

**UFRRJ**  
**INSTITUTO DE TRÊS RIOS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MONOGRAFIA**

**A aplicabilidade da presunção de paternidade ao  
instituto da união estável**

**Rodrigo de Souza**

**2014**



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO DE TRÊS RIOS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A APLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE AO  
INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL**

**RODRIGO DE SOUZA**

*Sob a Orientação da Professora*  
**Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza**

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**, no Curso de Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito Civil.

Três Rios  
Fevereiro de 2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO DE TRÊS RIOS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RODRIGO DE SOUZA**

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**, no Curso de Graduação em Direito, área de Concentração em Direito Civil.

MONOGRAFIA APROVADA EM ----/----/-----

---

(Orientadora)

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

A meus finados pais, por terem me dado todo suporte e afeto durante os momentos em que estiveram comigo.

A meu querido irmão, pois sem ele eu não seria metade do que sou hoje.

A meus verdadeiros amigos, por todo apoio ao longo dessa trilha que foi o curso de Direito.

À minha orientadora, Professora Vanessa Sampaio, por toda paciência dispensada.

E finalmente à minha namorada Renata, por nunca me deixar desistir de meus sonhos.

## RESUMO

Durante certo tempo o ordenamento jurídico brasileiro dividia a filiação em filhos legítimos e ilegítimos, sustentando verdadeira discriminação entre eles. Entretanto a nova ordem constitucional extinguiu toda e qualquer discriminação referente à filiação, dispensando, ainda, especial proteção aos interesses da criança. Por isso a necessidade de revisão dos parâmetros que fundamentam a presunção *pater is est*, ou presunção de paternidade, aplicada, de acordo com o Código Civil de 2002, tão somente aos filhos havidos na constância do matrimônio. Desse modo, foi ignorada sua aplicabilidade ao instituto da união estável, que recebeu *status* de entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, demonstrando discriminação na filiação, a despeito da vedação constitucional.

Palavras chave: união estável; presunção de paternidade; filiação

## ABSTRACT

For some time, the Brazilian juridic order divided the filiation in legitim and illegitim children, sustaining a true discrimination between them. However, the new constitutional order extinguished every discrimination related to filiation, dispensing, yet, special protection to the children interests. Because of that, the necessity of reevaluation of the parameters that underlie the *pater is est* presumption, or presumption of paternity, applied according to the Civil Code of 2002, only to those children born inside a matrimony. This way, the applicability was ignored to the institute of stable union, which received the status of familiar entity by the Federal Constitution of 1988, showing discrimination in filiation, despite the constitutional proscription.

Keywords: stable union; presumption of paternity; filiation

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	1
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 A FAMÍLIA</b> .....	10
1.1 A evolução histórica da família .....	10
1.2 Formas de constituição familiar .....	12
1.2.1 O casamento .....	12
1.2.2 A união estável.....	18
<b>2 FILIAÇÃO</b> .....	23
2.1 Questões históricas da filiação .....	23
2.2 A filiação e a Constituição de 1988.....	25
<b>3 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE</b> .....	28
3.1 A presunção de paternidade no casamento.....	28
3.2 A presunção de paternidade na união estável.....	32
3.3 Questões jurisprudenciais .....	36
<b>CONCLUSÃO</b> .....	40
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	42



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise do instituto da presunção *pater is est* sob uma perspectiva civil-constitucional, a fim de aferir-se quais as funções do instituto ao longo da história, seus fundamentos e sua aplicabilidade. Será realizada uma abordagem histórica tanto da família de forma geral, quanto dos institutos a serem tratados, quais sejam o casamento, a união estável, a filiação e a própria presunção de paternidade.

A filiação é o grau de parentesco mais importante do Direito das Famílias, tendo em vista que é o vínculo jurídico formado entre pais e filhos, sendo tal vínculo, portanto, o mais próximo existente. Diante de tamanha importância, a Constituição de 1988 conferiu especial proteção ao instituto, estabelecendo a igualdade entre os filhos e proibindo qualquer tipo de discriminação entre eles, o que acabou por banir do ordenamento jurídico a dicotomia filho legítimo e filho ilegítimo. Entretanto existem até hoje certos dispositivos que tem caráter discriminatório da filiação. É o que ocorre com o art. 1597, do Código Civil que trata da presunção de paternidade.

A presunção *pater is est* prevista no art. 1.597 do Código Civil de 2002 é um instituto que durante muito tempo visou a proteção do matrimônio e da legitimidade da filiação. A presunção era e ainda é estabelecida através de prazos baseados em parâmetros científicos do período de gestação, sendo que, a partir dos avanços da tecnologia, foram inseridas no Código Civil de 2002 as previsões da presunção para os casos de concepção não sexual da prole. Com o fim da discriminação dos filhos havidos de qualquer natureza, não se amparava mais a existência do instituto da presunção de paternidade, entretanto houve sua manutenção pela Lei Civil de 2002, o que impõe o estudo de seus novos fundamentos.

Diante disso, vislumbra-se a questão da aplicação da presunção de paternidade ao instituto da união estável, relação livre das formalidades do casamento, o qual a presunção é aplicada. Necessita-se, portanto, de uma interpretação do instituto à luz dos novos princípios constitucionais, que pregam a igualdade e a defesa do melhor interesse da criança.

A pesquisa será demonstrada a partir da doutrina nacional, além das legislações que tratam, ou já trataram dos assuntos abordados, quando se fizerem necessárias ao entendimento do objeto de estudo. Será realizada ainda uma abordagem jurisprudencial acerca dos temas discutidos, buscando-se expor, ainda, as matérias que já se encontram sumuladas pelos tribunais superiores.

Confrontados os dados obtidos, busca-se demonstrar, ao final, quais os fundamentos da presunção de paternidade na contemporaneidade e as diretrizes de sua aplicabilidade, tanto no instituto do matrimônio, quanto no da união estável.

## Capítulo 1: A FAMÍLIA

### 1.1) A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A família por ser o núcleo básico de qualquer sociedade, goza de especial proteção em nosso ordenamento jurídico. É nela em que são construídas a personalidade e a moral de cada sujeito, ainda que sofra mudanças em sua estrutura básica com o passar dos anos. A família é, portanto, o fenômeno humano que baseia toda a sociedade contemporânea.

Não é possível fixar um modelo familiar homogêneo devido à diversidade de fatores, das mais variadas nuances, que a influenciam, sendo tal instituto fruto e adaptação das relações sociais que lhe são contemporâneas.<sup>1</sup> Nesse sentido é a observação de Luiz Edson Fachin, citada por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, que ensina que é “inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”<sup>2</sup>, enquanto Maria Berenice Dias vai mais além ao afirmar que, na verdade, a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar<sup>3</sup>, uma vez que a mesma antecede o próprio Estado.

Destarte, para melhor compreensão do instituto da família e daqueles que lhe são derivados, como, por exemplo, a filiação, é necessária uma análise não só do próprio instituto e de sua legislação, mas também do momento histórico em que cada modelo se encontra. A família no Brasil nem sempre considerou a afetividade como fator formador de entidades familiares, na verdade, tal fator pouco importava em nosso ordenamento, levando-se em conta, por exemplo, o período pré Constituição de 1988, sob a égide do Código Civil de 1916, já que somente a partir dela o casamento, instituição resultante do intervencionismo do Estado nas relações sociais<sup>4</sup>, deixou de ter exclusividade, abrindo as portas para outros modelos de família, como aquelas formadas pela união estável, baseadas tão somente nos moldes da afetividade.

Naquela época vigia no país o ideal de família estritamente matrimonializada<sup>5</sup>, onde a felicidade dos cônjuges era superada pelos interesses patrimoniais. Sua formação era uma

---

<sup>1</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. (2011) *Direito das Famílias* (3ª Ed.) Rio de Janeiro: Lumen Juris p. 3.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 3-4.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice (2011). *Manual de Direito das Famílias* (8ª Ed.) São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 27.

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 27.

<sup>5</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 4.

verdadeira comunidade rural integrada por todos os parentes, sendo amplamente incentivada a procriação, gerando mais força de trabalho através dos novos membros.<sup>6</sup> Era a família, portanto, uma unidade de produção que buscava, precipuamente, a criação e o acúmulo de riquezas, que seriam um dia transmitidas aos herdeiros, ficando em segundo plano os laços afetivos dos que contraíram o casamento. Paulo Lôbo aduz que a função econômica dos núcleos familiares foi perdendo sentido devido ao processo de emancipação social, jurídica e econômica da mulher.<sup>7</sup> De acordo com Ana Carolina Brochado, “A família sofreu grandes modificações no decorrer dos tempos. Ela era marcadamente patriarcal, nuclear, heterossexual, dominada pela figura do pai, que lhe dava o nome, era seu chefe e gerente, representante do grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham.”<sup>8</sup> Com efeito, nesse modelo familiar tornava-se difícil a dissolução do vínculo entre os cônjuges, uma vez que, com isso, teria fim também a sociedade firmada entre ambos, implicando financeiramente em seu patrimônio, o que tinha extrema relevância no modelo familiar da época.

A evolução da família se dá juntamente com a evolução do indivíduo e da sociedade, sofrendo influência, ainda, da evolução tecnológica. Concomitantemente com a modernização da sociedade de uma forma geral, houve mudanças significativas na concepção dos núcleos familiares. Com os avanços científicos como, por exemplo, a descoberta da fertilização *in vitro*, que torna possível a concepção artificial do ser humano com a exclusão do fator sexual, passou-se a ter uma maior preocupação com a proteção da pessoa humana, invertendo-se os antigos valores focados no ter para uma visão mais aproximada do ser<sup>9</sup>. Maria Berenice ensina que o antigo modelo familiar não resistiu à revolução industrial, visto que, com o aumento da necessidade de mão de obra, as mulheres puderam ingressar no mercado de trabalho, deixando de ser o homem o único provedor do lar, transformando as famílias, antes de formação extensiva, em famílias nucleares, restritas tão somente ao casal e sua prole<sup>10</sup>.

O afeto então passa a ter maior importância e a merecer maior consideração no Direito, rompendo, assim, com o antigo pensamento de que a família seria uma sociedade patrimonial e meio de preservação da espécie e passando a vigorar a compreensão de que a

---

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 28.

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil :Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 19.

<sup>8</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, Padma, São Paulo, p. 3.

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit.. p. 4.

<sup>10</sup> Id. Ibidem. p. 28.

amplitude do termo família é tão grande quanto as formas de expressão desse afeto<sup>11</sup>. A democracia incorpora-se ao seio familiar, trazendo maior igualdade a seus membros e permite a mudança das funções dessa instituição, que passa a ser precipuamente um âmbito de solidariedade e desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, núcleo transmissor de costumes e experiências humanas que vão passando de geração em geração<sup>12</sup>. Ou seja, a família evolui de “instituição” protegida em si mesma, permitindo inclusive a transgressão dos interesses individuais de seus integrantes, para “instrumento” desenvolvidor do caráter e personalidade dos membros que nela se inserem e eivado de igualdade substancial e solidariedade, conforme preceituado na atual Carta Magna em seus artigos 1º e 3º. Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

*A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um lar, tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.<sup>13</sup>*

## **1.2 FORMAS DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR**

### **1.2.1 O CASAMENTO**

Durante a codificação de 1916 o casamento era a única forma de constituição familiar, era a chamada família legítima que recebia tratamento especial e privilegiado em relação às famílias formadas fora do matrimônio, consideradas no mundo jurídico como ilegítimas e que geravam efeitos tão somente de ordem obrigacional. Exigia-se, assim a prática do ato formal das núpcias para que a união dos cônjuges surtisse algum efeito legal.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 as famílias formadas fora do casamento não gozavam da legitimidade conferida pela Constituição de 1988. Tais núcleos familiares sequer eram considerados uma família propriamente dita, pois os dispositivos legais que as mencionavam, quais sejam os referentes ao casamento e ao direito sucessório, tinham caráter estritamente proibitivo, considerando-as famílias concubinas.

Ainda com relação ao Código Civil de 1916, havia nele a previsão de indissolubilidade do vínculo matrimonial, hipótese esta claramente influenciada pela doutrina

---

<sup>11</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 5.

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 9.

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 44.

religiosa que considera eterno e sagrado o vínculo formado pelo matrimônio. Essa característica desapareceu de nossa ordem jurídica com o advento da Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, que foi mais tarde aperfeiçoada pela EC 66/10 que extinguiu todos os prazos antes necessários à dissolução do casamento.

Defendido por muitos e criticado por tantos outros, sendo chamado inclusive de “um pacto inoportuno e obscuro”<sup>14</sup> por Aldous Huxley, o casamento é instituto baseado precipuamente na tradição e no formalismo, derivado de uma sociedade sistematicamente organizada<sup>15</sup>. Segundo Maria Berenice “o casamento é uma regra de conduta criada pela sociedade para organizar os vínculos interpessoais”<sup>16</sup>. Para Clovis Beviláqua, citado na obra de Carlos Roberto Gonçalves “O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer.”<sup>17</sup> Aqui, *data venia*, tem-se uma visão bastante arcaica do que seria a união daqueles que resolvem manter uma comunhão de vida. Sabe-se que o conceito de Beviláqua reflete os valores de outra época, entretanto parte dessa doutrina não existe mais em nossa sociedade, falar em legalização das relações sexuais por meio do casamento nos dias de hoje é retornar aos tempos de famílias legítimas e ilegítimas, onde as relações entre homem e mulher só eram bem vindas caso houvesse uma união formal entre os dois. Além disso a ideia da união formal tão somente entre homem e mulher não reflete os valores sociais atuais.

A conceituação de Maria Helena Diniz não se afasta totalmente da de Beviláqua, sendo o casamento para ela “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”<sup>18</sup> Nesse mesmo sentido, Paulo Lôbo preleciona que o casamento “é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 139.

<sup>15</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 98

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 28.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6 : Direito de Família* . 8. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito de Família*, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 99

Outro conceito importante é o dado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que, indo na contramão dos doutrinadores anteriormente citados, definem o casamento como sendo “um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida.”<sup>20</sup> Tem-se nesse momento uma conceituação mais atual e condizente com os valores propagados pela sociedade contemporânea, definindo o casamento, apesar de todos os formalismos existentes no instituto, como uma união baseada no afeto, de direitos e deveres mútuos e voltada para a realização de projetos interpessoais. Nota-se ainda que não houve por parte dos autores a restrição do casamento à relação entre homem e mulher, importando tão somente a existência do afeto e dos interesses comuns entre os nubentes.

Por fim, o art. 1511, do Código Civil de 2002 determina que “o casamento estabelece comunhão de vida plena, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”. Com base nesse ditame legal é fácil perceber que o legislador infraconstitucional quis atribuir ao casamento um caráter mais condizente com a nova ordem constitucional, emprestando-lhe os efeitos do princípio da igualdade.

Ultrapassada a fase de conceituação do instituto, impende-se tratar das principais características existentes no matrimônio.

Por se tratar a liberdade de escolha de um direito fundamental predisposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos uma das principais características do casamento é se tratar o mesmo de um ato pessoal e de livre escolha dos nubentes, dependendo somente destes para a realização da solenidade, levando-se em conta, por óbvio, que os noivos são maiores e capazes. Ressalte-se ainda a possibilidade de o casamento ser realizado por procuração dos nubentes no caso de impossibilidade de comparecimento dos mesmos à cerimônia.

Enquanto tratam-se as demais entidades familiares de simples fatos sociais que geram efeitos jurídicos, o casamento é revestido de grande formalismo, pois, além da manifestação de vontade dos nubentes, depende também da atuação do próprio Estado para ter validade, como por exemplo nos atos da celebração e do registro público.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ensinam que além de ato pessoal o casamento também é solene, sendo esta sua mais visível característica<sup>21</sup> e que basicamente diferencia o instituto do matrimônio do da união estável. Com efeito, os artigos 1.525 e seguintes do

---

<sup>20</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona Op. Cit. p. 103.

<sup>21</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 145

Código Civil apresentam todas as formalidades necessárias à realização do casamento, tais como o processo de habilitação, a celebração solene do matrimônio que, de acordo como o arts. 1.533 e 1.534 do Código Civil, deverá ser realizada por uma autoridade presidente em local, data e horário pré estabelecidos e com a presença de duas testemunhas. Além disso o matrimônio deve, ao final, ser levado a registro público. Tais formalidades são de tamanha importância que, no caso de sua inobservância o ato poderá ser considerado inexistente, diferentemente dos negócios jurídicos comuns em que a falta de formalidades essenciais gera a nulidade do ato. Carlos Roberto Gonçalves compara a relevância das formalidades presentes na validação do casamento àquelas atinentes ao ato do testamento, envolvendo-se assim, numa verdadeira aura de solenidade<sup>22</sup>. Tal fato se dá porque as normas que regem o matrimônio são de natureza cogente, ou seja, não podem ser afastadas por conveniência das partes interessadas devido a seu caráter de interesse público. Como exemplo disto tem-se a impossibilidade da escusa dos deveres conjugais recíprocos por parte dos cônjuges através de um pacto antenupcial. Para melhor ilustrar, são os mencionados deveres:

*Art. 1.566.*

*São deveres de ambos os cônjuges:*

*I – fidelidade recíproca;*

*II – vida em comum, no domicílio conjugal;*

*III – mútua assistência;*

*IV – sustento, guarda e educação dos filhos;*

*V – respeito e consideração mútuos*

O casamento também é negócio jurídico puro e simples, tendo em vista que não comporta condição ou termo durante sua vigência, produzindo efeitos a partir da confirmação de sua validade.

Outra característica extremamente importante no casamento é sua estrutura monogâmica, estrutura esta compartilhada com todos os países da cultura ocidental. Tal regra decorre da intelecção do já citado art. 1.521 do Código Civil que proíbe a realização do casamento daquelas pessoas que já possuem o *status* de casadas. Com efeito é o referido dispositivo:

*Art. 1.521.*

*Não podem casar:*

*(...)*

*VI – as pessoas casadas;*

---

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. P. 43.

Por fim, existe a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Como dito anteriormente o casamento, durante a vigência da Codificação Civil de 1916, tinha caráter de permanência, indissolubilidade. Tal característica teve fim com o advento da EC 9/77 que suprimiu o princípio da indissolubilidade presente no §1º, do art. 175, da então Constituição de 1969, e que mais tarde foi regulada pela Lei do Divórcio de 1977. Com a criação da Constituição de 1988 foram reduzidos os prazos previstos para a concretização do divórcio, ainda exigindo-se a chamada separação de fato por determinado período de tempo. Entretanto, a EC 66/2010 extinguiu qualquer tipo de prazo para o divórcio, bastando a vontade de ambas as partes ou até mesmo de apenas uma delas. Com relação a isso Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald inferem que “reconhecida a dissolução do casamento em sede constitucional, é possível chegar à ilação de que à liberdade de casar corresponde, em inversão lógica, a liberdade de não permanecer casado.”<sup>23</sup>. Maria Berenice assevera que com o fim dos prazos de separação de fato ou separação judicial para a concessão do divórcio restou afastada também a interferência estatal que mantinha as pessoas casadas de maneira injustificada<sup>24</sup>. No Código Civil o divórcio encontra-se regulamentado nos arts. 1571 a 1582.

Apesar de ser o divórcio a única maneira de dissolução da sociedade conjugal, é a separação de fato que põe fim ao vínculo matrimonial, tendo em vista que a única razão que o mantém é o afeto e não um documento formal. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald vão mais além ao dizer que a separação promove a extinção dos efeitos jurídicos do casamento, como, por exemplo, a comunhão de bens e os deveres conjugais recíprocos, já que a mesma implica em extinção da comunhão de vida.

Também é nesse sentido o entendimento da jurisprudência conforme podemos ver a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. SEPARAÇÃO DE FATO. DEVERES CONJUGAIS. COMUNHÃO DE BENS. EFEITOS. SÚMULA 83/STJ. ART. 535, CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS. FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ.

1. Admite-se efetivada a intimação e iniciado o prazo para interposição do recurso cabível, desde que demonstrada a ciência inequívoca da decisão pela parte interessada, hipótese que não se verificou no caso presente.
2. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas

---

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 146

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 300.

à apreciação judicial, o que afasta a negativa de prestação jurisdicional.

3. Os embargos de declaração opostos com a finalidade de prequestionamento não são protelatórios (Súmula 98/STJ).

4. Constatada a separação de fato, cessam os deveres conjugais e os efeitos da comunhão de bens.

5. Agravo regimental provido.<sup>25</sup>

(grifos nossos)

No presente julgado, discute-se se as participações acionárias adquiridas pelo Recorrente após a separação de fato, porém sem o efetivo divórcio, fariam parte da meação dos bens havidos em comunhão com sua ex consorte. Vencido na sentença de primeiro grau e também em grau de recurso, o recorrente interpôs Recurso Especial, o qual foi negado prosseguimento. Insatisfeito com a decisão que negou prosseguimento a seu Recurso Especial, o Recorrente interpôs Agravo Regimental, argumentando ser a matéria do caso, qual seja a questão de ser ou não a separação de fato suficiente para que cessem os deveres conjugais e a comunhão de bens, exclusivamente de direito, já tendo havido, inclusive, o prequestionamento da argumentação.

Após exaurir as peculiaridades processuais que o caso concreto continha, a Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti esclareceu que já era entendimento firmado por ambas as turmas da 2ª Seção daquele tribunal superior que, cessada a vida em comum do casal pela separação de fato não há mais de se falar em deveres conjugais recíprocos, tampouco em meação dos bens adquiridos fora da constância do casamento. A fim de melhor embasar seu posicionamento a Ministra Relatora citou como precedentes as decisões dos Recursos Especiais 10.5.209/SP e RESP 67.678/RS

Ultrapassadas as questões concernentes ao instituto do casamento, necessária se faz a apresentação modalidade familiar da união estável, objeto essencial de nosso estudo.

### **1.2.2 A UNIÃO ESTÁVEL**

A partir da vigência da Constituição da República de 1988 a exclusividade do casamento como forma de criação da relação familiar deixou de existir, não havendo mais de se falar em famílias legítimas e ilegítimas, pois o art. 226 da *Lex Legum* determinou a especial proteção da instituição da família, no entanto não especificou conforme seu meio de formação, surgindo então, a pluralidade das modalidades familiares.

---

<sup>25</sup> AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 880.229 - CE (2006/0181121-0) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Entretanto, isso não significa dizer que o casamento perdeu sua proteção com o surgimento das novas famílias, pelo contrário, o instituto mantém a mesma proteção de que gozava anteriormente, porém, abriu certo espaço para a entrada dessas novas entidades por conta de todos os formalismos que lhe são peculiares, formalismos inexistentes nas demais modalidades, como por exemplo a união estável, que passa a ser objeto de nosso estudo.

O Código Civil de 1916, conforme já fora dito alhures, determinava que o casamento seria a única forma de união conjugal. Desse modo, o diploma legal vigente à época não só deixou de regular as relações extraconjugais como também tratou de puni-las em determinados dispositivos legais, referentes ao casamento e ao direito sucessório. Havia também o desencorajamento do fim das relações matrimoniais, visto que até o ano de 1977, ano de criação da Lei do Divórcio, a única forma de rompimento da vida comum era o desquite, que, ainda assim, não extinguiu o laço conjugal, impedindo um novo casamento por parte de qualquer dos cônjuges.

Tais relações, até então denominadas como concubinato, tiveram seu primeiro reconhecimento através de julgados datados da década de 60 e que apresentaram efeitos estritamente patrimoniais. As mencionadas decisões forneciam verdadeiras prestações alimentícias sob a denominação de “indenização por serviços domésticos prestados” e tinham como fundamento a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito do homem, consistente na desconsideração do trabalho e dedicação da dita concubina.

Passou então a ser reconhecida a existência das sociedades de fato, entretanto tais sociedades em momento algum eram identificadas como entidades familiares, haja vista, quando de sua dissolução, eram discutidas somente questões relativas ao patrimônio construído enquanto durava a sociedade, questões discutidas afim de se evitarem eventuais injustiças na partilha dos bens, que, geralmente, ocorriam em desfavor da mulher.<sup>26</sup> Este assunto foi, inclusive, matéria de apreciação do Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula 380, tratando dessas chamadas sociedades de fato.

*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.*

Conforme pode-se verificar, para a sociedade de fato, reconhecida à época, somente o patrimônio havido durante sua existência interessava, não havendo qualquer tipo de assistência alimentar propriamente dita ou concessão de direitos sucessórios.

---

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 167-168.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>27</sup> aduz que, a partir de então, o Superior Tribunal de Justiça iniciou uma diferenciação entre o concubinato adúltero e o concubinato com convivência *more uxorio*, ou seja, aquele com aparência de casamento. Tais concubinatos foram chamados também de concubinato impuro, no caso do adúltero, e concubinato puro, no caso de ocorrer no caso concreto a modalidade do companheirismo.

Diante disso passaram as restrições na codificação de 1916, mais precisamente dispostas no art. 1.177<sup>28</sup>, a serem aplicadas tão somente aos concubinatos adúlteros, isto é, àqueles ocorridos sem uma prévia separação de fato da parte casada da relação. Com efeito, não se confundiam mais a companheira e a concubina, sendo considerada companheira a mulher que mantinha com o homem uma convivência com aparência de casamento, diferentemente da amante, cúmplice do adultério.

Originada a Constituição de 1988, passou a união *more uxorio* entre homem e mulher, sem a realização das núpcias, a ser chamada de união estável e ter a mesma proteção constitucional dispensada ao casamento, tendo em vista que a Carta Magna, de maneira expressa em seu art. 226, a declarou como sendo entidade familiar.

*Art. 226*

*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...)*

*§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>29</sup> definem a união estável como sendo “uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (convivência *more uxorio*), caracterizando uma entidade familiar.”

No Código Civil de 2002, a união estável vem regulada a partir do art. 1.723 que à sua luz “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Diante disso, ensinam Chaves e Rosenvald<sup>30</sup> que trata-se a união estável de uma situação fática, estabelecida através de um vínculo de afeto entre pessoas com a intenção de

---

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. P. 604.

<sup>28</sup> Art. 1.177. A doação de cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal

<sup>29</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 460

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 461

viver como se casadas fossem, entretanto sem as formalidades procedimentais exigidas ao matrimônio, sendo considerada ainda pelos autores como um casamento de fato.

Carlos Roberto Gonçalves explica que com a inclusão do título dedicado à união estável no novo Código Civil foram revogadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96, tendo em vista que tratavam do mesmo assunto. Na Lei Civil foram incorporados os princípios básicos do instituto, que eram tratados nas referidas leis. Além disso, foram feitas inclusões como o título referente à união estável, bem como outras disposições esparsas, como por exemplo a referente a obrigações alimentares.<sup>31</sup>

Tomando como partida a inteligência dos artigos 226 da Constituição Federal, bem como art. 1.723 do Código Civil, podem ser traçadas as principais características para a formação de uma união estável. De acordo com Chaves e Rosenthal<sup>32</sup> são elas a diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, continuidade, ausência de impedimentos e a mais importante de todas o *intuito familiae*, pois sem o ânimo de constituição da família não faria sentido o reconhecimento da relação como união estável, são as outras características, portanto, acessórias à intenção de viver como se casados fossem. No que se refere à exigência da diversidade sexual para constituição da união estável, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em importante julgado no ano de 2011. No referido julgamento, em que foi Relator o Ministro Ayres Brito, foi decidido que ao art. 1723, do Código Civil, deveria ser dada interpretação conforme a Constituição Federal, que preceitua em seu art. 3º, IV, a vedação de qualquer discriminação em virtude do sexo do indivíduo, não podendo, portanto haver qualquer depreciação quanto à união estável homoafetiva.<sup>3334</sup> Quanto à ausência de impedimentos, entende Paulo Lôbo que a mesma não deve ser considerada requisito para configuração da união estável uma vez que, ainda que esteja a pessoa casada, poderá ela constituir união estável, se separada de fato.<sup>35</sup> Isso reafirma a ideia de que o principal elemento caracterizador da união estável é o ânimo de constituição familiar, tendo em vista que, com o rompimento da convivência e do afeto no casamento, cessam também os deveres conjugais, estando os ex consortes livres novamente para se relacionarem e formarem família.

---

<sup>31</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. P. 608.

<sup>32</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 463

<sup>33</sup> STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno

<sup>34</sup> STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 171

Lôbo faz crítica ainda à previsão, da própria constituição, de facilitação da conversão da união estável em casamento. O autor considera tal preceito legal uma forma de discriminação para com o instituto.<sup>36</sup>

Diante de tais características, infere-se que o legislador não fez qualquer exigência relativa ao tempo de convivência necessário à concepção da união estável, podendo a mesma ser reconhecida independentemente de prazo temporal. Para além disso, a convivência sob o mesmo teto também não se faz elemento essencial à manutenção da união estável, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu tal fato, quando ainda se falava somente em concubinato, através da edição da Súmula 382.

*A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato.*

Quanto aos deveres recíprocos dos conviventes, os mesmos estão estabelecidos no art. 1.724 do Código Civil e contêm os deveres de lealdade, respeito, assistência e guarda, sustento e educação dos filhos. Aqui temos praticamente os mesmos deveres conjugais presentes no art. 1.566 do Código Civil que trata do casamento.

*Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:*

*I - fidelidade recíproca;*

*II - vida em comum, no domicílio conjugal;*

*III - mútua assistência;*

*IV - sustento, guarda e educação dos filhos;*

*V - respeito e consideração mútuos.*

Com a leitura do dispositivo legal acima, vemos que a única exceção dos deveres recíprocos dos conviventes em relação aos conjugais é a exigência da vida comum sob o mesmo teto para os que contraírem o casamento, pois, por mais que não o esteja de maneira expressa, infere-se do dever de lealdade e respeito entre os companheiros a fidelidade recíproca entre os mesmos. Nesse sentido é a lição de Chaves e Rosenvald<sup>37</sup> que aduzem com propriedade que a fidelidade recíproca encontra-se perfeitamente inserida no conceito de lealdade e respeito recíprocos, sendo aquela espécie onde estes forma o gênero em que a mesma se insere.

Diante do exposto e considerando que o elemento substancial da união estável é o *intuito familiae*, podemos concluir que a primordial diferença entre tal instituto e o casamento é a já mencionada “aura de formalismo” que este último possui. Aqueles que vivem em uma união estável vivem como se casados fossem e, assim sendo, qualquer forma de discriminação entre as duas formas de união deve ser rechaçada. Infelizmente tais discriminações

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil :Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 171

<sup>37</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 477

encontram-se, inclusive, dentro de nosso ordenamento jurídico como no caso da presunção *pater is est*, mencionada no Código Civil em referência tão somente ao instituto do matrimônio. Sobre tal assunto Maria Berenice Dias<sup>38</sup> aduz que “Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento é de se ter simplesmente tal referência como não escrita. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, deve tal omissão ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional.”

Feita a diferenciação dos principais institutos de constituição familiar e que são objeto de nosso estudo, necessária se faz uma abordagem sobre a filiação e suas características básicas diante da atual ordem constitucional.

---

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 171

## Capítulo 2: FILIAÇÃO

### 2.1) Questões Históricas da Filiação

Carlos Roberto Gonçalves, ao dissertar sobre a filiação, pega emprestado o conceito dado por Silvio Rodrigues que a define como “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado” e logo conclui que, em sentido estrito, a filiação é a relação jurídica que liga os filhos a seus pais.<sup>39</sup> Já para Paulo Lôbo a filiação “é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.”<sup>40</sup>

O termo filiação, propriamente dito, diz respeito à relação jurídica do ponto de vista do filho, enquanto a mesma relação, tomando-se como pontos de vista os do pai e da mãe, é denominada paternidade e maternidade, respectivamente, ou simplesmente paternidade quando o termo é utilizado em sentido amplo, como no caso do art. 226, §7º da Constituição, que traz a expressão paternidade responsável, referindo-se a ambos os genitores.

Tamanha é a importância desse instituto que o mesmo é considerado por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves como a mais relevante relação de parentesco, tendo em vista a proximidade dos sujeitos vinculados, bem como o afeto existente entre eles.<sup>41</sup> Chaves e Rosenvald definem tecnicamente a filiação como sendo “a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e realização pessoal.”<sup>42</sup>

Durante muito tempo foi aceita a ideia de filhos legítimos e ilegítimos, diferenciando-se os que foram ou não concebidos na constância do casamento. Os filhos ilegítimos por sua vez se dividiam em naturais e espúrios, sendo considerados naturais os filhos fruto de uma relação entre pessoas sem impedimentos para o matrimônio e espúrios os adúlteros ou incestuosos, fruto de relações proibidas por lei.

Essa divisão no instituto da filiação gerava diversos efeitos, principalmente patrimoniais, de maior importância à época. Os reflexos recaíam sobre o direito das sucessões

---

<sup>39</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. P. 318.

<sup>40</sup> LÔBO, Paulo. Op. Cit. P. 216

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 559.

<sup>42</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 564.

e também sobre a determinação dos laços parentais, uma vez que, mesmo o sendo de sua vontade, não poderia o pai, por força de lei, reconhecer um filho concebido por adultério.

Mas apesar de todas as restrições, em 1942, com o Decreto-Lei 4.737 e em 1949 com a Lei 883, foram garantidos certos direitos aos filhos ilegítimos. Entre esses direitos estavam o de reconhecimento da paternidade, que, ainda assim, só poderia ocorrer com a dissolução do casamento do genitor através do, até então existente, desquite<sup>43</sup> e o de investigação de paternidade com o fim de pleitear alimentos.<sup>44</sup> Entretanto, não obstante o fato de serem reconhecidos como filhos, ao ser lavrado o registro, fazia-se constar a ilegitimidade dos mesmos, o que refletia em questões sucessórias, uma vez que filhos ilegítimos tinham direito somente à metade do quinhão atribuído aos legítimos, discriminando-se ainda pela nomenclatura de “amparo social”.<sup>45</sup>

Entretanto, apesar da discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos a Codificação de 1916 trazia um mecanismo de legitimação dos filhos havidos anteriormente às núpcias, ou seja, os ilegítimos naturais. O art. 352 da antiga Lei Civil garantia aos filhos legitimados pelo casamento posterior ao seu nascimento os mesmos direitos daqueles que viessem a nascer na constância do casamento.<sup>46</sup>

Esse sistema tão retrógrado, se visto de uma perspectiva pós Constituição de 88, ao inadmitir os chamados filhos ilegítimos, negava-lhes certas garantias simplesmente pelo fato de não terem sido concebidos em uma relação regulada pelo Estado, caracterizando verdadeira punição a que não cometera ilícito algum. Nesse sentido, Maria Berenice, ao citar Clóvis Bevilacqua, ensina que “O nascimento do filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio.”<sup>47</sup> Ainda nesta toada, ensina a Professora Vanessa Sampaio que diz que

*A grande relevância tributada ao ato matrimonial, tanto em aspectos sociais quanto jurídicos, pode ser demonstrada, principalmente, quanto à situação dos filhos, na medida em que a condição de cônjuges assumida pelos pais poderia garantir-lhes uma série de direitos e prerrogativas que, ao contrário,*

---

<sup>43</sup> Decreto-Lei 4.737/42. Art. 1º: O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação.

<sup>44</sup> Lei 883/49. Art. 5º Na hipótese de ação investigatória da paternidade terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta interposto recurso.

<sup>45</sup> Lei 883/49. Art. 2º O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.

<sup>46</sup> Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 335.

*nunca viriam a ser titularizadas por aqueles que sofriram a pecha de ilegítimos, expiando a culpa pelo adultério ou incesto de seus pais.*<sup>48</sup>

A partir da vigência da Constituição de 88, filhos legítimos e ilegítimos deixaram de existir, passando a ser simplesmente filhos, independente de sua origem, sendo as antigas discriminações, inclusive, proibidas pela própria Constituição em seu art. 227, §6º<sup>49</sup> e reiterada tal proibição pelo Código Civil no art. 1.596. Lôbo, a esse respeito, ensina que atualmente “no Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva ou filiação adúltera.”<sup>50</sup>

## **2.2) A Filiação e a Constituição de 1988**

Através do estabelecimento da Constituição da República de 1988, o instituto da filiação ganhou moldes inteiramente novos. A partir do surgimento da nova ordem constitucional nasceu também o princípio da igualdade na filiação. Estabelecido no art. 227, §6º, da Constituição, o princípio da igualdade na filiação pôs fim a qualquer forma de discriminação havida anteriormente entre os filhos. Não se diferenciavam, a partir dali, filhos legítimos ou ilegítimos, filhos biológicos ou adotivos, passaram a ser chamados apenas de filhos e gozavam das mesmas garantias previstas na legislação.

O princípio foi ratificado ainda pelo Código Civil de 2002 no art. 1.596, demonstrando ainda mais sua importância na nova ordem legal. No tocante ao disposto no Código Civil, Paulo Lôbo opina que “A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque é dotada de força normativa própria suficiente e autoexecutável. Todavia, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do Código Civil destinado à filiação contribui para reforçar sua natureza de fundamento (...)”<sup>51</sup>

Percebe-se que a nova concepção de família implantada pela Constituição não suportava desigualdades entre seus membros, sendo reconhecido o direito de todos ao respeito

---

<sup>48</sup> SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 61.

<sup>49</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.  
§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>50</sup> LÔBO, Paulo. Op. Cit. P. 216

<sup>51</sup> LÔBO, Paulo. Op. Cit. P. 217

e ao afeto, por isso, tal entendimento foi estendido ao instituto da filiação. Nas palavras de Pablo Stolze “Ser filho de alguém independe de vínculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso adulterino, devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma.”<sup>52</sup>

Entretanto, percebe-se ainda na ordem jurídica nacional a existência de características discriminadoras, remontando à existência de filhos havidos dentro e fora do casamento. Caio Mario da Silva Pereira verifica que, apesar das referidas vedações, o legislador do novo Código Civil, quando trata da filiação, o faz referindo-se somente ao instituto do casamento, omitindo-se quanto a união estável e sugere que “sejam revistos imediatamente os princípios que regem as presunções, considerando também as relações de fato.”<sup>53</sup> É o caso da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, ou simplesmente presunção de paternidade, que será estudada mais a frente.

As formas de aquisição da paternidade e, conseqüentemente, determinação da filiação são o reconhecimento voluntário, a adoção e a presunção de paternidade. O reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento está previsto no art. 1.607 do Código Civil e é regulado pelo art. 1609 que estabelece as formas de reconhecimento, conforme segue:

*Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:*

*I - no registro do nascimento;*

*II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;*

*III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;*

*IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.*

Maria Berenice Dias define o reconhecimento voluntário como sendo “um ato espontâneo, solene, público e incondicional.”<sup>54</sup> Além disso o ato do reconhecimento não se trata de negócio jurídico, sendo considerado ato jurídico *stricto sensu* e, por gerar o estado de filiação, irreatável e indisponível. Preveem ainda os artigos 1.610 e 1.613, respectivamente, a irrevogabilidade do reconhecimento, ainda que feito por testamento e a impossibilidade de imposição de condição ou termo ao reconhecimento. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

---

<sup>52</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona Op. Cit. p. 544.

<sup>53</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, p. 315.

<sup>54</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 379.

*Não se deve confundir irrevogabilidade do reconhecimento com invalidade. Se o reconhecimento decorrer de vício do consentimento (coação v.g.), poderá, como foi dito no item 3 do Capítulo II, retro, ser objeto de ação anulatória.*<sup>55</sup>

Importante ressaltar que o reconhecimento voluntário não tem qualquer efeito jurídico quando efetuado em favor de quem já tem sua filiação determinada, cabendo tal assertiva, inclusive, nos casos de filhos adotivos. Nesse sentido, ensina Paulo Lôbo que:

“O reconhecimento voluntário apenas é possível quando não houver registro de nascimento do filho, ou quando este tenha sido feito em relação a um dos pais. Consequentemente, não pode o pai ou a mãe reconhecer se já houver pai ou mãe registrado.”<sup>56</sup>

Conforme preceitua a Lei Civil, o reconhecimento voluntário de filho somente é procedido para aqueles havidos fora da constância do casamento, uma vez que os filhos concebidos durante o patrimônio gozam da presunção *pater is est*. Assim, ainda que reconhecida a união estável como entidade familiar, dependem os filhos nascidos em sua vigência do reconhecimento voluntário do art. 1.607 ou, em caso de sua inoccorrência, de ação de investigação de paternidade.

A adoção tem previsão no Código Civil no art. 1.618, entretanto sua regulação se dá pela Lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente que sofreu amplas modificações ainda da Lei 12010/09, ou Lei da Adoção. Carlos Roberto Gonçalves a define como “o ato solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha.”<sup>57</sup> Maria Berenice explica que “A adoção cria um vínculo fictício de filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.”<sup>58</sup> Por se tratar de um ato de vontade, a adoção é constitui um parentesco eletivo, por opção, consagrando a chamada paternidade socioafetiva.<sup>59</sup>

A Constituição Federal, da mesma forma que para os filhos havidos dentro ou fora do matrimônio, conferiu igualdade aos filhos adotivos, atribuindo-lhes a condição de filho para todos os efeitos, independentemente do laço biológico.

Por fim, a presunção de paternidade ou presunção *pater is est*, por ser o assunto principal do presente trabalho passa a ser tratada em capítulo próprio, sendo demonstradas suas principais características, abordadas à luz dos princípios constitucionais.

---

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p. 343.

<sup>56</sup> LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 255.

<sup>57</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p. 376.

<sup>58</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 483.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 483.

## Capítulo 3: PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

### 3.1) A Presunção de Paternidade no Casamento

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “Ainda que por vedação constitucional não mais seja possível qualquer tratamento discriminatório aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento e os havidos fora do casamento. O capítulo intitulado ‘Da filiação’ (CC 1.596 a 1.606) cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio, enquanto os filhos havidos fora do casamento estão no capítulo ‘Do reconhecimento dos filhos’ (CC 1.607 a 1617). A diferença advém do fato de o legislador ainda fazer uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento.”<sup>60</sup>

A presunção de que trata a autora é a chamada presunção *pater is est*, ou simplesmente presunção de paternidade e está prevista no art. 1.597 do Código Civil. Com efeito, reza o mencionado artigo, juntamente com seus respectivos incisos:

*Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*

*II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*

*III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

*V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

Depreende-se, portanto, que o legislador infraconstitucional, ao mencionar expressamente o casamento, procurou ater a presunção de paternidade às relações formalizadas através do matrimônio, excluindo a possibilidade de tal pressuposição para as relações de fato chamadas uniões estáveis, verdadeiros casamentos informais. Tal fato se dá pela grande ligação existente entre esse instituto e a ideia de preservação do casamento, visto que, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, “Não é difícil perceber que estas presunções nasceram de uma concepção de família centrada, primordialmente, no matrimônio, desconsiderando praticamente outras manifestações afetivas.”<sup>61</sup>

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 354.

<sup>61</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 588.

A presunção de paternidade não leva em conta nenhum fator biológico ao estabelecer a filiação, ela apenas estabelece ser pai o marido da mulher que deu à luz a criança. Não se trabalha aqui, num primeiro momento, a possibilidade do adultério por parte da mulher, haja vista que o casamento traz consigo os deveres conjugais recíprocos mencionados alhures e entre eles o dever de fidelidade entre os cônjuges. À vista disso, preleciona Maria Berenice Dias, “O nascimento dentro de um casamento imputa a paternidade jurídica presumida ao marido. Aliás, o que presume a lei, de fato, nem é o estado de filiação, mas a fidelidade da esposa ao seu marido. Com base no ‘dever’ de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade ‘efetiva’, é que se formou a regra *pater est.*”<sup>62</sup> Esse dever de fidelidade considerado somente para a mulher na presunção de paternidade fere, de acordo com Paulo Lôbo, o §5º do art. 226<sup>63</sup>, que indica que os deveres recíprocos do matrimônio são exercidos por ambos os cônjuges.<sup>64</sup> No entanto a presunção legal poderá, mais tarde e a qualquer tempo, ser impugnada através de ação negatória de paternidade, sendo a presunção *pater is est*, deste modo, relativa ou *juris tantum*. Porém, apesar de tal relativização do instituto, o legislador lhe emprestou força ao estabelecer no art. 1.600 do Código Civil que nem mesmo o adultério da mulher, ainda que confesso, teria o condão de afastar a presunção de paternidade<sup>65</sup>. A esse respeito Maria Berenice aduz que trata-se de “regra de flagrante inconstitucionalidade, pois desatende ao princípio da isonomia, além de revelar um injustificável conservadorismo e preconceito (...)”<sup>66</sup>.

As duas primeiras possibilidades de presunção da paternidade no casamento, quais sejam, as previstas nos incisos I e II do art. 1.597, dizem respeito a prazos relacionados ao período de gestação da mulher, são prazos compreendidos como mínimo e máximo de uma gravidez. O inciso I preceitua que presume-se concebido na constância do casamento o filho nascido 180 (cento e oitenta) dias após o início da convivência conjugal. Assim sendo, o fator principal para a contagem do prazo dessa modalidade de presunção é o início da convivência dos consortes e não a formalização da união em si. Com isso, infere-se que a base fundamental do instituto da presunção de paternidade é a convivência dos consortes e não o formalismo existente no casamento.

---

<sup>62</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 360.

<sup>63</sup> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>64</sup> LÔBO, Paulo. Op. Cit. P. 220.

<sup>65</sup> Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

<sup>66</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 363.

Com relação ao inciso II do art. 1.597, procurou o legislador manter os critérios de presunção mesmo após o fim da sociedade conjugal. De acordo com o referido inciso presume-se ser filho do ex consorte aquele nascido 300 (trezentos) dias após o fim da convivência, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento. Do mesmo modo que na presunção prevista no inciso I, não conta-se o prazo mencionado no artigo a partir da sentença do divórcio ou da anulação do casamento, mas sim a partir do efetivo término da convivência *more uxorio*, momento em que cessam os deveres conjugais recíprocos. Vale ressaltar, ainda, que com a edição da Emenda Constitucional 66/10, pôs-se fim ao instituto da separação judicial, revogando-se, tacitamente, a parte do dispositivo em que a mesma é citada.<sup>67</sup>

Estabelecendo um prazo de dez meses para a presunção pós ruptura do laço conjugal, o legislador não se atentou para o fato de que pode a mulher após a separação de fato, a anulação, ou a morte do marido, constituir novo relacionamento, dessa vez baseado na união estável, eis que não possui os impedimentos contidos no casamento ou até mesmo contrair novo matrimônio no caso da morte do consorte. Portanto, ainda que proveniente de uma gestação de duração de nove meses, o que ocorre geralmente e iniciada um mês após o fim da convivência dos cônjuges, seria o filho presumidamente ligado ao ex marido de sua mãe.

Os incisos III, IV e V dizem respeito às modalidades de fecundação sem relações sexuais, realizadas através de inseminações artificiais ou fecundação *in vitro*. Nas duas primeiras, quais sejam as inseminações artificiais homologas, diante da impossibilidade de concepção através da relação sexual, apesar da fertilidade de ambos os cônjuges, fornece o marido seu material genético para que o mesmo seja inserido em sua esposa de maneira artificial, enquanto na terceira, possivelmente em razão de esterilidade do marido, o esperma é fornecido por terceiro e fecundado na esposa, sendo esta a chamada fecundação heteróloga. Ressalte-se que a presunção de paternidade é estendida a ambas as modalidades de inseminação, no entanto, só ocorrerá na prevista no inciso V caso haja anuência do marido. Parece redundante por parte do legislador inserir a presunção de paternidade de maneira expressa nesses casos, tendo em vista que, quando não colhido o esperma do próprio cônjuge, a inserção do material genético de terceiro na mulher depende de aprovação do próprio marido, não restando, desse modo, margem de dúvidas quanto a paternidade afetiva.

Percebe-se, diante do exposto, que a presunção de paternidade está tão ligada à convivência prévia dos consortes que, por mais que a concepção da prole se dê por

---

<sup>67</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 592

inseminação artificial ou fertilização *in vitro* na modalidade heteróloga, em que os gametas utilizados são de terceira pessoa, geralmente um homem, ela ainda existirá para as relações matrimoniais, caso conte a fecundação com a concordância do marido. Constata-se que, nesse caso, o material genético dos gametas pouco importa para o reconhecimento da paternidade, haja vista que, havendo a anuência do marido na inseminação, bem como a existência do laço conjugal, impõe a presunção *pater is est* uma paternidade afetiva e não biológica. Infere-se tal ligação com a convivência também pelo fato de ser presumida a paternidade do marido falecido há 300 dias ou menos do nascimento da criança. O fato de haver uma vida em comum, bem como o objetivo mútuo da constituição familiar entre os consortes dá suporte à aplicação da presunção *pater is est*.

Heloisa Helena Barboza levanta a questão acerca da expressão “mesmo que falecido o marido”, presente na parte final do inciso III, do artigo em comento, tendo em vista a possibilidade do filho, concebido através do sêmen do marido já falecido, nascer 300 dias após o fim do laço conjugal. De acordo com a autora, tudo leva a crer que “o intento do legislador foi estender a presunção aos filhos concebidos após a morte do marido, quando já desfeito o casamento, permitindo à mulher valer-se de material fecundante crioconservado. A presunção consiste, pois, em considerar como concebido na constância do casamento mesmo o filho que sabe concebido quando já extinto o vínculo conjugal, em razão da morte do marido”<sup>68</sup>

Diante de todo o exposto, depreende-se que deixou a presunção de paternidade de ser um instrumento de legitimação dos filhos, passando a ter o fito de garantir o melhor interesse da criança, tendo em vista que, busca, primordialmente determinar o laço da filiação, que, somente após tal imposição, poderá ser impugnado através de ação própria. De acordo com Thais Silveira Stein, na obra de Rolf Madaleno e Mariângela Guerreiro, “A determinação da filiação é essencial para gerar o sentimento de pertencimento do indivíduo, pois ele constrói sua identidade a partir da inclusão em uma célula familiar e, por conseguinte, na sociedade. Ocorre que de difícil êxito será a saudável concepção individual do sujeito se não houver também a identificação jurídica de seu pai.”<sup>69</sup> E é por isso que, mesmo nos dias de hoje, com todos os avanços da biotecnologia, capazes de determinar com exatidão a verdade biológica, se faz importante o instituto da presunção de paternidade, promovendo a inclusão social dos

---

<sup>68</sup> SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. 1ª Ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2004. p. 238.

<sup>69</sup> COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direito de família e sucessões*. 1ª Ed., Notadez, Rio Grande do Sul. P. 363.

indivíduos, através da determinação de um fato desconhecido (paternidade) partindo de um fato anteriormente conhecido (convivência).

Portanto, partindo do pressuposto que a presunção *pater is est*, atualmente, tem o condão de proteger o melhor interesse da criança, qual seja o direito de possuir uma identidade, e tem fundamento na convivência e no dever de fidelidade presentes no matrimônio, porque não estender sua atuação também ao instituto da união estável?

### **3.2) A Presunção de Paternidade na União Estável**

Conforme já fora dito, a Constituição de 1988 extinguiu, pelo menos em seu texto, qualquer possibilidade de discriminação, de qualquer espécie, no instituto da filiação, porém, a Lei Civil de 2002 possui em seu corpo sistemas claramente discriminatórios do instituto. É o caso da presunção *pater is est*, se posta na perspectiva da união estável. Ao estabelecer que “presumem-se concebidos na constância do casamento” o legislador ignora o preceito fundamental da igualdade na filiação, contido no art. 227, §7º, da *Lex Legum*, dando tratamento especial para os filhos de pais casados, em detrimento daqueles que nascem de relações de fato como a união estável.

Tal discriminação é decorrente dos tempos de filiação legítima e ilegítima, quando o patrimônio se sobreponha a interesses especialmente protegidos pelo ordenamento contemporâneo, tais como a afetividade como formadora de entidades familiares e o melhor interesse da criança nas questões relacionadas à filiação. Quanto à presunção de paternidade, Paulo Lôbo é convicto ao afirmar que:

*Ainda que o art. 1597 refira à ‘constância do casamento’, a presunção de filiação aplica-se, integralmente, à união estável. A redação originária do Projeto do Código Civil de 2002 reproduziu a equivalente do Código de 1916, que apenas contemplava a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita a atualização pelo Congresso Nacional ao disposto no art. 226 da Constituição Federal. Assim, a presunção de concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar.<sup>70</sup>*

Maria Berenice Dias considera injustificada a não extensão da presunção de paternidade à união estável, entretanto, aduz que talvez seja esse o motivo da não imposição do dever de fidelidade aos conviventes, tendo os mesmos apenas o dever de lealdade, previsto no art. 1.724, do Código Civil.<sup>71</sup> Em contrapartida, conforme já fora exposto, Cristiano

---

<sup>70</sup> LÔBO, Paulo. Op. Cit. P. 226.

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 361.

Chaves e Nelson Rosenvald consideram que o dever de lealdade engloba, entre outras características, a fidelidade recíproca, sendo esta gênero daquela espécie<sup>72</sup> e, portanto, estaria perfeitamente inserida como dever recíproco também na união estável. Em igual orientação é, também a doutrina de Heloisa Helena Barbosa, que ensina que:

*Atualmente, os filhos havidos durante a união estável deveriam também ser beneficiados por presunção legal de paternidade, na medida em que a lei prevê para os companheiros obediência aos deveres de lealdade e respeito (...). Presentes os mesmos fundamentos que informam a presunção no casamento, cabível o benefício no companheirismo.*<sup>73</sup>

Sobre englobar o dever de lealdade o dever de fidelidade, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. "O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso" (REsp 810.667/RJ, Rel. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 05.11.2008). 2. Para a caracterização da união estável, devem-se considerar diversos elementos, tais como o ânimo de constituir família, o respeito mútuo, a fidelidade, a coabitação, a comunhão de interesses e a estabilidade da relação. 3. Se o Tribunal de origem assentou a inexistência de união estável, examinando, para tanto, o acervo fático-probatório dos autos, alterar tal entendimento encontra óbice na Súmula 07 do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>74</sup>

(grifos nossos)

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. PARALELISMO DE UNIÕES AFETIVAS. RECURSO ESPECIAL. AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. CASAMENTO VÁLIDO DISSOLVIDO. PECULIARIDADES. - Sob a tônica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade

<sup>72</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 477.

<sup>73</sup> SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Op. Cit. p. 235.

<sup>74</sup> STJ - AgRg no Ag: 1309438 RS 2010/0085632-8, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, Data de Julgamento: 15/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2011

familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os requisitos: dualidade de sexos; seguintes publicidade (i) ; continuidade; dura (ii) bilidade; obj (iii) etivo de constituição de fam (v) ília; ausência de impedimentos para o (vi) casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; observância dos deveres de leal (vii) dade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. - A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. - A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. - O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos> isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido.<sup>75</sup>

(grifos nossos)

Em assim sendo, não existe motivo relevante para a recusa do reconhecimento da presunção de paternidade na união estável, haja vista que a principal característica que a diferencia da instituição matrimônio é sua ausência de formalismos, tendo em vista que não necessita de toda a burocracia prevista nos artigos reguladores do casamento no Código Civil. Essa falta de formalismo de modo algum prejudica a comprovação da existência da relação de fato, haja vista que, apesar de em grande parte dos casos não haver um documento equivalente à certidão de casamento como meio de prova, a união estável possui meios de prova próprios,

---

<sup>75</sup> STJ - REsp: 1157273 RN 2009/0189223-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2010

sendo o principal deles a publicidade da relação, reflexo de uma união voltada para o respeito e objetivada na constituição familiar. Ademais, os prazos para presunção previstos na Lei Civil não são contados a partir da formalização do matrimônio ou da sentença de divórcio ou anulação, mas sim a partir do termo inicial ou final da convivência dos consortes. Sobre isso dita Rose Melo Venceslau que “a não extensão aos filhos de companheiros da presunção de paternidade é uma questão muito mais prática – da necessidade de apresentação de um ato formal para a feitura do registro do filho, sem declaração expressa do pai – que teórica.”<sup>76</sup>

Chaves e Rosenvald, acerca do caráter discriminatório da presunção de paternidade, aduzem:

*Ao aplicar a presunção de paternidade somente no casamento, está 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 dispondo 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).*

*Há flagrante tratamento discriminatório entre os filhos (violando a filosofia isonômica constitucional) e entendemos que a matéria reclama interpretação conforme a Constituição, estendendo-se, assim, os efeitos práticos da presunção também à união estável.<sup>77</sup>*

Mais do que discriminar os filhos não concebidos na relação formal do matrimônio, a inaplicabilidade da presunção de paternidade na união estável retira desses filhos a garantia de direitos primordiais para o seu bom desenvolvimento, seja psicológico, diante da ausência da presença paterna no assentamento de seu registro de nascimento, seja material, tendo em vista que não haverá de quem se exigir prestação alimentar, por exemplo, no caso de não ocorrer reconhecimento voluntário por parte do pai, impondo-se a propositura de ação de investigação de paternidade. Se antes a presunção de paternidade se justificava pela proteção ao vínculo formado pelo casamento e à legitimidade da prole, hoje tal argumento não prevalece mais, pois, conforme dito à exaustão, a atual ordem constitucional não comporta esse tipo de discriminação. Portanto, tendo em vista a permanência do instituto no ordenamento jurídico, impõe-se uma nova fundamentação de sua existência, baseada nos novos princípios protegidos pelo legislador.

---

<sup>76</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Renovar, RJ, 2004. P. 138.

<sup>77</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 591.

Analisando a presunção de paternidade a partir de uma visão constitucional, percebe-se que a mesma afeta nitidamente os interesses da criança, que, indefesa, necessita do reconhecimento, voluntário ou jurídico, de sua filiação para que possa ser exigido, além das provisões materiais, como prestações alimentares, a convivência com a figura paterna, de suma importância para seu desenvolvimento psicológico saudável. São nesse mesmo diapasão as palavras de Thais Silveira Stein, que diz que, “Se outrora a presunção *pater is est* objetivava a proteção da família legitimamente constituída pelo casamento, no presente serve para amparar o melhor interesse da criança, descartando o liame biológico como fator essencial à formação das relações familiares entre seus membros.”<sup>78</sup>

Ante a presença desses novos parâmetros de proteção, se torna injustificada a não aplicação dos efeitos da presunção de paternidade ao instituto da união estável, uma vez que tal negativa não leva em conta o melhor interesse da criança, nem mesmo o princípio da igualdade na filiação, privilegiando alguns filhos apenas em razão de terem sido concebidos numa relação formalizada. Para contrapor a injustiça cometida pelo legislador existem os entendimentos jurisprudenciais, que servem de verdadeiros guias para a cognição dos julgadores quando da análise das questões cotidianas. O Superior Tribunal de Justiça editou importante julgado a respeito da presunção de paternidade na união estável, o que passa a ser objeto de estudo.

### **3.3) Questões Jurisprudenciais**

No ano de 2012, em importante julgado que teve como Relator o Ministro Massami Uyeda, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça estendeu à união estável os efeitos da presunção de paternidade prevista no art. 1597 do Código Civil, mais precisamente o contido em seu inciso II que trata de filhos nascidos após a morte do consorte. Com efeito segue a ementa do referido julgado:

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

---

<sup>78</sup> COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Op. Cit. P. 366.

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 nome 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.<sup>79</sup>

No caso em tela, pretenderam uma menor, sua genitora, sua avó paterna e seu irmão, através de ação judicial, a homologação de acordo extrajudicial que teria como fim o reconhecimento da paternidade de homem falecido por seus herdeiros. A menor era fruto de uma relação apoiada na união estável, inclusive registrada em cartório, e pretendia ter sua filiação reconhecida, tendo em vista que seu nascimento se dera após o falecimento de seu genitor, mais precisamente 239 dias após o óbito. A referida demanda foi julgada improcedente sob a fundamentação de que trata-se o reconhecimento da paternidade de direito indisponível e que, portanto, não poderia ser feito pelos herdeiros do *de cuius*. Inconformados com a decisão de primeiro grau, os autores apelaram da decisão, sendo, por unanimidade, negado provimento ao recurso pelos mesmos fundamentos apresentados na sentença apelada. Em sede de Recurso Especial, alegaram os recorrentes a possibilidade de homologação do acordo quando esta for requerida pelos próprios interessados, aduzindo ainda que, por tratar-se de união estável impunha-se o reconhecimento da paternidade.

Recebido o recurso, ressaltou o Ministro em seu voto que não erraram os julgadores de primeiro e segundo grau ao afirmar que o direito de reconhecimento da paternidade é personalíssimo e, portanto, intransmissível aos herdeiros. No entanto o caso discutido não tratava de reconhecimento feito por terceiro, mas na verdade do reconhecimento jurídico do art. 1597, II, do Código Civil, sendo seus efeitos estendidos ao instituto da união estável. O que ocorrera na verdade, fora falta de técnica por parte da parte demandante, que requerera homologação de acordo extrajudicial, ao invés de reconhecimento de presunção de paternidade.

Pautado então no art. 226 da Constituição Federal, aduziu o Relator que, reconhecida a união estável como entidade familiar e, tendo em vista, ainda os deveres recíprocos a ela impostos pelo art. 1.724, do Código Civil, principalmente os deveres de respeito e lealdade, seria possível admitir a aplicação dos efeitos da presunção de paternidade ao instituto.

Explicou o douto julgador tratar-se de interpretação sistemática, tendo em vista que o próprio legislador constitucional equiparou a união estável a entidade familiar, merecendo especial proteção do Estado, da mesma forma que o casamento. Infere-se daí que as entidades familiares foram postas em igualdade de condições por parte da Constituição Federal. Desse modo, razoável a aplicação da presunção de paternidade no instituto da união estável, do

---

<sup>79</sup> REsp 1194059/SP – Relator: Ministro Massami Uyeda. Data do julgamento: 06/11/2012

mesmo modo que já fora aplicado ao instituto a imposição do regime de separação de bens para o casamento de nubente sexagenário.<sup>80</sup>

Ressalta ainda o Relator que a união estável em muito se assemelha ao casamento, uma vez que é a comunhão de vida baseada, primordialmente, nas relações de sentimento e nos interesses de vida comuns, estando entre eles, por óbvio os interesses econômicos.

Diante disso, verificada a possibilidade de adoção da presunção *pater is est* na união estável, e estando o caso concreto abrangido pela esfera de proteção dos 300 dias previstos no art. 1597, II, do Código Civil, votou o Relator pelo provimento do recurso, para que fosse reconhecida a paternidade do *de cujus* em relação à demandante, sendo o voto acompanhado pelos demais Ministros.

---

<sup>80</sup> REsp 646259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 24/08/2010

## CONCLUSÃO

Conclui-se que, frente a nova ordem constitucional promulgada com a Constituição Federal de 1988, o instituto da presunção de paternidade necessita de novos moldes, diferentes dos que o justificavam durante a vigência do Código Civil de 1916, quando a paz no casamento e a legitimidade da prole tinham preferência aos interesses das chamadas concubinas e de seus filhos ilegítimos. A fim de garantir a proteção de tais interesses foi adotada no ordenamento jurídico a máxima *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, criando-se, assim, uma verdade jurídica diante da dificuldade de alcance da verdade biológica.

Entretanto, os meios tecnológicos evoluíram com o passar dos anos e com eles evoluiu também a própria sociedade, deixando para trás antigos valores e criando novos, mais adequados à contemporaneidade. Com a criação dos exames de DNA, técnicas precisas de verificação e comparação do material genético, tornou-se extremamente simples a comprovação da paternidade, não tendo mais o mesmo sentido a manutenção do instituto da presunção de paternidade.

Assim, como a Constituição Federal previu em seu texto a proteção dos interesses da criança, deixando para trás, ainda, a dicotomia filhos legítimos e ilegítimos e, tendo em vista que a definição da filiação vai de encontro a direitos imprescindíveis, como o bom desenvolvimento da saúde e da personalidade da criança, impõe-se uma configuração da presunção *pater is est* voltada para o melhor interesse da criança, que no caso seria a determinação de sua filiação, garantindo-lhe o direito à ter figura paterna no assentamento de seu registro de nascimento, bem como o direito de exigir as provisões necessárias à sua evolução física e mental.

Por outro lado, o legislador do Código Civil de 2002 criou óbice à aplicação da presunção de paternidade voltada para os novos princípios constitucionais, uma vez que manteve a redação do dispositivo que a previa na codificação de 1916. Prevê textualmente o art. 1.571, do Código Civil de 2002, a presunção de paternidade tão somente aos filhos havidos na constância do casamento, ignorando a existência da união estável como forma de entidade familiar, admitida e protegida pela Constituição da República em seu art. 226, §3º. A aplicação da presunção de paternidade somente ao matrimônio fere, não somente a proteção do Estado às entidades familiares, mas também a proteção dos interesses do menor, que, tendo sido concebido numa relação diferente do casamento, não goza dos mesmos direitos daqueles nascidos dentro da constância do matrimônio.

O fato de haver na união estável, além da equiparação constitucional ao casamento, os deveres recíprocos dos conviventes, que preveem o respeito e lealdade entres os companheiros, torna injustificada a não aplicação da presunção de paternidade ao instituto. Conforme demonstrado, a doutrina parte do princípio que a fidelidade, prevista expressamente nos deveres conjugais do art. 1.566, do Código Civil, está perfeitamente inserida no dever de lealdade imposto aos conviventes, o que torna a união estável um verdadeiro casamento informal, informal pelo fato de não exigir todos os trâmites burocráticos necessários à celebração do casamento.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento mais adequado à nova ordem jurídica nacional, conferindo, sistematicamente, paternidade a pai falecido que convivia em união estável com a mãe de uma criança nascida dentro da esfera de proteção de 300 dias, concedida aos filhos havidos no casamento pelo art. 1597, II do Código Civil.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a presunção de paternidade é, por questão de hermenêutica jurídica, perfeitamente aplicável ao instituto da união estável, devendo qualquer referência à convivência conjugal no ordenamento ser interpretada de forma a abranger o instituto, pois que equiparado pela Lei Maior do Estado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

BRASIL. Lei 10406/02 – Código Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

BRASIL. Lei 3071/16 – Código Civil de 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)

BRASIL. Decreto-Lei 4737/65. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm).

BRASIL. Lei 883/49. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm).

BRASIL. Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm).

BRASIL. Lei 12010/09 – Lei de Adoção. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm).

BRASIL. Lei 9278/96. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e ADPF 132. Rel. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 25/01/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial Nº 880.229 - CE (2006/0181121-0) Relatora : Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 25/01/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag: 1309438 RS, Relator: Ministro Vasco Della Giustina, Data de Julgamento: 15/02/2011, Terceira Turma. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 14/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1157273 RN, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 18/05/2010, Terceira Turma. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 16/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 646259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 16/02/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 646259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 16/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1194059/SP – Relator: Ministro Massami Uyeda. Data do julgamento: 06/11/2012. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 17/02/2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. (2011) *Direito das Famílias* (3ª Ed.) Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DIAS, Maria Berenice (2011). *Manual de Direito das Famílias* (8ª Ed.) São Paulo: Revista dos Tribunais.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, Padma, São Paulo.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6 : Direito de Família* . 8. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito de Família*, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. 1ª Ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2004.

COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direito de família e sucessões*. 1ª Ed., Notadez, Rio Grande do Sul.

VENCESLAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Renovar, RJ, 2004.

TARTUCE, Flávio. *As Verdades Parentais e a Ação Vindicatória de Filho*. Artigo publicado na Revista Magistério de Direito das Famílias e Sucessões nº 4 - Jun/Jul de 2008