



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES*

UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

A ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL COMO PROVA *JURIS TANTUM*
DE PATERNIDADE

Rafael Kaufer Leite¹

Victor Pinheiro de Sousa Nilo Dantas²

RESUMO

O instituto da União Estável surge no ordenamento jurídico pátrio nos termos da Constituição Federal promulgada em 1988, para fins de estender a tutela jurídica e a proteção do Estado, outrora privativa das relações matrimoniais, às novas formas, por assim dizer, de famílias, considerando-se não somente o casamento, mas sim enquanto toda formação afetiva que se afigure enquanto entidade familiar. E com supedâneo na norma constitucional, investiga-se quais os efeitos jurídicos que se lhe aplicam, considerando-se a u.e. como entidade familiar, nos termos do art. 226, §3º, da CF, dentre os quais, está a presunção legal de paternidade – uma vez que o Código Civil de 2002 estabelece tal instituto como sendo aplicável somente ao casamento. Destarte, analisando-se o tema proposto, tornou-se medida imperiosa concluir pela aplicabilidade da presunção legal mesmos nos casos de união estável – principalmente aquela reconhecida e declarada por instrumento público competente, que evidencia o *animus* dos companheiros em reconhecer-se a relação e que desta decorram os respectivos efeitos jurídicos – por força da isonomia dos efeitos jurídicos decorrentes do casamento e da u.e., assim como pelo tratamento isonômico que deve ser dado aos filhos, sem qualquer traço discriminatório, inteligência do art. 227, §6º, Constitucional.

Palavras-chave: união estável; efeitos jurídicos; entidade familiar; escritura pública de união estável; presunção legal de paternidade.

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador.

² Acadêmico da Faculdade de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 União Estável – 2.1 A União Estável na Vigência do Código Civil de 1916 – 2.2 A União Estável no Código Civil de 2002 – 3 Presunção Legal de Paternidade 4 – Aplicação da Presunção de Paternidade na União Estável Declarada em Escritura Pública – 5 Conclusão – Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente dissertativo tem por escopo investigar a aplicação da presunção legal de paternidade, advinda da máxima do Direito Romano de que *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento).

Naquele contexto social, no qual a entidade familiar estava alicerçada exclusivamente no casamento, tal instituto era hábil a solver quaisquer divergências acerca da paternidade, com supedâneo no casamento e no dever de exclusividade/fidelidade deste decorrente.

Sabe-se, no entanto, que com o advento da Constituição Federal de 1988, que tutelou diversos fenômenos sociais antes não albergados pelo ordenamento jurídico, adveio nova ordem no direito familiar, passando-se a conceber enquanto “família” relações outras que não o casamento – por exemplo, a união estável, família monoparental, etc. – reconhecendo uma pluralidade de formas de entidades familiares e assegurando-lhes a proteção pelo Estado.

Ocorre que o Código Civil de 2002, promulgado, portanto, após esta nova ordem constitucional, deixou de apreciar as demais formas de união estável quando da instituição da presunção de paternidade, aplicando-se tal instituto tão somente ao casamento – inteligência do art. 1.597, *caput*.

Sendo assim, face à aparente contrariedade entre a restrição de aplicabilidade deste instituto e o reconhecimento constitucional da pluralidade de meios para formação de entidade familiar, cumpre-se analisar a natureza do instituto à luz da Constituição Federal e

princípios e normas Nesta insculpidos, para perquirir a legitimidade desta aplicação estreita.

2 UNIÃO ESTÁVEL

Por muito tempo o legislador brasileiro omitiu-se no sentido de não reconhecer a união estável como entidade familiar, destacando o casamento como a única forma de constituição de família e negando quaisquer efeitos jurídicos às relações alheias ao matrimônio, na qual as pessoas se uniam por ato de vontade amorosa sem seguir formalidades legais.

A união estável surge concomitantemente ao casamento; derivada do concubinato puro, ou não adúlterino³, recorrente eram os casos de pessoas que com o fim do matrimônio (apenas fático, mas não jurídico, posto que tal instituto era indissolúvel) uniam-se por afetividades com outras, sem que lhes fosse permitida qualquer solenidade legal para que fosse reconhecida juridicamente tal relação.

Com a promulgação da Lei Maior em 1988, estabeleceu-se nova ordem no Direito de Família, passando-se a admitir novos conceitos de entidade familiar, calcados principalmente na afetividade em detrimento à concepção una da família pelo casamento, assim como admitidos foram outras concepções mais vanguardistas, coerente com fenômenos sociais emergentes e com a primazia absoluta da tutela da dignidade da pessoa humana. A título de ilustração, além do reconhecimento da união estável, a CF reconheceu, por exemplo, a família monoparental, (art. 226, §4º) e a impossibilidade de discriminação dos filhos, havidos ou não na constância do casamento, ou ainda os adotados (art. 227, §6º).

Neste contexto é que o texto constitucional reconheceu expressamente o instituto em voga, passando-se a integrar o ordenamento jurídico com o respaldo da proteção especial do Estado, conforme termos do art. 226, §3º, CF:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³ SILVA, Assuelma Arantes de. A escritura pública de união estável como prova *juris tantum* de paternidade. *Revista de Direito Privado*. NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.) a. 11. n. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

§ 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.

Como bem assinada Sílvio de Salvo Venosa, a nova ordem constitucional impôs a superação de parte da doutrina de décadas atrás, resistentes em reconhecer tal situação que, em pese não houvesse tutela jurídica expressa no ordenamento, já verificava-se corriqueiramente no seio social.⁴

Principalmente porque, e notadamente no âmbito do direito de família, o direito, materializado no ordenamento jurídico, deve tutelar as relações intersubjetivas existentes na sociedade; as relações intersubjetivas são mesmo anteriores ao direito e, portanto, não pode refutar a tutelar os fenômenos havidos na sociedade. Neste sentido, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

O fato é que a família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. A partir daí surge a problemática da união conjugal sem casamento.

(...)

Aponta Engels⁵, em sua obra, sobre a origem da família, que nas sociedades primitivas não existe propriamente uma relação conjugal individualizada, mas relações familiares grupais promíscuas. A família é entidade sociológica que independe do tempo e do espaço.⁶

E assim, em nosso sistema jurídico atual, tanto a doutrina como a jurisprudência têm se dedicado a explicar de forma plausível a união estável, instituída para tutelar o fenômeno social das relações afetivas sem o enlace jurídico matrimonial. Assim, os constitucionalistas e, principalmente, os civilistas, debruçaram-se sobre a matéria no sentido de facilitar a interpretação dos elementos caracterizadores desta união, assim como os efeitos jurídicos dela decorrentes – seja no que concerne aos aspectos patrimoniais, sucessórios, de filiação, etc.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil III – Direito de Família*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁵ Sílvio de Salvo Venosa refere-se à obra: ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, 2003, p. 37-39.

Afigurando-se, portanto, a união estável enquanto fenômeno social gerador alternativo e natural de família, preterindo a concepção de outrora pela qual somente o único meio hábil seria o casamento, o constituinte de 1988 agiu com acerto ao reconhecê-la como entidade familiar, destinando-lhe especial proteção e tutela pelo Estado, “buscando reconhecer e dar amparo jurídico à união havida entre casais sem a formalidade do matrimônio, realidade vivida já há muito tempo pela sociedade brasileira”⁷.

Traçado o sucinto esboço introdutório acerca do instituto, passará a ser investigado o tratamento dado ao instituto pela lei civil vigente à época da instituição da Constituição Federal que inseriu a união estável no ordenamento jurídico.

2.1 A União Estável na Vigência do Código Civil de 1916

O legislador brasileiro destacava o casamento como a única forma de constituição de família, negando o reconhecimento de união livre, duradoura e não eventual, relativamente estável, como sendo hábil a ensejar efeitos jurídicos nas relações formadas fora do casamento.

Note-se que o Código Civil de 1916 amparava a família constituída tão somente pelo matrimônio, com características patriarcais, patrimonializada, indissolúvel e heterossexual.

E neste diapasão, cuidou-se o antigo *codex* de limitar apenas normas restritivas a relações alheias do casamento, mantendo intacto, “blindado”, o negócio jurídico matrimonial pela absoluta impossibilidade de que qualquer outra relação a este pudesse ser equiparada.

E com ápice do instituto da união estável, que se deu pelo seu reconhecimento pela CF/88, nova ordem jurídica se impôs, no sentido de não somente admitir tal relação, mas de facilitar sua conversão em casamento.

Esta inovação constitucional representou a plena passagem da união estável – assim como do concubinato – para o âmbito do Direito de Família. E em virtude da incompatibilidade da legislação civil com o novo instituto, a união estável passou a ser regulamentada por leis

⁷ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *In.: Código Civil Comentado*. Ministro. Cezar Peluso (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.699.

esparsas, como a Lei n. 8.971 de 1994, que dispõe sobre os direitos dos companheiros a alimentos, sucessão e meação em caso de falecimento, e a Lei n. 9.278 de 1996, que regulamenta a união estável, posto que o CC/1916, não tratava de tal instituto.

2.2 A União Estável no Código Civil de 2002

Com o novo Código Civil de 2002, grandes alterações foram implementadas na seara do Direito de Família, consolidando no âmbito do direito civil os entendimentos de vanguarda decorrentes da norma insculpida na CF/88, fulminando-se a concepção de família exclusivamente originada com o matrimônio, ganhando vigor as formas de família que privilegiam a afetividade.

Não diferente com o instituto da união estável, que ganhou título próprio, inaugurado pelo art. 1.723, que assim dispõe:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Da maneira como concebido no dispositivo supra transcrito, o instituto corresponde à idéia de entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, aproximando-se da idéia de casamento sem, todavia, a formalidade jurídica deste. Sobre os requisitos para a caracterização da união estável, enumeram e prelecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁸:

- i) *Intuito Familiae* (ânimo de Constituir Família): firme intenção dos unidos em constituir família, os mencionados autores citam este requisito como o principal para caracterização da u.e., pois é justamente isto que ensejou a CF/88 a reconhecê-la como entidade familiar;
- ii) Dualidade de Sexos: os autores manifestam seu entendimento, com o qual o presente trabalho se fideliza em todos os sentidos, de que a dualidade de sexos

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. t. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

mostra-se requisito tão somente pelas disposições da CF/88 e no CC/2002. A despeito disto, as relações homoafetivas são realidade na sociedade brasileira e merecem ser reconhecidas como entidade familiar, só não podendo caracterizar-se como u.e., pela inconstitucionalidade que deflagrar-se-ia por força da norma contida no art. 226, §3º.⁹

- iii) Estabilidade: duração que protraia no tempo, que não se afigure momentânea ou acidental. No entanto, destaque-se que não se exige prazo mínimo de convivência; a durabilidade não está conectada a lapso temporal mínimo, mas sim, ao atendimento concomitante de duração de tempo razoável com os demais requisitos da u.e..
- iv) Continuidade: é inerente à própria concepção de estabilidade; não se trata de perpetuidade, mas sim de resistência no tempo sem que haja sucessivas interrupções, que, em sendo muito recorrentes, acabam por comprometer a constituição familiar, posto que acometido por instabilidade gerada por constantes rupturas.
- v) Publicidade: é necessário que a relação seja pública e notória, não se admitindo a caracterização por união estável de relações furtivas ou secretas, posto que contraditórias à noção de formação de entidade familiar, que é o preceito maior que a CF visa preservar.
- vi) Ausência de Impedimentos Matrimoniais (ou não incidência de causas suspensivas): já que é inerente à união estável a noção de constituição de família, e que a própria CF estabelece que a lei deverá “facilitar sua conversão em casamento”¹⁰ a incidência de algumas destas causas, previstas expressamente no CC/02, rechaça a caracterização da u.e.¹¹

⁹ Assinalam que, “De qualquer maneira, é preciso sublinhar que as uniões homoafetivas, embora não reconhecidas como união estável, devem ser tuteladas como entidades familiares autônomas, protegidas no âmbito do Direito de Família. O que não se pode tolerar é seu tratamento como meras sociedades de fato, repercutindo, apenas, no âmbito das relações obrigacionais. Seria um verdadeiro atentado contra os direitos humanos, pois estaria se reduzindo a relação entre dois seres humanos a efeitos, tão-somente, no espaço patrimonial”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2009, p. 395.

¹⁰ Art. 226, §3º, CF/88.

¹¹ Outrora, compreendia-se também como requisito indispensável à caracterização da união estável a coabitação, afastada pela Súmula n. 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxorio”, não é

Ressalte-se, pois, que a preocupação e importância de estabelecer critérios para caracterização da u.e. é zelar pela tutela de uma relação que efetivamente se afigure enquanto entidade familiar, esta sim, tutelada pelo ordenamento jurídico. Caso contrário, ausentes quaisquer dos requisitos acima elucidados, verificar-se-á relação afetiva que não se coaduna com a concepção constitucional de família, afastando-se a tutela emergida da CF/88 e, por via de consequência, do CC/2002.

De mais a mais, e já adentrando-se no corte epistemológico do presente dissertativo, ainda que declarada u.e. por escritura pública – que goza de fé pública e, portanto, presunção absoluta de veracidade – não se exime completamente o exame de tais requisitos, uma vez que a presunção do instrumento público não afasta a busca pela verdade material.

Em outras palavras, ainda que os companheiros firmem escritura pública de união estável, é necessário que a relação entre si havida preencha tais requisitos, sob pena de nulidade do instrumento, por configuração de fraude.

Tudo isto para que se assegure que a tutela dos direitos e garantias preservados aos companheiros na u.e. recaia tão somente sobre as relações que se coadunem com a concepção de entidade familiar, apenas sobre as quais aplicar-se-ão efeitos jurídicos similares aos do matrimônio.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, o casamento é um fato social e um negócio jurídico. As uniões de fato são apenas fatos sociais e, caso se subsumam ao conceito de união estável, pelo preenchimento dos requisitos, aí sim, afigurar-se-ão também enquanto fato jurídico, apto à produção dos respectivos efeitos dele decorrentes.

Para fins do tema proposto, a escritura pública de união estável também se afigura enquanto negócio jurídico, posto que positivado por instrumento próprio, que goza de fé pública¹² e, desde que legítimo – a legitimidade perpassa, também, pela ratificação dos requisitos da u.e. – se aproxima ainda mais da relação matrimonial. Sobre a escritura pública de união estável, Assuelma Arantes da Silva: “Por ser a escritura um documento público, lavrado em

indispensável à caracterização do concubinato”. Tal entendimento melhor se coaduna com a *ratio essendi* do instituto, já que a coabitação não é mais condição *sine qua non* dos relacionamentos modernos, sendo desnecessária a convivência *more uxorio* do casal.

¹² Código Civil de 2002. “Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.”

notas de tabelião, seu conteúdo tem eficácia probatória *juris tantum*, ou seja, até que se prove o contrário, a vontade inserta no escrito público é verdadeira.”¹³

Tratando-se, como se trata nesta investigação, da aplicação de instituto jurídico tratado no CC/2002 como sendo próprio do matrimônio, qual seja, a presunção de paternidade, imprescindível tecer breves esclarecimentos sobre o mesmo, para perquirir sua compatibilidade e aplicabilidade em casos de união estável. Considerações tais, tratadas no tópico seguinte.

3 PRESUNÇÃO LEGAL DE PATERNIDADE

O CC/2002 institui a presunção de paternidade para fins de tornar certa a filiação¹⁴, nos seguintes termos:

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.

Tal instituto, além de preservar o direito personalíssimo ao reconhecimento da paternidade, está interligado, umbilicalmente, à preservação do casamento,¹⁵ posto que flagrante sua origem em concepções centradas – e já superadas – de família calcada tão somente no matrimônio, praticamente desconsiderando outras manifestações afetivas.¹⁶

¹³ SILVA, Assuelma Arantes de. *Op. cit.*, 2010, p. 44.

¹⁴ Neste sentido, leia-se CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Op. cit.*, 2007, p. 1543.

¹⁵ GUIMARAES, Luís Paulo Cotrim *opud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2009, p. 495.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2009.

Além de estar balizado basicamente no casamento, conforme *caput* do dispositivo acima transcrito, a presunção legal reveste-se de concepção antiquada das relações afetivas e ignora nitidamente “o avanço da biotecnologia e dos métodos científicos, praticamente repetindo a fórmula do seu antecessor”¹⁷, o CC/1916.

A repetição da receita da presunção, portanto, além de ignorar os métodos modernos de identificação da paternidade, notadamente o exame de compatibilidade de DNA, não se coaduna com os novos paradigmas de relações afetivas e, principalmente, com os novos métodos conceptivos – já existentes quando da promulgação do novo *codex*, o que não justifica sua defasagem neste particular.

Prelecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

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

É a máxima absorvida no Direito Romano pela expressão *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento). E mais, vem esta presunção acompanhada de outra, correspondendo ao outro lado da mesma moeda: *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa).

Através da conjugação destas presunções, determina-se, *juridicamente*, a relação filiatória, no momento do nascimento, sem maiores indagações.¹⁸

E, neste contexto, rebatem com as seguintes críticas:

Tais presunções filiatórias não levam em conta, a toda evidência, a verdade biológica, presumindo que a mãe é indicada pelo *parto* e que o pai é o marido dela. Bastará imaginar a situação de uma gestação em útero alheio (conhecida como “barriga de aluguel”) ou mesmo de uma troca de bebês na maternidade para colocar em xeque a presunção de maternidade e, por igual, com simples lembrança de casos de infidelidade ou mesmo de fertilização assistida para derrubar, no mundo pós-moderno, o seu arcabouço de sustentação.

¹⁷ *Ibidem*, p. 495.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2009, p. 495.

Deste modo, os indigitados doutrinadores fragilizam os alicerces que dão supedâneo à presunção legal de paternidade. À luz dos seus ensinamentos, está insculpido o entendimento de que presunção legal de paternidade sucumbe aos seus próprios fundamentos, principalmente pela evolução tecnológica – que viabilizou, através do exame de DNA, aferição quase que incontroversa de paternidade, assim como fez surgir novos métodos conceptivos (p. ex. a fertilização *in vitro*).

E em que pese não ser elevada ao *status* de presunção absoluta, a presunção legal de paternidade deve ser interpretada com estreita fidelidade ao quanto estabelecido pelo art. 1.597 do CC/02, o que, decerto, restringe seu alcance.

No entanto, e conforme se infere das lições acima colacionadas, denota-se que a aplicação do instituto da presunção de paternidade restou fragilizada mesmo nas hipóteses de matrimônio; trata-se de reprodução de um instituto antiquado, que não se coaduna com a realidade da época de sua edição, no novo Código Civil.

E na mesma tendência que se filia este dissertativo, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald concluem que:

Fechando os olhos para a realidade da certeza, quase que absoluta, na determinação do estado de filiação, o Código Civil de 2002, então, garantiu o prestígio e importância de um sistema de presunções mais antigo do que nossa civilização, marcado pela ampla possibilidade de erros e injustiças.¹⁹

Nunca é demais ressaltar que, ao se tratar de imprecisões na determinação do estado de filiação, trata-se de flagrante ofensa aos direitos da criança e à dignidade da pessoa humana, pelo estabelecimento de critério de eficácia contestável para determinação da filiação.

E assim, partindo-se da abordagem propedêutica desenvolvida até então, cumpre-se abordar o cabimento da presunção de paternidade na união estável. Veja-se.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2009, p. 497.

4 APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA UNIÃO ESTÁVEL DECLARADA EM ESCRITURA PÚBLICA

O CC/2002 é expreso ao estatuir a presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, nos termos do art. 1.597, *caput*.

Tendo sido analisada presunção de paternidade, como forma de proteção ao reconhecimento da filiação – ressalvadas as críticas a tal instituto –, tem por finalidade preservar a identificação do pai, direito personalíssimo albergado na CF/88.

Tratando-se, portanto, de preservação de direito assegurado aos filhos de ter identificados seus pais para dar completude à entidade familiar na qual está inserido, é descabido entender tal instituto restritivamente para abranger tão somente aqueles filhos havidos na constância de casamento.

Ora, a preocupação do constituinte e do legislador ordinário, ao, respectivamente, instituir a u.e. e estabelecer critérios à sua identificação, outra não foi senão de lhe conferir a segurança jurídica suficiente à caracterização enquanto entidade familiar, tal como o casamento – em que pese disposição expressa em sentido contrário no CC/2002. Ou seja, para fins de produção de eficácia jurídica, sejam de ordem patrimonial, sucessória, ou mesmo de filiação, o enlace hermenêutico insculpido no ordenamento jurídico declina-se a aproximar a u.e. do próprio instituto casamento, principalmente tratando-se de uniões certificadas em escritura pública que, *de per si*, já gozam de presunção de veracidade.

Caso não fosse para produção de efeitos jurídicos correspondentes, inócuo seria elevar ao *status* de entidade familiar a u.e.. E assim, restringir a aplicabilidade do art. 1.597 do CC/2002 apenas às relações matrimoniais é mutilar parcialmente a *ratio essendi* do instituto da união estável.

Sendo certo que o reconhecimento desse fato social enquanto fato jurídico, e, por ser jurídico portanto, hábil à produção dos efeitos correspondentes, surge no ordenamento jurídico como o reconhecimento de uma nova ordem no Direito de Família, no que concerne à tutela das relações afetivas, prescindível negócio jurídico que o estabeleça.

O constituinte de 1988 reconheceu o fenômeno social das relações não-matrimoniais e, sensatamente, entendeu por tutelá-las e assegurar-lhes “especial proteção do Estado”. E portanto, para todos os efeitos jurídicos deve-se considerá-la, a u.e., na sua condição de entidade familiar, sob pena de esvaziar-lhe o objeto.

Neste particular, a jurisprudência tem-se manifestado no sentido de garantir-lhe os direitos que, outrora, eram privativos das relações matrimoniais:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C.C. PEDIDO DE ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO. SITUAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA ALIMENTANDA CARACTERIZADA. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR COM BASE NOS ELEMENTOS FÁTICOS DO PROCESSO. RESTRIÇÕES LEGAIS AO DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS ENTRE OS COMPANHEIROS NÃO DECLARADAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DA QUESTÃO. IMUTABILIDADE DA SITUAÇÃO FÁTICA TAL COMO DESCRITA PELO TRIBUNAL ESTADUAL.

- Discute-se a obrigação de prestar alimentos entre companheiros, com a peculiaridade de que o recorrente fundamenta suas razões recursais: (i) em alegada quebra, por parte da recorrida, dos deveres inerentes às relações pessoais entre companheiros, notadamente o dever de respeito (art. 1.724 do CC/02) ; (ii) no suposto “procedimento indigno” da ex-companheira em relação ao credor de alimentos (art. 1.708, parágrafo único, do CC/02); e, acaso não acolhidos os pleitos antecedentes, (iii) na redução dos alimentos para apenas os indispensáveis à subsistência da alimentanda, sob a perspectiva de que a situação de necessidade resultaria de culpa da pleiteante (art. 1.694, § 2º, do CC/02).

(...)

- **Fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência.**

- Considerando-se que o TJ/AC revisou, em termos fáticos, a questão, reduzindo o valor a patamar compatível com as necessidades e possibilidades ostentadas pelas partes, nada há para retocar no acórdão recorrido, que **assegurou à ex-companheira o direito de receber alimentos, com base na situação de dependência por ela vivenciada, ao longo de aproximadamente 29 anos, em relação ao recorrente, forte no art. 7º da Lei n.º 9.278/96, vigente na época do rompimento da união estável, reputando o percentual de 8% sobre os vencimentos do ex-companheiro, como suficiente para a manutenção e sobrevivência da recorrida.**

- Mantém-se, portanto, o acórdão recorrido, sem descurar que, pautada a fixação de alimentos nos vetores da necessidade e possibilidade estabelecidos no art. 1.694, § 1º, do CC/02, e sendo esses dois elementos variáveis com o passar dos tempos, a revisão é permitida a qualquer momento, desde que evidenciada a mudança na capacidade econômica das partes.

Recurso especial não conhecido.²⁰

²⁰ STJ. REsp 995.538/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 17/03/2010. Disponível em:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO VITALÍCIA. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DESIGNAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. "O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, nos casos em que estiver devidamente comprovada a união estável, como ocorrido na hipótese, a ausência de designação prévia de companheira como beneficiária não constitui óbice à concessão da pensão vitalícia. Precedentes." (REsp 803.657/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/07, DJ 17/12/07, p. 294) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.²¹
(Grifos aditados)

É, realmente, este que se afigura como entendimento mais adequado, coerente com a diretriz constitucional depreendida do art. 226, §3º: compreendendo-se a união estável enquanto entidade familiar, não se pode negar-lhe a garantia dos efeitos jurídicos inerentes à concepção de família.

Dos julgados acima apostos, verifica-se o entendimento – que é majoritário no Superior Tribunal de Justiça – de que a dissolução u.e. caracteriza sim a obrigação de pensão *post mortem* (destaque-se, independentemente de prévia nomeação do companheiro como beneficiário) e dever de prover alimentos.

Então, a despeito do art. 1.597 do CC/2002 restringir a presunção de paternidade aos filhos concebidos na constância do casamento, é medida imperiosa interpretar tal dispositivo à luz da nova ordem do Direito de Família, insculpida na CF/88.

Maria Berenice Dias, doutrinadora de vanguarda, é severa ao considerar “absolutamente injustificada”²² a exclusão da u.e. do instituto da presunção legal de paternidade, principalmente em se tratando de relações reconhecidas, declaradas e publicizadas mediante instrumento público. Tal exclusão fere a isonomia entre os efeitos da união estável e do casamento, defendida por Belmiro Pedro Welter, que preleciona que “no

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+alimentos&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>>. Acesso em: 09 nov.2010.

²¹ STJ. AgRg no REsp 1041302/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+pens%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>>. Acesso em: 09 nov.2010.

²² DIAS, Maria Berenice *opud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2009, p. 497.

casamento e na união estável há o mesmo comportamento, a mesma conduta pública e privada, enfim, é uma imagem refletida: a união estável é o reflexo do casamento.”²³

Em sua obra o autor destaca ainda a única diferença que poderia ser traçada entre o casamento e a u.e., assinalando que na primeira a prova da existência da entidade familiar é pré-constituída, e na não-matrimonial *pode* ser pré-constituída – como no caso *sub examine*, quando houver escritura pública de união estável²⁴.

Neste diapasão,

com a elevação da união estável ao patamar de entidade familiar, não faz mais sentido estas distinções visto que, ao contrário do que imperava no Código Civil de 1916, em que as instituições valiam mais que as pessoas, no atual, a dignidade da pessoa humana passou a ser o duto por onde se canalizam as relações (...)”²⁵

Deste modo, afastar a aplicação da presunção de paternidade como o fez o novo *codex* civilista, e como insiste boa parte da doutrina é desconsiderar o relevo da união estável enquanto entidade familiar, incorrendo-se, como dito, na mutilação parcial dos seus efeitos, o que fere frontalmente os desígnios do constituinte ao prever tal instituto jurídico e assegurar-lhe proteção especial.

De mais a mais, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, além da consideração da u.e. enquanto entidade familiar, vergastam a exclusão da aplicação do instituto sob a perspectiva de outro princípio constitucional: o da não distinção dos filhos, insculpido no art. 227, §6º, CF/88, *in verbis*:

Diante da situação gerada pela exclusão da incidência da presunção *pater is est* na união estável, concluímos que, apesar da regra expressa na Constituição Federal de proibição de todo e qualquer tratamento discriminatório entre os filhos, persiste uma diferença teórica e prática entre os filhos na legislação civil. 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

²³ WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 37.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ SILVA, Assuelma Arantes de. *Op. cit.*, 2010, p. 53.

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.

Tem-se, portanto, absolutamente descabida a exclusão da presunção de paternidade aos filhos concebidos na constância da união estável, principalmente naquelas reconhecidas e declaradas pelos companheiros em escritura pública respectiva – já que, *a prima facie*, prescinde de quaisquer outros elementos comprobatórios de sua existência –, seja pelo tratamento que lhe deve ser conferido, nos termos da Constituição Federal, enquanto entidade familiar – devendo-se-lhe aplicar os efeitos jurídicos atinentes ao casamento, como já o faz o STJ nos termos dos julgados colacionados a título de ilustração – seja em razão do tratamento isonômico a ser dado entre os filhos, conforme aventado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald.

5 CONCLUSÃO

Restou evidenciado, portanto, que a consideração da união estável na sua condição de entidade familiar, conferida pela Constituição Federal, tem por finalidade garantir-lhe a proteção e a tutela jurídica correspondentes.

Aliás, outra não seria a *ratio essendi* de jurisdicização de um fenômeno social, que é a união entre pessoas que, embora possam, não tenham *animus* de firmar sociedade conjugal, mas estejam engajados em relacionamento que tenha por objetivo a constituição de família, senão a de poder acobertá-lo pela tutela jurídica dos interesses tanto dos companheiros individualmente, do casal enquanto entidade familiar, e, ainda, dos filhos decorrentes de tal relação.

De sorte que, com base em tudo quanto exposto, auferidos que sejam os requisitos para caracterização da u.e., impende seu reconhecimento enquanto entidade familiar e, ainda que

não se afigure enquanto negócio jurídico – natureza que muitos autores atribuem ao matrimônio –, afigura-se inequivocamente enquanto fato jurídico digno da tutela estatal.

Principalmente se, combinado com a verificação dos requisitos, emanar dos companheiros a vontade de evidenciar a relação entre si havida, através da escritura pública de u.e., restando claro a vontade de que tal relação esteja acobertada pelo ordenamento jurídico.

Neste diapasão, o tratamento a ser dado aos direitos e garantias dos companheiros deve se coadunar com aqueles conferidos no enlace matrimonial, sob pena de subestimar o instituto da u.e., negando-lhe a vigência das disposições do Direito Civil, e, neste particular, do Direito de Família.

Sendo assim, analisado o instituto da presunção legal de paternidade, instituída no art. 1.597 do Código Civil de 2002, a despeito do *caput* não declarar expressamente seu cabimento em hipótese diversa do casamento, da análise constitucional da u.e. concluiu-se que torna-se imperiosa a sua aplicabilidade.

Além das críticas robustas tecidas pela doutrina, e sucintamente esposadas neste dissertativo, quanto à eficácia da presunção legal no contexto atual da sociedade, com os avanços da biotecnologia no sentido de desenvolver métodos eficazes de reconhecimento de paternidade – a exemplo do exame de DNA – e ainda as técnicas de inseminação artificial desenvolvidas tal instituto, por si só, já destoa da realidade social. Verificou-se sua origem no *codex* de 1916, época à qual certamente surtiria eficácia plena pelo contexto social de outrora, mas que deixou de ser atualizado para adaptar-se à realidade social e tecnológica de 2002, para consubstanciar, não somente os supraditos avanços tecnológicos, mas, principalmente, a nova ordem do direito das famílias, não mais calcado exclusivamente no enlace jurídico matrimonial, mas sim no princípio da afetividade, admitindo-se pluralidade de formações de entidade familiar.

Por estas razões, amplamente vergastadas nesta análise, concluiu-se que outro entendimento não merece prosperar senão o da absoluta possibilidade de aplicação da presunção legal de paternidade mesmo nos casos de u.e., entendimento que se afigura com melhor consonância com a nova ordem constitucional de formação das entidades familiares, assim como o reconhecimento expresso da união estável como tal.

Nada obstante, tal entendimento alberga, ainda, a proteção ao tratamento isonômico constitucionalmente assegurado aos filhos, sem qualquer traço discriminatório, conforme predispõe a Lei Maior do Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *In.: Código Civil Comentado*. Ministro. Cezar Peluso (Coord.). Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição Federal. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Código Civil 2002. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. t. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Assuelma Arantes de. A escritura pública de união estável como prova *juris tantum* de paternidade. *Revista de Direito Privado*. NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.) a. 11. n. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STJ. REsp 995.538/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 17/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+alimentos&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>>. Acesso em: 09 nov.2010.

_____. AgRg no REsp 1041302/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+pens%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>>. Acesso em: 09 nov.2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil III – Direito de Família*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*. Porto Alegre: Síntese, 1999.