

**A igualdade substancial entre os filhos em concreto:  
extensão da presunção de paternidade para a união estável**

**Cristiano Chaves de Farias**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia  
Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito;  
Professor de Direito Civil do  
Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS;  
Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela  
Universidade Católica do Salvador – UCSal.  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.*

**Sumário:**

1. Um precedente consentâneo com o seu tempo e a igualdade entre os filhos: o paradigma de um novo modelo filiatório;
2. Breve síntese do caso ensejador da decisão: o paradigma da nova orientação jurisprudencial;
3. Delineamento da presunção de paternidade *pater is est quem justae nupcias demonstrant*;
4. A (não) incidência da presunção de paternidade na união estável: a opção do Código Civil e a correta interpretação conforme a Constituição;
5. A aplicação da presunção de paternidade na união estável com base na impossibilidade de tratamento desigual entre os filhos: interpretação da proteção dos filhos conforme a Constituição;
6. Notas conclusivas: à guisa de arremate. Referências.

*“Os céus, que imprimem / nos homens a própria virtude, fazem a sua arte, / mas não distinguem as famílias. //*

*Disso resulta a diferença / entre Esaú e Jacó, embora nascidos do mesmo parto; e que a Quirino, / filho de pai tão vil, se diga filho de Marte.”*

(DANTE ALIGHIERI, poeta italiano, nascido em Florença, 1265-1321, *A divina comédia*, Paraíso, VIII, 127-132)<sup>1</sup>

*“É comum a gente sonhar, eu sei, quando vem o entardecer  
Pois eu também dei de sonhar um sonho lindo de morrer  
Vejo um berço e nele eu me debruçar com o pranto a me correr  
E assim chorando acalentar o filho que eu quero ter  
Dorme, meu pequenininho, dorme que a noite já vem  
Teu pai está muito sozinho de tanto amor que ele tem;*

*De repente eu vejo se transformar num menino igual à mim  
Que vem correndo me beijar quando eu chegar lá de onde eu vim  
Um menino sempre a me perguntar um porque que não tem fim  
Um filho a quem só queira bem e a quem só diga que sim  
Dorme menino levado, dorme que a vida já vem  
Teu pai está muito cansado de tanta dor que ele tem;*

*Quando a vida enfim me quiser levar pelo tanto que me deu  
Sentir-lhe a barba me roçar no derradeiro bei..jo seu*

---

<sup>1</sup> *Divina commedia*, no original italiano, é uma das mais densas obras da literatura italiana. Todavia, não se tem um registro preciso da data em que foi escrita. Prevalece o entendimento de teria sido escrita entre 1304 e 1321, data do falecimento do autor. É um poema épico e teológico, dividido em três partes: *Inferno*, *Purgatório* e *Paraíso*. O título da obra (que não tem qualquer viés cômico) se refere ao sentido original da expressão *commedia*, porque a história tem um final feliz, no Paraíso, em contraposição às tragédias, nas quais o final dos personagens, ordinariamente, era em sentido inverso. O poema é, talvez, o maior da literatura ocidental, com ricas alegorias, tornando o texto atemporal. A importância da obra se mantém atual, por conta de sua riqueza literária, gerando apaixonantes dúvidas por conferir grande profundidade aos sentidos do amor, em sua multiplicidade de objetos. Em nossos dias, inclusive, duas obras estabelecerem intensos romances a partir do *Inferno*, de DANTE. Uma delas é *O inferno de Gabriel*, de SYLVAIN REYNARD (São Paulo: Arqueiro, 2013), que trata do romance de um enigmático professor, especialista em Dante Alighieri, com uma aluna, em Toronto, Canadá. Em outra perspectiva, o festejado DAN BROWN, em *Inferno* (São Paulo: Arqueiro, 2013), insere o famoso Professor simbologista Robert Langdon, seu renomado personagem, em Florença, para mais uma dinâmica e intrigante aventura, com passagens (cinematográficas) por belíssimos monumentos, como o *Duomo*, a *Galleria degli Uffizi* e a Basílica de São Marcos, da inesquecível e cultural *Firenze*, berço do Renascimento italiano.

*E ao sentir também sua mão vedar meu olhar dos olhos seus  
Ouvir-lhe a voz a me embalar num acalanto de adeus  
Dorme meu pai sem cuidado, dorme que ao entardecer  
Teu filho sonha acordado, com o filho que ele quer ter.”*

(TOQUINHO, *O filho que eu quero ter*, de Toquinho e Vinícius de Moraes)<sup>2</sup>

### **1. Um precedente consentâneo com o seu tempo e a igualdade entre os filhos: o paradigma de um novo modelo filiatório**

É tempo de comemorar o relevante precedente oriundo da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em deliberação unânime, no julgamento do Recurso Especial 1.194.059/SP, no dia 06 de novembro de 2012, com voto condutor do Ministro MASSAMI UYEDA.

Precedente é uma decisão judicial, decidindo um caso concreto, cujo núcleo essencial “pode servir como diretriz para o julgamento posterior de

---

<sup>2</sup> “Pode até ser que TOQUINHO tenha sido alertado pela célebre frase de Brás Cubas, personagem de MACHADO DE ASSIS: *‘não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado de nossa miséria’*. O fato, porém, é que não lhe deu ouvidos e, numa bela tarde, na praia de Boa Viagem, no Recife, contou a VINÍCIUS DE MORAES sobre seu desejo de ter um filho. Experiente no assunto, o poeta respondeu algo como *‘Vai nessa! Dá trabalho, mas é muito bom’*. E TOQUINHO foi além. Mostrou-lhe uma melodia que havia composto inspirado naquele desejo, com uma levada típica de cantigas de ninar. Foi à praia e deixou o parceiro a embalar a música recém composta. Ao voltar, encontrou VINÍCIUS aos prantos, com a letra pronta. TOQUINHO costuma dizer que a vontade de ter filho era sua, mas VINÍCIUS fez a letra pensando muito mais em si. O homem encantado com o sonho de ter um filho, vê-lo crescer e, ao final, em seu leito de morte, ser por ele embalado com a mesma canção com que o fazia ninar, embevecido por vê-lo reproduzir seu sonho de também ter um filho.” A canção foi lançada, primeiramente, por CHICO BUARQUE, no disco *Sinal Fechado*, em 1974. No ano seguinte, os autores incluíram a canção no disco *VINICIUS DE MORAES & TOQUINHO*, da Philips, com direção e produção de FERNANDO FARO e capa do grande artista plástico e companheiro de futebol de Toquinho, ELIFAS ANDREATO. Este, na época com aproximadamente 28 anos, não queria ter filhos, pois tinha alguns problemas de relacionamento com seu pai, mas confessa que esta canção mudou o seu jeito de pensar. Dois anos depois, nasceu Bento e o novo pai coruja foi contar a novidade para VINÍCIUS, que respondeu apenas: *‘Que bom! Só assim você poderá entender seu pai’*... A história pelo compositor em um de seus discos gravados ao vivo e pode ser conferida em <http://portrasdaletra.blogspot.com.br/2007/04/o-filho-que-eu-quero-ter.html>.

casos análogos”.<sup>3</sup> Induvidosamente, em nosso sistema jurídico, os precedentes possuem *força normativa*, constituindo *fonte do Direito*. Transcende, pois, um simples caráter de técnica de interpretação e aplicação para ganhar cores mais vibrantes: é uma técnica de criação do Direito, mesmo nos sistemas jurídicos que seguem o modelo romano-germânico (*civil law*), como o nosso.

No ponto, calha a precisa e lapidar lição de THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE: “podemos, por conseguinte, considerar as decisões judiciais como ‘normas’ de caráter especialmente concreto e os precedentes como uma das espécies de ‘fontes’ dessas normas”.<sup>4</sup>

Captando essa força normativa dos precedentes judiciais e volvendo a visão para o caso em testilha, nota-se que o precedente aberto pela Corte Superior de Justiça (a quem compete proferir a última palavra em matéria infraconstitucional) *ganha especial eficácia, servindo como efetiva orientação para a compreensão do alcance da presunção de paternidade em relação à união estável*, ampliando as latitudes e longitudes delimitadas pela literalidade do art. 1.597 do Código Civil.

Doravante, a interpretação e aplicação da regra codificada há de estar balizada pelo precedente para os casos que estejam fundamentados em idêntica formulação fática. *Daí a importantíssima necessidade de estabelecer a relevância dos precedentes judiciais para que, volvendo a visão para a hipótese sub examine, note-se que se trata, com absoluta convicção, de um precedente persuasivo (ou persuasive precedent, em língua inglesa), porque, malgrado não tenha eficácia vinculante, mas indica, a mais não poder, a solução jurídica e socialmente adequada para o caso.*<sup>5</sup> Urge, portanto, voltar as atenções para o estudo deste paradigmático precedente.

---

<sup>3</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, cf. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p.427.

<sup>4</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial*, cit., p.294.

<sup>5</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, cf. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p.444-445.

Pois bem, a inovadora decisão judicial mereceu uma ementa esclarecedora:

“RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHI FACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Desimporta o *nomem iuris* dado à demanda pois, na realidade, aplica-se-à o adágio romano *da mihi factum dado tibi jus*.

II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade

familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel.

Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do

Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil).

III - A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito.

IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, §3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável.

V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte.

VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade

familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável.

VII - Recurso especial provido.”

(STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp. 1.194.059/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 6.11.12, DJe 14.11.12)

A tese jurídica proclamada no precedente em apreço merece, realmente, encômios, consubstanciando relevante evolução no trato do instituto da filiação.

Doravante, *impõe-se* atentar para a relevância do precedente estabelecido, reconhecendo a sua força normativa, e a sua finalidade balizadora da interpretação da matéria. Com isso, sobreleva evitar decisões contrárias, que ocasionariam um descrédito no sistema, além de uma grande instabilidade e insegurança.<sup>6</sup>

Não se imagine, entretanto, que o respeito aos precedentes significaria um engessamento do julgador ou, pior do sistema jurídico. Continua sendo possível a modificação de um entendimento consolidado, através de mecanismos próprios e específicos, garantindo um volume maior de segurança e confiança. É o exemplo do *overruling* – técnica de superação de um precedente por ter se tornado obsoleto, por equívoco conceitual, por ter deixado de corresponder aos anseios sociais, quando se tornou inexecutável ou pela superveniência de novas normas ou argumentos jurídicos. Contudo, inexistindo motivo superveniente justificador, *impõe-se* atender à orientação cimentada pelo precedente judicial (em especial quando se tratar de *precedente*

---

<sup>6</sup> Já se advertiu, coerentemente, sobre a questão: “a multiplicidade de decisões divergentes sobre temas semelhantes e a mudança repentina de jurisprudência geram, para o jurisdicionado, imprevisibilidade sobre a interpretação da lei pelo Poder Judiciário, o que é extremamente nocivo para o Direito e para a sociedade”, REDONDO, Bruno Garcia, cf. “Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação interpretação, aplicação, afastamento e superação”, cit., p.403.

*vertical*, emanado das Cortes Superiores), para evitar uma quebra de confiança no ordenamento e uma instabilidade social.<sup>7</sup>

## **2. Breve síntese do caso ensejador da decisão: o paradigma da nova orientação jurisprudencial**

A demanda que originou a fixação da nova orientação foi proposta no estado de São Paulo.

A ex-companheira e o filho (já reconhecido) ajuizaram ação com o propósito de ver reconhecida a paternidade de um filho do falecido ainda não reconhecido, com lastro na existência de uma (indiscutível) união estável entre a mãe da menor e o morto, inclusive com registro em cartório e a existência de um outro filho, devidamente registrado pelo genitor. Fundamentam o seu pedido no fato de que o filho foi concebido na constância da relação convivencial, merecendo a presunção de paternidade. Até porque somente não teria sido registrado em face do óbito do seu pai.

---

<sup>7</sup> A preocupação já chegou ao Superior Tribunal de Justiça: "(...) 2. *A garantia de independência funcional não se confunde com a possibilidade de Magistrados proferirem decisões à margem ou ao arrepio da lei. Especificamente quanto à controvérsia em hipótese, nada justifica a postura do Juiz sentenciante, mormente quando já sumulou o Pretório Excelso que '[a] opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada'* (Súmula n.º 718). 3. É injustificada a recalcitrância de se aplicar entendimento sedimentado em Súmulas do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores, sejam elas vinculantes ou não. Os diversos órgãos do Poder Judiciário devem proferir decisões em conformidade com a Jurisprudência firmada pelas Cortes de hierarquia superposta, em razão da necessidade de se primar pela segurança jurídica e pela celeridade na prestação jurisdicional. Doutrina. (...) 5. *Mais: o acolhimento de entendimentos pacificados ou sumulados pelo Supremo Tribunal Federal ou por esta Corte – formalmente vinculantes, ou não – está longe de significar um 'engessamento' dos Magistrados de instâncias inferiores. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição. Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, e contribuem para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo.*" (STJ, Ac.unân. 5ª T., HC 254.034/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.10.02, DJe 24.10.12).

Considerada a improcedência do pedido, proclamadas em primeira e segunda instância, foi interposto recurso especial, com vistas a descortinar uma nova era no tratamento da filiação, notadamente no que diz respeito à presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância de uma união estável.

### **3. Delineamento da presunção de paternidade *pater is est quem justae nuptias demonstrant***

Desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentária.<sup>8</sup>

É um verdadeiro exercício de lógica aplicada: considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente do dever de fidelidade existente entre elas – CC, art. 1.566) dessas conjunções carnavais entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada, na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido.

É a máxima absorvida no Direito Romano pela expressão *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento). E mais: como o natural espelho invertido dessa presunção, a ela corresponde uma outra presunção jurídica: *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa).

É bem verdade, de qualquer forma, que tais presunções jurídicas são relativas (*juris tantum*), admitida a produção de prova em contrário.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre a construção da presunção de paternidade ao longo da História do Direito, desde os povos primitivos até o Código Civil vigente, com passagens profícuas pela Antiguidade grega e romana e pelo Direito francês-napoleônico e pelas ordenações portuguesas, faça-se a necessária e justa referência à profunda obra de CRISTIANO COLOMBO, abordando a questão com completude, COLOMBO, Cristiano, cf. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*, cit., p. 27-77.

Através da conjugação destas presunções (relativas), sempre se determinou, *juridicamente*, a relação filiatória, no momento do nascimento do filho, sem maiores indagações: a maternidade presumida pela *concepção* e a paternidade presumida pelo *casamento*.

Como se pode perceber, este sistema de presunção de estado de filiação sempre esteve interligado, umbilicalmente, à preservação do casamento.<sup>10</sup> Não é difícil perceber que estas presunções nasceram de uma concepção de família centrada, primordialmente, no matrimônio, desconsiderando outras manifestações afetivas e outros modos de relacionamento familiar.

Em outras palavras: *a presunção de paternidade sempre decorreu de uma concepção unitária e casamentária de família*, típica de paragens remotas de um tempo pretérito pouco saudoso.

O direito brasileiro sempre prestigiou a presunção de paternidade *pater is est quem justae nuptias demonstrant*, arquetizando as regras filiatórias a partir

---

<sup>9</sup> Sobre o tema, inclusive, vale lembrar o Enunciado 129 da Jornada de Direito Civil, consagrado essa compreensão: “Proposição para inclusão de um artigo no final do Cap. II, Subtítulo II, Cap. XI, Título I, do Livro IV, com a seguinte redação: Art. 1.597 - A . “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.” A justificativa do enunciado é plausível: No momento em que o artigo 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e 22 heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe sócio-evolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe subrogada”.

<sup>10</sup> A respeito da presunção de paternidade e da fundamentação dos seus pilares teóricos, seja consentido aludir à importante pesquisa sobre o assunto, levada a cabo por GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim, cf. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*, cit., especialmente na p.63.

dela. Estabeleceu-se, com isso, um critério de determinação de filiação centrado no casamento, como mecanismo de fundação de uma família.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002, notadamente em seu art. 1.597, manteve-se fiel às raízes, ignorando, nitidamente, o avanço da biotecnologia e dos métodos científicos, bem como a multiplicidade de relações (e origens) familiares. Segue, assim, as mesmas diretrizes de outras legislações, singrando os mares desbravados, anteriormente, pelo Código Civil do México (art. 4.147), pelo do Chile (art. 180), pelo da Argentina (art. 243), pelo da Espanha (art. 116), pelo da França (art. 312, alínea 1), pelo da Suíça (art. 255, n.I) e pelo da Itália (art. 234).

Isto porque a presunção de paternidade decorrente do casamento não leva em conta, a toda evidência, a verdade biológica da filiação, presumindo que o pai é o marido da mulher casada. Com isso, nota-se, com facilidade e segurança, que o arcabouço teórico de sustentação dessa presunção (a ideia de que o casamento era a forma única ou mais relevante de constituição de um núcleo familiar) ruiu no mundo contemporâneo.

Enfim, como já dizia SAVATIER, essas ideias (fundadas na presunção de paternidade no casamento) já haviam envelhecido para o Direito Civil diante da possibilidade de inseminação artificial.<sup>11</sup>

Outrora, as presunções se justificavam.<sup>12</sup> Além das dificuldades científicas em determinar a filiação, a história de subjugo que se impôs à mulher em nossa sociedade, não dava margem para duvidar da origem

---

<sup>11</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.309.

<sup>12</sup> Considerando estes argumentos, LUÍS PAULO COTRIM GUIMARÃES destaca que a presunção de filiação surgiu porque a paternidade, por sua natureza, era oculta e incerta, não podendo, naquele tempo, “ser firmada em prova direta como a maternidade. Daí a necessidade de fundá-la em uma probabilidade que a lei eleva à categoria de presunção”, cf. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*, cit., p.65. Atualmente, contudo, já não mais se justifica o raciocínio, consideradas as descobertas científicas e as modernas técnicas de determinação científica da filiação, exigindo, pois, uma nova modelação para a presunção de filiação.

paterna de seu filho. A mulher tinha de casar virgem. Ao casar, retornava à incapacidade e era representada, em todos os atos, pelo seu marido. Não podia trabalhar, restringindo-se a cuidar do lar, do marido e da prole. Devia obediência ao marido... Enfim, os seus filhos, é claro, somente poderiam ser do seu marido, por absoluta impossibilidade de outra situação!<sup>13</sup> Ilustrando aquela realidade, felizmente suplantada, vale lembrar trecho da obra de VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA: “o governo doméstico incumbe à mulher; ao homem, o mundo dos negócios, a luta pela vida, a conquista do pão, do conforto, da fortuna. Depois de um dia todo de trabalho, em que a coluna das decepções se encheu de grossos números e de zeros a dos sucessos, o homem se refugia no seu lar como um cão batido no seu canil. O ambiente aí é sereno, o ar que se respira está saturado de paz e de amor. Feliz de revê-lo, com o riso nos lábios e a ternura nos olhos, o acolhe a companheira, e em doce alarido o cercam os filhinhos. No seu lar impera a ordem, reina o asseio, domina o bom gosto... A fada que lhe proporcionou tudo isto foi a mulher; é preciso não tirar-lhe das mãos a sua varinha mágica...”

Nessa linha de intelecção, fechando os olhos para a realidade da certeza científica e da pluralidade de entidades familiares (garantida constitucionalmente), o Código Civil de 2002 prestigiou um sistema de presunções mais antigo do que a nossa civilização, marcado pela ampla possibilidade de erros e injustiças: a presunção *pater is est quem justae nuptias demonstrant*, represando-a no campo do casamento, sem qualquer possibilidade de aplicação em outras relações afetivas.

Consta, expressamente, da literalidade do art. 1.597 do Texto Codificado: “presumem-se concebidos *na constância do casamento* os filhos”.

#### **4. A (não) incidência da presunção de paternidade na união estável: a opção do Código Civil e a correta interpretação da proteção dedicada à união estável pela Constituição da República**

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p.323.

Conquanto a união estável tenha merecido do constituinte tratamento adequado, equiparado a qualquer outra entidade familiar, contando com a *especial proteção do Estado*, determinada pelo *caput* do art. 226 do Texto Constitucional, o Código Civil (em seu art. 1.597) não permitiu a incidência da presunção *pater is est* fora de uma relação matrimonial.

Dessa maneira, os filhos nascidos de mulheres em união estável não contam com a presunção de paternidade, a partir da letra fria do Código Reale.<sup>14</sup>

Perdeu o codificador a bela oportunidade de ampliar a presunção de paternidade para a união estável, em homenagem, inclusive, ao povo brasileiro (que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, vive, majoritariamente, em famílias convencionais), deixando de posicionar o nosso ordenamento jurídico ao lado de avançadas legislações, como a lusitana, que já estabelece a incidência da presunção no casamento.<sup>15</sup>

A crítica disparada à opção acolhida pelo Código Civil sempre foi dura e, de todo, pertinente. De fato, não se justificava a exclusão da união estável da incidência da presunção de paternidade.

---

<sup>14</sup> Vale registrar a posição avançada de PAULO NADER, entendendo, de há muito, que a presunção *pater is est* seria aplicável “ao casamento e à união estável”, afirmando, ainda, que caberia “apenas ao marido ou companheiro a iniciativa de ilidi-la”, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.330.

<sup>15</sup> Art. 1.871º do Código Civil de Portugal: “1. A paternidade presume-se: a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público; b) Quando exista carta ou outro escrito no qual o pretense pai declare inequivocamente a sua paternidade; c) Quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai; d) Quando o pretense pai tenha seduzido a mãe, no período legal da concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade. e) Quando se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção. 2. A presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado.”

MARIA BERENICE DIAS sempre foi enfática ao afirmar ser “*absolutamente injustificada*” a exclusão da união estável, sendo “*desarrazoada*” a distinção promovida entre o casamento e a união estável, muito embora ambas as entidades familiares tenham merecido do constituinte “*especial proteção*”.<sup>16</sup> Também engrossando este coro, ROLF MADALENO propugnava pela aplicação analógica da presunção às entidades formadas pela união estável “*notadamente nos dias atuais, quando a ciência conferiu ao homem a possibilidade de impugnar a filiação a ele imposta por presunção*”.<sup>17</sup> ANA CLÁUDIA BRANDÃO DE BARROS CORREIA FERRAZ, em específico opúsculo sobre o tema, já disparava: “*as presunções de paternidade estabelecidas no Código Civil também se aplicam às uniões estáveis, reconhecidamente entidades familiares e não hierarquicamente inferiores ao casamento*”.<sup>18-19</sup>

Sintetizando os argumentos utilizados doutrinariamente, FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO explicam que a extensão da presunção *pater is est* para o casamento decorre de diferentes motivos: *i)* a inexistência de proibição para o uso da analogia no caso, por não se tratar de norma restritiva de direitos; *ii)* a natureza familiar da união estável, conforme reconhecimento constitucional; *iii)* a proteção das entidades familiares, inclusive da união estável.<sup>20</sup>

A nova orientação firmada pela jurisprudência superior lastreia-se em idêntica lógica, reconhecendo: “*em homenagem ao Texto Constitucional (art. 226, §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no artigo 1.597, do*

---

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p.323-324.

<sup>17</sup> MADALENO, Rolf, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p.420.

<sup>18</sup> FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia, cf. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*, cit., p.158.

<sup>19</sup> Na mesma esteira, encontram-se, ainda, PAULO LÔBO, para quem “*a presunção de concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar. A referência na lei à convivência conjugal deve ser entendida como abrangente da convivência em união estável*”, cf. *Direito Civil: Famílias*, cit., p.226 e NÁGILA MARIA SALES BRITO que, de há muito, defendia que a presunção de paternidade é “*tranquilamente extensível à união estável*”, cf. “*Presunção de paternidade no casamento e na união estável*”, cit., p.562.

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, cf. *Direito Civil: Direito de Família*, cit., p.338.

*Código Civil, ao regime de união estável” (STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp. 1.194.059/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 6.11.12, DJe 14.11.12).*

Ou seja, considerada a *especial proteção dedicada à união estável pela Carta Cidadã de 5 de Outubro*, estende-se a presunção de paternidade decorrente do casamento para as entidades familiares convivenciais. Isto porque, malgrado não sejam iguais (casamento e união estável), merecem a mesma proteção, a partir do comando constitucional. É bem verdade, nesse ponto, que a aplicação da presunção de paternidade na união estável exigirá adaptações e o estabelecimento de uma prévia comprovação da existência da união estável no momento da concepção. *Entrementes, não é por conta da necessidade de adaptações interpretativas que se excluiria a incidência da presunção das uniões estáveis.*<sup>21</sup>

É certo e incontroverso que o caminho pavimentado pela nossa *communis opinio doctorum et consensus omnium jurisprudencial* merece aplausos, sem a menor sombra de dúvida. Todavia, sobreleva lançar outras luzes para embasar, teoricamente, a nova orientação da jurisprudência.

#### **5. A aplicação da presunção de paternidade na união estável com base na impossibilidade de tratamento desigual entre os filhos: interpretação da proteção dos filhos conforme a Constituição**

Apesar da suficiência dos argumentos invocados pela doutrina e pela jurisprudência para o elasticamento da presunção de paternidade (*pater is est quem justae nupcias demonstrant*), é mister apresentar uma outra grave incoerência jurídica decorrente do aprisionamento da multicitada presunção nas latitudes e longitudes da relação casamentária apenas.

---

<sup>21</sup> Nessa tocada, PAULO LÔBO chama a atenção para o fato de que “dificuldades de ordem prática não podem ser obstáculos à aquisição de direito, pois faria a paternidade dependente de reconhecimento voluntário e judicial, o que negaria aplicabilidade aos efeitos parentais decorrentes da união estável”, cf. *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 226-227.

É que deixar de aplicar a presunção *pater is est* na união estável afronta, a mais não poder, a norma expressa na Constituição Federal (art. 227) de *proibição de todo e qualquer tratamento discriminatório entre os filhos*. Isto porque, incidindo a presunção tão somente no casamento, persistiria (indevidamente) uma diferença teórica e prática entre os filhos: os filhos nascidos de mulheres casadas teriam pais por presunção, uma vez que as suas mães seriam casadas; já os filhos nascidos de uma união estável, não teriam pais, apesar de suas mães viverem em uma entidade familiar com *especial proteção do Estado* (CF, art. 226).

Assim, ao aplicar a presunção de paternidade somente no casamento, estaria o Código Civil criando duas diferentes categorias de filhos: os filhos de pessoas casadas (que gozam de presunção e podem exigir, automaticamente, os seus direitos decorrentes do parentesco paterno) e os filhos de mulheres não casadas (que, não dispendo da presunção, precisam de reconhecimento pelos seus pais e, não ocorrendo espontaneamente, precisam investigar a paternidade, aguardar a decisão judicial para, somente então, exigir os direitos respectivos).

Nessa ambiência, haveria, sem a menor sombra de dúvidas, um flagrante tratamento discriminatório entre os filhos (violando a filosofia isonômica constitucional) e, bem por isso, já há algum tempo, entendemos que a matéria reclama uma *interpretação conforme a Constituição*, estendendo-se, assim, os efeitos práticos da presunção também à união estável.<sup>22</sup>

A técnica de *interpretação conforme a Constituição* deflui da possibilidade de diferentes significados de uma norma jurídica (normas plurissignificativas ou polissêmicas). Diante desse quadro, *impõe-se preferir a interpretação que mais aproxime a norma jurídica das latitudes e longitudes estabelecidas pelo Texto*

---

<sup>22</sup> Para maior aprofundamento, remete-se o leitor para o que escrevemos, com maior verticalidade e referências mais amplas, a quatro mãos, em conjunto com eminente civilista radicado nas Alterosas, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Famílias*, cit., p.645-646.

*Constitucional*, obstando uma exegese distante da filosofia constitucional.<sup>23</sup> Com isso, prestigia-se a *prevalência da Constituição* e a *conservação das normas jurídicas*, na medida em que não será eliminada do sistema, mas aproveitada, a partir de uma interpretação harmônica com os objetivos maiores do sistema jurídico.

Pois bem, promovendo uma *interpretação conforme a Constituição* do art. 1.597 do Código Civil (que estabelece a aplicação da presunção de paternidade, tão somente, no âmbito do casamento), é de se inferir a sua incidência na união estável com o escopo de efetivar a ideologia constitucional de impossibilidade de tratamento diferenciado entre os filhos. Isto porque *toda e qualquer entidade familiar merece especial proteção no cenário descortinado pela Carta Cidadã, o que, em última análise, corresponde à tutela dedicada à dignidade humana*.

Nesse sentido, inclusive, já há um relevante precedente no Superior Tribunal de Justiça, palmilhando exatamente o caminho aqui pavimentado:

*“A regra pater is est aplica-se também aos filhos nascidos de companheira, casada eclesiasticamente com o extinto, suposta união estável e prolongada. Negar esta presunção aos filhos nascidos de união estável, sob o pálio de casamento religioso, com vivência como marido e mulher, será manter fundada discriminação, que a Constituição não quer e proíbe, entre filhos nascidos da relação de casamento civil e filhos nascidos da união estável, que a vigente Lei Maior igualmente tutela.”*

---

<sup>23</sup> A explicação de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR é elucidativa: *“o princípio da interpretação conforme a Constituição também consiste num princípio de controle de constitucionalidade, mas que ganha relevância para a interpretação constitucional quando a norma legal objeto do controle se apresenta com mais de um sentido ou significado (normas plurissignificativas ou polissêmicas), devendo, nesse caso, dar-se preferência à interpretação que lhe empreste aquele sentido – entre os vários possíveis – que possibilite a sua conformidade com a Constituição”*, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 236.

(STJ, Ac. unân. 4<sup>a</sup>T., REsp.23/PR, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 19.9.89, DJU 16.10.89, p. 15.856, RSTJ 5:307)

Realmente, negar a incidência da presunção de paternidade na união estável seria criar diferentes categorias de filhos, afrontando, diretamente, a igualdade constitucional filiatória.

Aliás, em texto de clareza merediana, estabelece a Lei Máxima que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação” (art. 227, § 6º). Nesse particular, a incidência da isonomia tem o condão de impedir distinções entre filhos fundadas na natureza do vínculo que une os genitores (se casados ou se conviventes, em união estável), além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou não.

Não há mais, assim, a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem.

E é, exatamente formulando uma interpretação (construtiva) conforme o Texto Constitucional, que se afirma a proteção integral de todo e qualquer filho, gozando dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal, *independentemente de sua origem*.<sup>24</sup> É dizer: independentemente de serem filhos de pessoas casadas ou de pessoas em união estável.

Com isso, todos os dispositivos infraconstitucionais (inclusive o art. 1.597 do *Codex* de 2002) que, de algum modo, direta ou indiretamente, deter-

---

<sup>24</sup> Em sede doutrinária, já se propugna nessa toada: “independentemente da espécie de filiação (biológica ou não biológica; havida dentro ou fora do matrimônio) e do tipo de família em que ela se insere (matrimonial, nascida de união estável ou monoparental), os direitos e deveres dos pais e filhos são idênticos”, COELHO, Fábio Ulhoa, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.148.

minem tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser interpretados conforme a Constituição, permitindo a obediência aos proclames da *Lex Fundamentalis*.

## **6. Considerações finais e prospecções futuras**

A partir do novo tratamento dedicado à presunção de paternidade pelo *leading case* da jurisprudência da Corte Superior de Justiça (STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp. 1.194.059/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 6.11.12, DJe 14.11.12), lastreada em sólida base doutrinária, dúvida inexistente de que o panorama da matéria é alvissareiro: *o homem continua evoluindo para o melhor*, conforme a máxima kantiana.

De qualquer maneira, em notas conclusivas, vale encalamistrar uma prospecção para a matéria: considerando a isonomia constitucional entre os filhos, bem como os avanços da Biotecnologia e a pluralidade de entidades familiares, já não é chegado o tempo de desvincular a filiação do tipo de relacionamento existente entre os pais?

Até mesmo porque a própria justificativa da presunção de paternidade era o conhecimento científico acerca da duração de uma gestação.<sup>25</sup> Em sendo assim, em tempos hodiernos, com descobertas científicas avançadas, permitindo indicar a filiação com precisão absoluta<sup>26</sup> e com a pluralidade de manifestações afetivas, não parece razoável estabelecer uma relação paterno-filial por presunção, quando é possível ter convicção jurídica da sua origem – seja biológica, socioafetiva ou qualquer outra.

---

<sup>25</sup> ORLANDO GOMES lembrava que a presunção de paternidade fundamentava-se “nos conhecimentos científicos sobre a duração da gravidez, não admitindo prova em contrário. Quem nascer cento e oitenta dias depois de iniciada a convivência conjugal dois pais ou nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal terá, necessariamente, a condição de filho”, GOMES, Orlando, cf. *Direito de Família*, cit., p. 323.

<sup>26</sup> Acodem nessa levada, algumas reflexões doutrinárias: “Os avanços da ciência trazem outras soluções, na atualidade, para tais presunções legais, constantes dos incisos I e II do artigo em tela (art. 1.597 do Código Civil). O exame de DNA é um avanço na ciência que pode esclarecer as dúvidas sobre a paternidade”, MONTEIRO, Washington de Barros, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.359.

Parece-me que, em tempos pós-modernos, com a possibilidade de determinação da filiação com precisão científica, já não mais se justifica presumir uma filiação, quando é possível, sem maiores dificuldades, determiná-la através da *verdade biológica* (por meio de exames e perícias médicas), da *verdade socioafetiva* (afinal de contas, *pai é quem cria*, como diz o adágio popular) ou por meio da *verdade decorrente de qualquer outra origem* (como, apropriadamente, reconhece o art. 1.593 da Codificação de 2002, respeitando a igualdade de origem dos filhos).

A filiação, assim, estaria desatrelada do casamento ou da união estável, decorrendo da *Biologia* (*pater is est quae sanguis demonstrant*), da *socioafetividade* (*pai é quem cria*, quem estabelece uma *posse do estado de filho*) ou de qualquer outra origem (deixando antever diferentes possibilidades, em respeito à igualdade entre os filhos). E, somente no caso concreto, seria determinado o critério prevalecente.

Enfim, com inspiração no vaticínio de ZENO VELOSO, a presunção de paternidade (*pater is est*), prevista no art. 1.597 do Código Civil, *para dizer o mínimo, está bastante enfraquecida, praticamente afastada...*<sup>27</sup>

E, bem por isso, parece chegado o tempo de não mais nos satisfazermos com uma presunção que, mesmo elasticada para a união estável, foi concebida em um ambiente hierárquico, partindo da premissa de que determinados filhos merecem tratamento jurídico mais efetivo do que outros.<sup>28</sup> No entanto, em época de pluralidade de entidades familiares (com a admissibilidade de diferentes tipos de famílias) e de isonomia constitucional entre os filhos,

---

<sup>27</sup> VELOSO, Zeno, cf. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p.75.

<sup>28</sup> Percebendo essa realidade fenomênica, SÍLVIO RODRIGUES percebeu que a presunção de paternidade impunha-se “por razões de ordem social, altamente convenientes. Com efeito, ela militava em favor da estabilidade e da segurança da família, pois evitava que se atribuísse prole adulterina à mulher casada e que se introduzisse, desnecessariamente, na vida familiar, o receio da imputação de bastardia”, RODRIGUES, Sílvio, cf. *Direito Civil*, cit., p.323.

independentemente de suas origens, *é preciso pensar sobre a razoabilidade, ou não, de se admitir filhos por presunção.*

Refletindo essas novas formulações sobre a filiação, a jurisprudência superior, em passagem oportuna ao assunto *sub occulis*, já afirmou que “*na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor*” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 4987/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 4.6.91, DJU 28.10.91, p. 15.259, RSTJ 26:378).

Seguramente, manter o sistema filiatório por presunção, nesse momento, é manter um sistema com tratamento diferenciado entre os filhos, repetindo fórmulas teóricas envelhecidas, ignorando que *o novo sempre vem...*

É a reflexão que se impõe...

#### **Referências.**

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Família*, Buenos Aires: Astrea, 7ªed., 2004.

BRITO, Nágila Maria Sales. “Presunção de paternidade no casamento e na união estável”. In *A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, vol.5.

COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 6ª ed., 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 4ªed., 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 8ª ed., 2013, vol. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Salvador: JusPodivm, 5ª ed., 2013.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*, Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 14ªed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, São Paulo: Saraiva, 4ª ed. 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 37ªed., 2004.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol.5.

PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Família*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, Tomo II.

REDONDO, Bruno Garcia. "Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação interpretação, aplicação, afastamento e superação". In *Revista de Processo - RePro*. São Paulo: RT, n. 217, ano 38, mar./2013.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 17ªed., 2002, vol.6.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 3ªed. São Paulo: Método, 2009.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, São Paulo: Malheiros, 1997.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia*, Buenos Aires: Astrea, 4<sup>a</sup>ed., 2002, Tomo 2.