

LEGITIMAÇÃO PER SUBSEQUENS MATRIMONIUM

Ernani Guarita Cartaxo

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Paraná.

I

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

Foi sómente no último período histórico do Direito Romano, que a legislação, humanizada pela influência das novas idéias do Cristianismo nascente, veio considerar e favorecer a condição dos filhos naturais, nascidos *ex concubinatu*, ao mesmo tempo que estimular a regularização das uniões convencionadas fora das justas núpcias.

Obsoletas se tinham tornado, no Império, as formas matrimoniais, que importavam na sujeição da mulher à *manus* do marido ,ou do seu *pater*, e se exteriorizavam pela realização de certas cerimônias, que, embora não fossem condição do casamento, se destinavam, como na *confarreatio* e na *coemptio*, a demonstrar, de público, a admissão da mulher na comunhão de vida e dos sacrifícios domésticos do esposo (1). Nenhuma for-

(1) Sendo as *nuptiae* antes de tudo um estado de fato — o da vida dos cônjuges em comum — assinale-se a importância da *deductio mulieris in domum mariti* como característica do estabelecimento do *matrimonium*. Daí a impossibilidade do casamento pela ausência da mulher, a despeito da sua possibilidade na ausência do marido: Paulo, "Sent." 8 (2,19): "Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere "non potest". Pomponio, 5, D. (23,2): *Mulierem absenti per literas ejus vel per muntium posse nubere placet si in domum ejus dedu-*

malidade exterior, em consequência, assinalava, sob o Principado, a celebração do casamento, para o qual bastava a vontade dos cônjuges, (2) desde que esta se fundasse no *affectus maritalis* e no *animus uxoris*, capazes de estabelecer o *consortium omnis vitae*, da expressiva definição modestina (3).

É assim a *mens matrimonii* o característico diferenciador por excelência das justas núpcias e das demais formas de união, notadamente o concubinato, ainda que outros elementos extrínsecos de distinção pudessem, igualmente, traduzir a existência da *affectio maritalis*, como as convenções ante-nupciais, através dos *sponsalia* e dos *pacta dotalia* (4).

Tal a indeterminação exterior do casamento, que Modestino mandava fôsse êle havido por existente, em logar do concubinato, na união da mulher livre, que não se prostituisse por

“ceretur; eam vero quae abesset, ex litteris vel muntio suo duci a marito non posse, deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris dominum”. Por essa razão é que, perecendo o marido ausente, ao regressar à casa, rediens, a mulher havia que pôr luto, *ab uxore lugendum*: 6, hoc tit. Se a doação simples foi feita à mulher, na casa desta, ante nuptias videatur facta esse; mas se foi feita na casa do marido, pode ser revogada, pois o foi à sua mulher, *uxor*: 6.C. (6,3).

- (2) Ulpiano, 30, D. (50,17): “Nuptias, non concubitus, sed consensus facit”. (Sobre a real compreensão do texto, ver nota 61). Nenhuma formalidade era exigida a título de celebração das nuptias, e sómente nas últimas épocas, pela primeira vez, veio a ser exigida de pessoa de alta dignidade a redação dos instrumenta dotatia ou, não sendo êstes redigidos, a presença dos nubentes à igreja, “veniat ad quandam orationis domum et fateatur sanctissimae ilius ecclesiae defensori, ille autem, adhibens tres aut quatuor exinde reverendissimum clericorum, attestationem conficiat, declarantem, quia sub illa inductione, illo mense, illa die... venerunt apud eum... ille et illa et conjuncti sunt alterutri...” (Novel. 74, cap. 4, § 1). Esta última disposição foi a seguir revogada, pelo próprio Justiniano, mantida a exigência dos instrumentos nupciais para aquelas pessoas, a não ser que houvessem tomado mulher só por afeto, antes de merecer tais dignidades, “nisi tamen aliquis ante quam meretur hujusmodi dignitates, ex affectu solo duxit uxorem” (Novel. 117, cap. 4).
- (3) Modestino 1, D. (23,2): “Nupcias sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio”.
- (4) Florentino 1, D. (23,4): “Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum”.
Paulo, 12 § 1, D. (23,1): “Ex pactis conventis, quae ante nuptias vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, ... alia ad jus pertinent...”

ganho: *In liberae mulieris consuetudine, non concubinatus sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.* (5)

Na verdade, o crescente nivelamento das classes sociais havia tirado às *justae nuptiae* do antigo direito o caracter que as distingua essencialmente, e repousava na identidade necessária de condição social entre marido e mulher. Já agora a desigualdade social dos cônjuges não lhes impedia o casamento, de sorte que a condição inferior da mulher, só por isso, não fazia dela uma concubina, como outrora, nem lhe vedava que participasse da *divini et humani juris communicatio*, na qualidade de *uxor* (6).

É, pois, no elemento moral das justas núpcias que se fundava a *societas vitae* dos cônjuges, inexistente nas demais formas de união.

2 — Embora lícito, *legitima conjuntio sine honesta celebratione matrimonii*, era o concubinato considerado uma união de categoria inferior, a que faltava a ampla dignidade do matrimônio.

Como assinala Fieffé - Lacroix, distinguiam os Romanos duas espécies de concubinato. Uma, *injustae nuptiae et legitimae*, compreendia as ligações estabelecida com concubinas romanas de nascimento, que não fôssem 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 (7).

Se às alianças desta última espécie não aduzia a lei nenhum efeito favorável, outro tanto não sucedia com a *licita consuetudo non causa matrimonii*, que as leis romanas, por imposição

(5) 24, D. (23,2).

(6) Paulo, 4 D. (25,7): "Concubinam ex sola animi destinatione aesti-
"mari oportet".

Ulpiano, 1, D. (25,7): "Ego quidem probo in concubina adimendum ei
"connubium, si patronum invitum deserat, quippe quem honestius sit
"patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere".

(7) "La Clef de Lois Romaines", (1809), verb. **concubin.**

dos costumes dos povos, não puniam, antes toleravam e regulavam. Na verdade, segundo Marciano, porque o concubinato tira o seu nome, ou origem, das próprias leis, não pode ser submetido às suas penas, *nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est* (8).

Sob certos aspectos, o concubinato era expressamente regulamentado. Assim, a ninguém era lícito tomar para concubina uma mulher menor de doze anos, (9) nem lícito era te-la consigo, se casado, na constância do casamento. (10) Ao governador de uma província era concedido tomar para sua concubina uma habitante do logar, (11) mas não o era ao tio tomar como concubina a sua sobrinha, sob pena de cometer incesto. (12) Por se aproximar do incesto, também era proibido o concubinato do filho ou neto com a mulher, que tivesse sido concubina do pai (13).

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

De regra, os *liberi injusti*, oriundos de concubinato, não tinham direitos sucessórios por vocação própria, *ab intestato*

(8) 3 § 1, D. (25,7)

(9) Ulpiano, 1 § 4, D. (25,7): “Cujuscunque aetatis concubinam haberet posse, palam est, nisi minor annis duodecim sit”.

(10) 1, C. (5,26): “Nemine licentia concedatur constante matrimonio ‘concubinam penes se habere’”.

(11) Ulpiano, 5, D. (25,7): “Concubinam ex ea provincia, in qua quis alii “quid administrat, habere potest”.

Não lhe é lícito, entretanto, nessas mesmas circunstâncias, contrair núpcias, ainda que não lhe seja vedado contratar esposais, na previsão de deixar o cargo, como assenta Paulo, 38, D. (23,2): “Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam, “vel ibi domicilium habentem, uxorem ducere non potest, quamvis “sponsare non prohibeatur; ita scilicet ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis “tantummodo redditis, quas acceperat”.

(12) Ulpiano, 25, D. (23,2): “Etiamsi concubinam quis habuerit sororis “filiam, licet libertinam, incestum committitur”.

(13) Ulpiano, 1 § 3, D. (25,7): “Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde “filii esse coepit, vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia propre nefaria est hujusmodi conjunctio; et ideo hujusmodi facinus prohibendum est”.

nullam communionem ad patris naturalis successionem habent (14).

Ainda assim já decidia Papiniano que, havendo filhos naturais, cabia a êstes recolher a herança do pai, que, por testamento, mandasse restituir a sucessão a terceiro, na previsão de morrer sem filhos, ao que, é verdade, Ulpiano opunha restrições (15). Certo é, entretanto, que posteriormente as Constituições lhes concederam direito à sucessão *ab intestato* sobre a sexta parte hereditária, desde que o pai natural não deixasse esposa ou prole legítima, e fôsse ligado à concubina por uma afeição inequívoca: *ab intestato vero quum desit soboles civilis nec supersit conjux: si naturales ex concubina exstant, quae sola fuerit ei indubitato affectu conjuncta, in duas paternae substantiae uncias succedant* (16).

Aos mesmos filhos naturais concederam as leis, ainda, a sucessão testamentária do pai, que não tivesse descendência legítima, numa quota que, de princípio, não podia exceder de uma duodecima parte (*uncia*) da herança, elevada depois a uma quarta parte (*tres unciae*) e mais tarde à metade (*sex unciae*), para, afinal, atingir toda a disponibilidade dos bens hereditários (*tota substantia sua*) (17).

(14) 8, C. (5,27).

(15) Ulpiano, 17 § 4, D. (36,1): "Si quis rogatus fuerit ut, si sine liberis decesserit, restituat hereditatem, papinianus... scribit, etiam naturalem filium efficere, ut deficiat conditio; et in libertino, eodem coliberto hoc scribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaestio videbitur esse, de qualibus liberis testator senserit; sed hoc ex dignitate, et ex voluntate, et ex conditione ejus, qui fideicommisit, accipendum erit".

(16) Authent. licet patri, C. (5,27)

Novel. 89, cap. 12 § 4: „Si quis autem defunctus fuerit legitima ei omnino sobole non existente... neque legitima conjugé, deinde moriatur non disponens de substantia sua... sit autem ei, donec viviterit, libera mulier in schemate concubinae sociata et filii ex ea... damus eis et intestatis parentibus defunctis duas paternae substantiae uncias habere, cum matre partiendas...”

(17) 2, C. (5,27): "Matre vel legitimis filiis vel nepotibus aut pronepotibus cujuscunque sexus, uno pluribusve existentibus, bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis seu filiabus eorumque genetrici, vel si sola sit concubina, semiunciam largiendi vel reliquendi habeat potestaten".

Mesmo havendo filhos legítimos, ao pai natural era lícito deixar aos filhos concubinários uma porção hereditária, desde que não ultrapassasse de uma duodécima parte (*uncia*) da herança (18).

Simultaneamente atribuiu-se à própria concubina o direito de ser instituída herdeira da duodécima parte, em concorrência com os filhos, ou da vigésima quarta parte (*semiuncia*), se filhos não tivesse, dando-se-lhe posteriormente direito à sucessão *ab intestato* sobre a *portio virillis* da sexta parte hereditária, que tocasse aos seus filhos (19).

3 — Era entretanto a legitimação, assegurada aos *liberi naturales*, o mais importante efeito jurídico atribuído ao concubinato.

Vários modos de legitimação conhecia o Direito Romano. Mas era o casamento subsequente dos pais aquele, por excelên-

"8. C. (5.27): "... naturalibus patribus hec indulgemus, ut liceat eis, nulla legitima sobole vel matre subsistente, naturalem vel naturales filios matremque eorum non tantum ex tribus unciiis, quod praeteritae leges permittebant, sed ex dupli portione, id est. sex unciiis, heredes scribre, ut licet ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent, ex suprema tamen ejus voluntate permittatur eis usque ad praedictas sex uncias hereditatem ejus capere, ita tamen ut memoratam sex unciarum quantitatem in omnibus naturalibus filiis et matre eorum minime testator excedat".

Authent. (licet patri, C. 5,27): "Licet patri, sine legitima prole seu parente, cui relinquiri necesse est, decedenti, naturalibus totam substantiam suam vel inter vivos largiri vel in testamento transmittere, ut matri inter eos, si superest, virilis portio detur".

Novel. 89, cap. 12 § 3: "Si vero filios non habuerit quispiam legitimos aut quendam ascendentium quibus necessitas est legis relinquere partem propriae substantiae competentem, testatori licentia sit etiam in duodecim uncias scribere filios naturales heredes, et dividere inter eos quounque voluerit modo res... suas in illas substantias transponere".

(18) Novel. 89, cap. 12 § 2: "... praesente lege sansimus ut, si quidem quispiam hubuerit filios legitimos, non possit filiis eorumque matri ultra unam relinquere unciam, aut donare naturalibus aut concubinae..."

(19) Ver nota 17 (Const. 2 e Authent. Licet patri) Confere:
Novel. 89, cap. 12 § 2: "Vel si filii non sint, concubina vero solummodo, huic medium unciam relinquere aut donari concedimus".

cia, que maior projeção assumia no panorama das instituições romanas, e maior soma de consequências gerava na órbita dos direito familiares.

Os outros tinham função mais restrita, e consultavam antes os casos particulares de sua aplicação do que o próprio fato da ilegitimidade, na sua expressão de fenômeno jurídico-moral, ligado à organização da família, quando não consultassem interesses estranhos a esta, e só indiretamente relacionados com a situação dos ilegítimos.

Desta última espécie era a legitimação *per oblationem curiae*, criada pelos Imperadores Teodosio e Valentiniano, por imposições de caráter administrativo, afim de facilitar o recrutamento da ordem dos decuriões, que compunham as curias, ou conselhos municipais, e, em razão do ofício, deviam suportar pesados encargos, que os cidadãos aborreciam.

Permitiu-se, para isso, aos pais sem descendência legítima, legitimar seus filhos naturais, dar-lhes direitos à sua sucessão universal e torná-los sujeitos à *patria potestas*, desde que os inscrevessem na ordem dos decuriões (20). Mais tarde, para favorecer, por todos os modos, as curias das cidades, permitiu Justiniano aos pais, ainda que tivessem filhos de legítimas núpcias, oferecer seus filhos naturais à curia, e legitimá-los assim (21).

(20) 3, C. (5,27): "Si quis seu liber ipse seu curiae sit nexibus obligatus, "tradendi filios naturales, vel omnes vel quos quae ne maluerit ejus "civitatis curiae, unde ipse oritur et in solidum heredes scribendi "liberam ei concedimus facultatem".

13, I (1,10): "Aliquando aut evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt "in potestatem parentum non fiant, postea tamen redigantur in po- "testatem. Qualis est is qui, dum naturalis fuerat, postea curiae da- "tus potestati patris subjicitur".

Novel. 40, cap. 2 "... naturales autem filii, si voluerint se offerre "curiae, recepiantur, secundum quod voluerint, sive omnes, sive qui- "dam ex eis, modis omnibus novem unciis substantiae ad eum, qui "curiae se dedit, devolutis".

(21) 9 § 3, C. (5,27): "Et quoniam omnimodo favendum est curiis civita- "tum, illud etiam in hanc partem addendum esse censemus ut liceat "patribus naturales filios curiae patriae suae tradere non solum "nulla eis legitima sobole existente, sed etiam si filios vel alios libe- "ros ex legitimis matrimonii procreatoss habeant et eo modo natu- "rales quoque filios sibi legitimos successores efficere..."

Não produzia, entretanto, a legitimação pelo oferecimento à cúria senão efeitos restritos, pois não estabelecia nenhuma relação de parentesco, ou de direito sucessório, entre o filho e os parentes do seu pai: *ne permittatur eis contra substantiam ab eodem naturali patre descendantium, vel ascendentium, vel ex latere adgnationis, vel cognitionis jure eidem patri conjunctorum... aliquid jus sibi vindicari :... eodem scilicet modo nec illis contra substantiam ejusdem naturalis filii, vel ex eo descendantium, vel ascendentium, vel a latere conjuntorum. aliquod sibi jus vindicare valentibus* (22).

Já a legitimação *per principis rescriptum* atendia, apenas, aos casos particulares, em que ao pai natural se tornava impossível o casamento, a saber, *si mulier jam defuncta sit, vel deliquerit, vel occultetur, vel alias venire prohibeatur, vel quoquo modo matrimonium impediatur, ut sacerdotio*, pelo que lhe dava a lei a faculdade de impetrar ao Príncipe fosse concedida, *sine matrimonio*, a legitimação dos filhos naturais, desde que os não tivesse legítimos (23). Os filhos assim legitimados tinham todos os direitos dos filhos legítimos (24).

De sua vez, a legitimação *per testamentum patris a principe confirmatum* nada mais era que uma espécie particular da le-

Novel. 89, cap. 2 § I: "Si quis igitur fuerit naturalium filiorum pater... licentiam habebit omnes autem quosdam ex eis, sive legitimorum sit filiorum pater sive etiam non, sed solummodo naturalium, offerre curiae... legitimus mox fiet, naturalium jure omnino liberatus".

(22) 9, C. (5,27)

Novel. 89, cap. 4: "Sancimus enim oblatum curiae naturalem filium solummodo patri legitimum fieri successorem, nullum tamen habere participium ad ascendentibus, aut descendentebus, aut ex latere agnatos vel cognatos patris... Soli enim patri fiunt legitimi et cognati esse creduntur".

(23) Authent. praeterea qui legitimam, C. (5,27).

"Novel. 74, cap. 2: "Sit igitur licentia patri matrem in priori statu relinquenti, si ex veritate aliquid circa thorum apparuerit delinquisse, sed et si quadam circumventione aut non, est, aut latet aut aliquid etiam aliud fiat circa eam, quod prohibeat venire ad viam ducentem ad dotalia... et afferre Imperatori precem hoc ipsum dicentem, quia vult naturales suos filios restituere naturae et antiquae ingenuitati..."

(24) Novel. 74, loc. cit., in fine.

gitimação pelo rescrito imperial, e ocorria quando o pai, por disposição de última vontade, e na ausência de prole legítima, instituia seus legítimos sucessores aos filhos naturais, e êstes, aprovando a *volutatas patris*, impetravam ao Príncipe a legitimação, fundados no testamento (25).

4 — À conceituação romana do concubinato eram estranhas, como vimos, as ligações incestuosas ou adulterinas, o *stuprum*, ou relações sexuais 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 o *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* (26).

Idêntica diferença distanciava os *liberi naturales*, oriundos do concubinato e os *liberi justi*, provindos de *justae nuptiae*. Seguiam aqueles a condição de sua mãe, tomavam-lhe o nome e a nacionalidade, *matrem sequantur*, (27) e a ela se ligavam pela cognação, *cognatio a matre sit*, (28) como os ilegítimos em geral. Em princípio, eram-lhes estranhos os laços de agnação e a *patria potestas*, pois que sob o poder dos pais se achavam apenas os filhos legítimos: *in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus* (29). Limitado, ou condicional, era, como se viu, o seu direito à sucessão

(25) Novel. 74, cap. 2 § 1: "Si vero solummodo naturalium filiorum pater "hoc... non agat, moriens verum... scripserit in testamento, velle "sibi eos legitimos esse filios et successores, etiam hujus rei damus "licentiam; supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris, "et hoc dicentibus, et ostendentibus patris testamentum... sit do- "num patris et principis, idem est dicere, naturae simul et legis".
Novel. 89, cap. 10 (texto identico ao transcrito acima, nesta nota).

(26) 49 § 4, D. (32, III): "Parvi autem refert, uxori, an concubinae quis "leget, quae ejus causa emta parata sunt; sane enim, nise dignitate, "nihil interest".

(27) Ulpiano, 24, D. (1,5): "Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine "legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud "inducit."

(28) 4, I. (3,5): "Vulgo quaesitos nullum habere agnatum manifestum "est, quem agnatio a patre, cognatio a matre sit, hi autem nullum pa- "trem habere intelliguntur".

(29) Princ. I (1,9)

paterna, sendo pois precárias, e mal discernidas, as relações de direito, que os vinculavam ao pai. Na escala da ilegitimidade entretanto, abaixo dos filhos naturais, e sem confundir-se com êles, estavam os *spurii*, também chamados *vulgo concepti* ou *quaesiti*, e tais eram, na definição de Modestino, *qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet* (30). A êstes equiparava Justiniano os filhos de nupcias proibidas, criminosas e incestuosas (31).

Relativamente aos *vulgo concepti*, tanto de fato como de direito, a paternidade é desconhecida, e pois nenhum vínculo jurídico os liga, em princípio, ao pai. À mãe cumpre o dever de prestar-lhes alimentos, o que a êles também cumpre em favor dela (32); a sua sucessão são êles admitidos (33) e, reciprocamente, é ela admitida à sucessão dêles (34).

Para os incestuosos e adulterinos, entretanto, a lei é ainda mais desfavorável, e nesse aspecto é visível a repugnância 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 naturais e declará-los não só indignos de suceder ao pai, mas até de exigir-lhe alimentos: *Ex complexu nefario aut incesto seu damnato liberi nec naturales sunt nominandi, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre* (35).

(30) Modestino, 23, D. (1,5).

(31) 12, I. (1,10): "Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, "nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur, ita- "que ii qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed "tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet), quales sunt "ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelli- "guntur quum his etiam incertus est: unde solent filii spurii appell- "lare".

(32) Ulpiano, 5 § 4, D. (25,3): "Ergo et matrem cogemus praesertim "vulgo quaesitos liberos alere, nec non ipsos eam".

(33) Ulpiano, 1 § 2, D. (38,17): "Sed et vulgo quaesiti admittuntur ad "matris legitimam hereditatem".

(34) Ulpiano, 2 § 1, D. (38,17): "Filium autem vel filiam accipere debe- "mus, sive juste sint procreati vel vulgo quaesiti".

(35) Authent. *Ex complexu*. C. (5,5).

Novel. 89, cap. 15: "... ut... et enumeremos qui neque ipso natu- "ralium nomine digni sunt. Primum quidem omnis, qui ex comple- "xibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, "aut damnatis processerit, est neque naturalis nominatur, neque "alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem "legem participium".

5 — Eram os *liberi naturales*, nascidos *ex concubinatu*, os únicos que, por Direito Romano, se podiam legitimar *per subsequens matrimonium*.

Na verdade, só em relação a êstes não havia impedimento ao casamento dos pais, *cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat* (36). Os demais ilegítimos eram excluídos da magnanimidade das Constituições imperiais, não sendo pois legitimáveis os filhos nascidos de uniões incestuosas ou adulterinas, *non ex nefario nec incesto conjugio* (37).

6 — A legitimação por subsequente casamento teve a sua fonte em uma Constituição do Imperador Constantino, e foi estabelecida provisoriamente em favor das concubinas, que fôssem em seguida desposadas, e lhes declarava legítimos os filhos nascidos durante o concubinato e depois do casamento, *filiis qui netiam ex iisdem, vel ante matrimonium, vel postea progenitis, suis ac legitimis habendis*, segundo o texto de Zenon (38).

O mesmo Imperador Zenon, em 476, renovou a lei de Constantino, declarando não sómente legítimo o casamento daqueles que desposassem as suas concubinas ingênuas, como ainda os filhos de um e outro sexo, havidos do concubinato, logo que celebrado o casamento; e fôssem êstes postos sob o pátrio poder e sucedessem aos pais na totalidade, com aqueles que nascessem depois do casamento, ou sòsinhos, si outros não nascessem, tan-

(36) 13, I (1,10).

(37) 7, C. (5,27).

(38) 5, C. (5,27). A lei de Constantino, citada por Zenon, não deve ser a que figura em primeiro logar, nesse mesmo título XXVII, *De naturalibus liberis et matribus eorum, ex quibus causis justi efficiuntur*. E dêsse Imperador não há, alí, outra lei. Na verdade, aquela lei de Constantino contém determinações ou estranhas ou contrárias ao sentido da lei de Zenon, conforme se vê do seu texto:

“Senatores... si ex ancilla vel acillae filia, vel liberta... susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint, aut proprio judictio aut nostri prerogativa rescripti, ita ut, quidquid talibus liberis paternus donaverit... totum retractum legitimae soboli reddatur... Sed et uxori tali quocunque datum... fuerit... etiam hoc retractum reddi praecipimus; ipsas etiam... si quid quaeritur vel commendatum dicitur... tormentis subiici jubemus... Quibus (patribus) ta-

to por testamento, como abintestado: *si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae: tam conjugium legitimum cum hujusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earumdem 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 aliis 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 concedê-lo apenas aos filhos já nascidos ao tempo da sua lei, *ante hanc legem*, negando-o aos que nasceram depois:

“Aqueles que até o presente não têm filhos de suas concubinas, não gozarão dos benefícios desta lei: porque, lhes sendo permitido desposarem-nas, podem, de futuro, ter dêste casamento filhos legítimos...” (39).

Outra restrição era a da inexistência de mulher ou filhos legítimos de anterior casamento (40).

Anastacio, em seguida, confirma a lei de Zenon, para subordinar a concessão do favor à condição de não ter o pai filhos

“centibus et dissimulantibus... si non utraxterint... quidquid talibus filiis vel uxoribus liberalitas impura contulerit, fiscus noster invadat...”

Nessa constituição, como se viu, o imperador alude às prerrogativas de um seu rescaldo, sobre filhos não legítimos. Mas o que é certo é que a contribuição de Constantino existente no título em causa — 1 (5,27) — não corrobora a citação de Zenon.

- (39) Const. 5, cit.: “Hi vero, qui tempore hujus sacratissimae jussionis “neendum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio me-“ruerunt, minime hujus legis beneficio perfruantur, quum liceat eas-“dem mulieres sibi prius jure matrimonii copulare... et legitimos “filios... procreare, nec audeant, quos ex ingenua concubina delato “post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut justi ac legitimi “postea videantur, magnopere postulare”.
- (40) Const. 5, cit.: “... jubemus eos, qui ante hanc legem, ingenuarum “mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio, cu-“juslibet sexus filios procreaverint, quibus nulla videlicet uxor est, “nulla ex justo matrimonio legitima prole suscepta...”

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, *progenitos seu procreandos*. Pelas núpcias seguintes com a concubina, seriam êles legítimos e sob o poder de seu pai, a quem poderiam suceder *ab intestato* ou por outro qualquer título reconhecido pela lei (41).

O mesmo ordenou em favor dos filhos, cujos pais fizessem convenções dotais, *dotalibus instrumentis confectis*, por ocasião de sua união com a concubina (42).

7 — 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 êsse 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 adulterinas ou incestuosas: *legem Anastasii divinae recordationis, que super naturalibus filiis emissae est, in his valere tantum casibus concedimus, qui nunc usque subsecuti sunt, pro ejusdem legis tenore in matrimoniiis 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 fora do casamento legítimo, em nada lhes valendo a precitada Constituição” (43).

(41) 6, C. (5,27): “Jubemus eos quibus... mulieres uxoris loco habentur “ex his sibi progenitos seu procreandos, suos et in potestate legitimam sibi habere, propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates vel per donationes seu alios legi cognitos titulos, si voluerint transferre, ab intestato quoque, ad eorum hereditatem vocandos”.

(42) Const. 6, cit.

(43) 7, C. (5,27): “In posterum vero sciant omnes, legitimis matrimoniiis legitimam sibi posteritatem quaerendam, ac si praedicta constitutio lata non esset. Injusta namque libidinum desideria nulla de cetero venia defendat, nullum sublevavit novum adminiculum praeter anteriorum dispositionum ordinem, non ante lata sanctio, quam ex hoc die resecandum pia suggessit ratio...”

A proibição é, dez anos depois, levantada em favor dos filhos naturais 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 naturais sómente no caso de não haver filhos legítimos do casamento subsequente (*"quibus nullis legitimis existentibus liberis"*), quando era de se entender que a restrição dizia respeito à existência de filhos legítimos de casamento anterior: (44)

“Eis porque ordenamos que todos os filhos, tanto os nascidos antes, como os nascidos depois do casamento, sejam considerados como perfeitamente iguais em face do seu pai, e igualmente sob o seu poder, e que não haja nenhuma diferença entre os primeiros e os segundos” (45).

Mas como essa conclusão tirasse a lei da iniquidade de excluirem os filhos legítimos aos naturais, quando a êstes deviam êles a sua condição de legítimos, (46) entendeu-se, daí por diante, que os filhos naturais anteriores só se legitimavam no

(44) 10, C. (5,27): “Quum quis a muliere libera, et cuius matrimonium “non est legibus interdictum... aliquos liberos habuerit, minime do- “talibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem affectio- “ne etiam ad nuptialia pervenerit instrumenta, et alios iterum ex “eodem matrimonio liberos procreaverit, ne posteriores liberi, que “post dotem editi sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare “audeant, quasi justi et in potestate affecti, fratres suos, qui ante “dotem fuerunt nati, ab hereditatem paterna repellentes, hujusmodi “iniquitatem non esse ferendam censemus”.

(45) Const. 10, cit.: “Quapropter sancimus in hujusmodi casibus omnes “liberos, sive ante dotalia instrumenta editi sunt, sive postea, una “eademque lance trutinari, et omnes suos et in potestate suis exsis- “tere genitoribus, ut nec prior nec junior uero habeatur discrimine, “sed que ex iisdem maioribus procreati sunt et simile perfrauantur “fortuna”.

(46) Const. 10, cit.: “Quum enim affectio prioris sobolis et ad dotalia “instrumenta efficienda et ad posteritatem filiorum edendam pro- “geniem praestitit occasionem, quomodo non est iniquissimum ipsam “stirpe secundae posteritatis quasi injustam excludere, quum gra- “tias agere fratribus suis posteriores debeant quorum beneficio ipsi “sunt justi filii et nomem et ordinem subsecuti”.

caso de haver filhos legítimos do casamento, bastando que os legítimos fôssem mortos, para que os naturais não se legitimassem.

Na sua Constituição seguinte, o grande Imperador cristão ordenou que não se desse a mínima atenção a essa inútil sutilesa, *quorum supervacuam subtilitatem penitus inhibendam censemus*, porque

“é suficiente que haja uma tal afeição, que essa, depois de havidos os filhos, leve a fazer as convenções matrimoniais, 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” (47).

Ordenou ainda essa Constituição que, se o casamento se desse durante a gravidez da concubina, o filho seria, com mais forte razão, legítimo, *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* (48).

8 — Sem dúvida, cabe a Justiniano o mérito dos mais preciosos delineamentos, na explanação dos princípios informativos do instituto legitimatório.

Nas suas Institutas, vemo-lo confirmar, a respeito das heranças deferidas abintestado, as mesmas normas assecuratórias do direito sucessório dos filhos legitimados pelo casamento posterior dos pais, ou sejam daqueles compreendidos em suas anteriores Constituições, nas quais determinava que se alguém, sem afeição marital, *non ab initio affectione maritali, cohabitasse com mulher, com quem pudesse casar-se, e tivesse filhos,*

(47) 11, C. (5,27): “Sufficiat etenim talem affectionem habuisse, ut post liberorum editionem etiam dotalia efficiant instrumenta, et spem tollendae sobolis habeant. Licet enim hoc, quod speratum est, ad effectum non pervenerit, nihil anterioribus liberis fortuitus casus derogare concedatur”.

(48) Const. 11, cit.

e lhe sobrevindo afeição marital, fizesse com ela os instrumentos nupciais, tendo mais filhos, ficassem legítimos e sob o pátrio poder, *justos et in potestate esse patribus*, não apenas os nascidos depois da constituição do dote, mas também os anteriores, que deram ocasião a que nascessem aqueles legítimos, *non solum eos liberos qui post dotem editi sunt, sed etiam anteriores, quia et iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt.*

E esclarecendo dúvidas anteriores, renovava o seu próprio preceito, segundo o qual a legitimação se operava, ainda que não houvesse filhos depois da confecção do instrumento dotal, ou tivessem êstes morrido, *etiam si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti* (49).

Finalmente, pela Novela 89, em que declara “suprimir, para o futuro, tôdas as contestações, a que davam logar as muitas Constituições”, relativas à legitimação dos naturais, ordenou Justiniano que se alguém viesse a casar-se com uma mulher ingênua, ou livre, com a qual lhe fôsse lícito viver em concubinato, sendo já pai de filhos legítimos, ou mesmo só de filhos naturais, fôssem legítimas estas núpcias, e legítimos 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 naturalim pater, legitimas esse nuptias et filios vel precedentes, vel conceptos, legitimos ei esse sancimus.*

E frisou, mais uma vez, que conquanto depois do casamento não nasçam filhos, ou morram os que nascerem, não menos legítimos sejam os primeiros nascidos, *et licet postea non nascantur filii ei, aut etiam nati moriantur, nihilominus prior sables legitima consistit* (50).

(49) 2 I. (3,1).

(50) Novel. 89, cap. 8.

9 — Ao lado do casamento e da adoção, a legitimação completava a série das causas geradoras do pátrio poder, no Direito Romano. Era um meio do pai natural adquirir a *patria potestas* sobre os filhos nascidos de concubinato.

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 venit, ut liberi, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant*, porém mais tarde vêm a êsse poder, *postea autem redigantur in potestatem*. Tal o caso do filho procreado por mulher livre e desimpedida de casar, com a qual o pai teve simples convivência, *ad quam pater consuetudinem habuerat*, e que, depois de feitos os atos nupciais, entrou para o poder paterno, *in potestate patris efficitur* (51).

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

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 naturais ser submetidos ao pátrio poder: *inviti filii naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem* (52).

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

(51) 13, I. (1,10).

(52) Modestino, 11, D. (1,6).

Novel. 89, cap. 11, princ.: "... in omnibus qui... deducuntur ad legitimum jus, tunc hoc volumus obtinere, dum et filii hoc ratum habuerint. Nam si solvere jus patriae potestatis invitis filiis non permisum est patribus, multo magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem... sive per instrumentorum celebrationem... taquam sortem metuentem paternam, justum non est, neque impérii et legislationis ponimus proprium".

§ 1: "Si vero plurimis existentibus filiis, alii quidam eligant, alii respuant, hi, qui volunt legitimi fieri, fiant, aliis in jure naturali manentibus".

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 pais, pois este podia ocorrer, ou ter desaparecido, num ou outro desses termos.

Na controvérsia, que se estabeleceu, era mais autorizada a opinião, que vinculava o impedimento ao momento da concepção, e concluía que possível seria a legitimação dos filhos si possível fôsse, nesse tempo, o casamento dos pais. E isso com fundamento na lição de Paulo, que mandava ter em vista o tempo da concepção, sempre que se tratasse de *status* do filho, ainda que em sua desvantagem, como sucedia com o filho daquele que se casava sem o consentimento paterno, e pois irregularmente: si vivo o avô ao tempo da concepção do neto, êste 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* (55).

Assim, os filhos nascidos do concubinato entre o funcionário romano e a habitante da província, em que êsse 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 pais naturais (54).

(53) Paulo, 11, D. (1,5).

(54) Confere: May, "Droit Rom.", n. 56, Bonjean, "Explication", n. 541. A regra, porém, admite alternativas, segundo as quais levava-se em conta o tempo do parto e não da concepção, ou o tempo que mais favorecesse o filho:

11, C. (5,27): "... concludimus ut semper in hujusmodi quaestioni-
"bus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis,
"sed partus tempus inspiciatur; et hoc favore facimus liberorum.
"Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tan-
"tummodo casibus im quibus conceptionem magis aprobari, infan-
"tium conditionis utilitas expostulat".

Novel. 89, cap. 8, § 1: "Quum enim dubitetur utrum oporteat con-
"ceptus an partus respici tempus, sancimus, ut non tempus concep-
"tus, sed partus inspiciatur propter filiorum utilitatem. Si vero con-

11 — Era de regra invariável, pois consultava a constituição da sociedade romana, que as *justae nuptiae* só se permitissem aos cidadãos romanos (55). E ainda que ao tempo de Justiniano fôsse de todo facilitada a aquisição dos direitos de cidadania, inclusive pela liberalização das condições relativas ao *status libertatis*, (56) os escravos, durante a servidão, permaneceram sempre estranhos à *civitas*, e desprovidos do *jus connubii*.

O próprio concubinato, *inaequale conjugium*, era uma forma de união defesa aos escravos, e aos seus efeitos não se assemelhavam os do *contubernium*, que lhes era o meio natural de ligação, fôsse esta estabelecida entre dois escravos, ou entre uma escrava e um homem livre, já que reprovada era a união de uma mulher livre e um escravo.

Daí a razão porque sómente os filhos de mulher ingênuas, ou livre, segundo os textos, se podiam legitimar pelo casamento subsequente de sua mãe: *is qui a muliere libera procreatus* (57).

Entretanto, por uma singular derrogação dêsse princípio, declarou Justiniano possível a legitimação dos filhos de uma mulher escrava, *ancilla*, contanto que o pai não tivesse outros filhos legítimos, (58) o que mais tarde esclareceu ser lícito, uma

"tigerit tales aliquas excogitari eircunstantias casuum, in quibus
"est utilius conceptionis tempus, quam partus, tempus illud valere
"magis pricipimus, quod utilius sit nascendis".

Esses princípios já se aplicavam no direito clássico, para favorecer a condição do *ingenuus*, nascido de mulher liberta: 5, D. (1,5), e levaram Justiniano a considerar legitimáveis por subsequente casamento os filhos nascidos de mulher escrava, posteriormente manumitida: Novel. 78, caps. 3 e 4; Novel. 18, cap. 11).

(55) Ulpiano, "Regul". V, 2 - 4: "Justum matrimonium est, si inter eos, "qui nuptias contrahunt, connubium sit..." "Connubium habent cives "romani cum civibus romanis..." Inst. (1,10), princ.: "Justas au- "tem nuptias inter se cives romani contrahunt..."

(56) 3, I (1,5): "... et omnes libertos... civitate romana donavimus".

(57) 13, I. (1,10).

(58) Novel. 18, cap. 11: "... sancimus si quis uxorem non habens legi- "timam aut filios legítimos ad ancillam propriam habuerit quandam "meliorem sententiam, et filios protulerit ex ea in servitute consti- "tuta, postea vero libertate honoraverit et ancillam et natos... et "inter ingenuos... reduxerit et nuptias consumaverit, postea vero "nuptialia conscripseri documenta et autem fuerint filii postea aut "non fuerint... sit et uxor legitima et filii sub potestate ipsius..."

vez que, pelo próprio dote fornecido, libertada a escrava, os filhos obtinham a liberdade e ao mesmo tempo a legitimidade: *ut ex ipsa dotis inscriptione simul, et libertas tribuatur, et jus suorum* (59).

12 — 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 pais de realizar o *justum matrimonium*.

Este, na verdade, só se considerava contraído *postea dotalibus instrumentis compositis* (60).

O *instrumentum dotale* não era necessário à validade do casamento, nem formalidade imprescindível à formação do vínculo matrimonial, sabido que o elemento constitutivo do matrimônio era essencialmente a vontade dos cônjuges, comprovada pelo começo da realização da vida em comum (61).

Uma vez que a coabitAÇÃO já se verificara no concubinato, mister se fazia comprovar então a superveniência do elemento consensual das justas núpcias, pelo ato constitutivo do dote.

(59) *Authent. nova alia*, C. (5,27). Confere: Novel. 78 cap. 4: "Mox cum "ipsa dotis inscriptione, et filiis competit libertatis simul et suorum "jus".

(60) 13, I. (1,10).

(61) Ulpiano, 15, D. (35,1): "Cui fuerit sub hac conditione legatum si in "familia nupsisset — videtur impleta conditio statim atque ducta "est uxor, quanvis nondum in cubiculum mariti venerit; nuptias "enim non concubitus, sed consensus facit".
