esta veio, com a Lei 887, de 21 de outubro de 1949, que se inaugura com este princípio: "Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação".

Ficou, portanto, consagrada, em nosso direito, a extensão do reconhecimento de paternidade (voluntário, como judicial) aos filhos adúlterinos, subordinados ao requisito de se achar dissolvida a sociedade conjugal, pelo desquite, pela anulação do casamento ou pela morte de um dos cônjuges (cf. meu livro "Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos").

É certo que o esforço equiparativo de todos os filhos, aos legítimos, ainda não terminara. Reformas legislativas recentes, em outros países, levam-no aos

incestuosos em alguns casos especiais (cf. Marty et Raynaud, "Droit Civil", tomo I, vol. 2º, pág. 507; Huet-Weiller, in "Filiation illégitime en droit comparé français et allemand", pág. 66).

No tocante aos efeitos, o reconhecimento, em nosso direito, integra o filho ilegítimo na família do pai, não se restringindo as relações de parentesco apenas a pai e filho. O ilegítimo tem direito ao nome paterno, desde que se não oponha a esposa; tem direito a alimentos, e sucede "ab intestato" ao pai.

Aquela diferença de tratamento a que me referi há pouco, outorgando-lhe a metade do quinhão, se é reconhecido após o casamento de seu pai, e concorre à herança deste com filhos legítimos (Código Civil, art. 1.805, § 1º), sofreu aniquilamento com a Carta Constitucional de 1937, que vedou ao legislador toda discriminação. Defendi, em 1947, o caráter auto-executável da norma constitucional, e, conseqüentemente, a plena igualdade (cf. meu livro "Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima").

Havendo a Constituição de 1946 silenciado a respeito, desenvolvi que a equiparação subsistia, mostrando que a lei revogadora de outra lei revogadora não restaura a lei primeiro revogada, senão quando o faz expressamente. Para tal, abracei, contra a tese repristinadora de Gianturco ("Sistema del Diritto Civile Italiano", vol. I, pág. 126), a de Gabba ("Teoria della Retroattività delle Leggi", vol. I, pág. 33).

E vi a minha proposição vencedora, como vencedora é, até hoje (cf. Vicente Rau, "O Direito e a Vida dos Direitos", vol. I, nº 263).

Ao ser publicado, para debates, o Ante-projeto de Código Civil, de 1972, restaurou a distinção. Desferi-lhe crítica segura (cf. meu livro "Reformulação da Ordem Jurídica e outros temas", pág. 197).

Tenho, também, criticado com alguma veemência o art. 2º da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que concede ao filho adulterino, reconhecido com base em seus ditames, somente a metade do que toca aos filhos legítimos e assim mesmo a título de "amparo social". A sua situação é, na verdade, de herdeiro. Uma vez reconhecido, não está mais na dependência de um favorecimento paterno, projetado nos seus herdeiros. Habilita-se na sucessão aberta do pai, para receber uma quota certa, a ele atribuída em propriedade. E sendo titular de um direito que lhe advém da abertura da sucessão paterna é vão denominá-lo diversamente, pois que este direito tem características hereditárias, e, por conseguinte, o seu titular deve qualificar-se sucessor "causa mortis", vale dizer, herdeiro. Não se justifica o subterfúgio da denominação "amparo social", nem se deve considerar precisa a configuração de "legado ex lege", como se procurou qualificá-lo. A minha tese, a final, tornou-se vitoriosa com a Lei do Divórcio (Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977), cujo art. 51, alterando o art. 2º da Lei 883, de 1949, estabeleceu a plena igualdade sucessória dos filhos, "qualquer

que seja a natureza da filiação”, e suprimiu o eufemismo de dar ao filho adúltero um “amparo social”. Hoje todos os filhos são “herdeiros”, e todos sucedem por igual (Sobre a equiparação plena, ver o n° 5 deste estudo, sob o epígrafe “A Constituição de 1988”).

#### 4. Comando da Família

Originalmente, a família em todos os sistemas jurídicos ocidentais é patriarcal. Assim se desenha nitidamente na configuração bíblica. Quando a História enfoca a organização familiar na Grécia e em Roma, os dois polos da estrutura política e jurídica da bacia mediterrânea, numa e noutra encontra a família submetida à autoridade de um chefe. Notadamente a família Romana. Vejam-se os depoimentos de Ludovic Beauchet (“Histoire du Droit Privé de la République Athénienne”), Fustel de Coulanges (“La Cité Antique”), Rudolph Von Jhering (“L’Esprit du Droit Romain”), Mommsehn et Marquardt (“Manuel des Antiquités Romaines, La Vie Privée des Romains”), Arangio Ruiz (“Istituzioni di Diritto Romano”), sem se falar nos Pandectistas, Windscheid, Glück, Van Watter, Dernburg, Ferrini, Arndt.

O Direito Português sofreu o fenômeno da “recepção do Direito Romano” encarnada na pessoa de um jurista que estudara na Universidade de Bolonha, por nome de João das Regras, apelidado Johannis a Regulis. E as Ordenações cronologicamente escalonadas desde as Afonsinas às Manuelinas e Filipinas mantiveram a organização em moldes patriarcais, não obstante a influência visigótica consignada no Breviário de Alarico ou Lex Romana Wisigothorum.

Assim estruturada, assim a recebemos, conservando-a, num curioso paradoxo histórico: continuaram vigente no Brasil até 1917, quando já haviam perecido desde 1867 em seu país de origem.

O Código Civil de 1916, não obstante todo o liberalismo de Clovis Bevilacqua, não conseguiu vencer aquelas características.

O marido é o chefe da sociedade conjugal (art. 233); o pátrio poder pertence ao pai (art. 379); e por morte deste à mulher (art. 380); a direção do lar cabe ao marido (art. 233). E numa aberração revoltante, a mulher que convolava a novas núpcias, perdia o pátrio poder sobre os filhos do primeiro leito (art. 393), recuperando-o, todavia, se de novo enviuvasse.

Anos de porfiada luta lograram, na aprovação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962), perfurar essa muralha, abolindo a incapacidade jurídica da mulher casada, alterando o art. 393, e sobretudo fixando a co-participação dos cônjuges no exercício da “patria potestas” e na direção do lar.

Testemunhando o espírito reacionário do direito privado, o Projeto de Código Civil atualmente no Congresso (Anteprojetos de 1972, 73 e 74 e Projeto de 1975) ainda não conseguiu libertar-se dos preconceitos do passado. O marido, pelo Projeto, ainda continua chefe da sociedade conjugal, ainda tem o pátrio poder, ainda conserva o poder de decisão, atribuindo-se à autoridade judiciária a solução das eventuais divergências.

No plano da família natural, poucas diferenças há.

Se à mãe cabe o poder sobre os filhos ilegítimos, perde-o para o pai, como efeito do reconhecimento.

Numa constante fidelidade aos conceitos liberais que toda a minha obra doutrinária reflete, venho defendendo sempre a aceitação de todos os princípios que visem à plena igualdade jurídica dos cônjuges, e à equiparação total dos filhos, sem discriminação se são legítimos, legitimados ou naturais.

A Lei do Divórcio (Lei 6515, de 1977) alterou diversos artigos do Código Civil, estabelecendo como regime legal de bens o da “comunhão parcial”, instituindo maior equiparação da mulher ao marido, a liberdade de estabelecer livremente o regime de bens para os que se casem após dez anos de vida em comum ou de cuja união tenham resultado filhos, além da equiparação plena dos filhos, já mencionada.

## 5. A Constituição de 1988

A Constituição de 1988 voltou suas vistas para os avanços liberais da legislação extravagante, e dedicou um Capítulo à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso, consignando reforma de profundidade. Aqui me refiro, com o fito de me não alongar, aos pontos básicos, sem lhes trazer qualquer comentário. Primordialmente proclama ser a família a base da sociedade (art. 226), como há mais de dois mil anos classificara-a Cícero “*Seminarium reipublicae*”, assentada fundamentalmente no casamento (art. 226, §§ 1º e 2º). De olhos abertos à realidade social, reconhece a “entidade familiar” na união estável entre o homem e a mulher (§ 3º) e na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º). Enuncia a absoluta igualdade jurídica na sociedade conjugal (§ 5º). Oficializa em definitivo o instituto do divórcio (§ 6º). Aprova o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, livre de qualquer imposição por parte de instituições oficiais ou privadas (§ 7º). Enuncia o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos abolindo a sua distribuição em classes e proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º). Em consequência foi votada a Lei 7.841, de 18 de outubro de 1989, que revogando o art. 358 do Código Civil, aboliu a proibição de se reconhecerem os filhos adulterinos e incestuosos.

Impõe aos pais o dever de criar os filhos menores, e a correlata obrigação dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, na carência e na enfermidade (art. 229). Signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em sessão de 20 de novembro de 1989, e ratificada em seguida pelo Brasil, o Congresso Nacional aprovou a Lei 8069, de 13 de julho de 1990, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 6. Conclusão

O Direito, no propósito de prestigiar o casamento e a família constituída sobre ele, manifesta tradicional e milenar repulsa à família de fato.

Esta, contudo, existe.

É um imperativo categórico da evolução da espécie humana, socialmente considerada.

É um fato natural, já o dizia, na sua linguagem florida Virgílio de Sá Pereira (“Lições de Direito de Família”) e repete-o Edgard de Moura Bittencourt (“O Concubinato no Direito”).

Fato social ou fenômeno natural, não necessita do legislador para sobreviver. Este deve comparacer para discipliná-lo sem a arrogância de um “deus ex machina”, e sem desconhecer que as normas construtoras que emite para coibi-la não impede que através de suas malhas a força telúrica das leis naturais encontre passagem.

Se projetarmos as luzes de uma análise rigorosa sobre os sistemas jurídicos modernos, e em particular eu me refiro ao direito brasileiro que sempre tive em vista no correr desta exposição, conluo que “família de fato” e “família de direito” cada vez mais estreitam o fosso de sua separação tendendo a uma unidade geradora de um organismo fundado na aferição, na confiança e no entendimento.

Esta é a tendência em todos os sistemas jurídicos na atualidade. Este é o lema fundamental de nosso direito, consagrado na Constituição de 1988, que eu apludo, não apenas porque se afina com as teses que sempre defendi em toda a minha obra doutrinária, como porque se sente ser a orientação dominante no pensamento jurídico brasileiro.