

TESE 49

2.11 SÚMULA: *AO FILHO-NASCIDO DE UNIÃO ESTÁVEL APLICA-SE A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE PREVISTA NOS INCISOS I E II DO ARTIGO 1.597 DO CÓDIGO CIVIL, SOB PENA DE NEGAR-SE VIGÊNCIA AO PARÁGRAFO 62 DO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

JULIANA SAAD

Defensora Pública do Estado de São Paulo

"PRESUME-SE A PATERNIDADE DO FILHO CONCEBIDO OU NASCIDO DE UNIÃO ESTÁVEL."

ÁREA DE INTERESSE: INFÂNCIA E JUVENTUDE

ASSUNTO: Direito ao registro da paternidade dos filhos, sejam concebidos ou nascidos durante a existência de união estável e garantia de observância de todos os efeitos decorrentes deste reconhecimento.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA:

Tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nos termos do parágrafo terceiro do artigo 227 da Constituição da República a união estável é reconhecida como entidade familiar, sendo regulamentada pelo artigo 1723 do Código Civil, que a define como a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Por sua vez, o parágrafo sexto do mesmo artigo prevê que os filhos, nascidos ou não da relação de casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas designações discriminatórias; preceito reproduzido pelo artigo 1596 do Código Civil.

Contudo, em contrariedade ao sistema, manteve-se texto legal no Código Civil pelo qual apenas se presume filho aquele nascido de sociedade conjugal formada por casamento (CC, 1597, I e II). O dispositivo, de uma só vez, acaba por ferir frontalmente o conceito de família trazida pela Constituição Federal e a proibição de tratamento diferenciado à filiação.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA:

É certo que a presunção de paternidade dos filhos não resolve todas as demandas, especialmente no que se refere à criação de vínculo afetivo entre o genitor e a criança. Mas a ausência da afetividade é situação de fato que pode ocorrer tanto nas sociedades conjugais formadas pelo casamento, como naquelas formadas pela união estável.

Havendo relacionamento afetivo público, contínuo e duradouro subjacente ao nascimento de um filho, ignorar a existência da união estável que gera prole equivale a suprimir do infante todos os direitos decorrentes da paternidade formalmente reconhecida, especialmente o amparo moral e material.

Não presumida a paternidade deste filho caberá a ele o ingresso de ação judicial pleiteando a declaração de sua paternidade, processo em que, de regra, exigese a prova pré-constituída do vínculo biológico para a fixação de alimentos provisórios ou provisionais em antecipação de tutela.

A circunstância onera o autor (criança ou adolescente), já que a ele se atribui o ônus probatório de sua alegação e, ao mesmo tempo, o conduz ao desamparo material até a realização de exame genético.

Ao inverso, o filho concebido ou nascido de um casamento tem seu direito à filiação garantido, cabendo ao pai intentar a ação negatória de paternidade, na qual a ele se imputará o ônus probatório de suas alegações. No curso de tal demanda judicial as obrigações decorrentes da paternidade reconhecida serão mantidas, de forma que o réu (criança ou adolescente) estará amparado, inclusive materialmente até decisão final.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO:

Havendo reconhecimento formal da união estável mantida entre os genitores, o registro de nascimento do filho durante ela concebido ou dela nascido deverá conter o nome de sua mãe e de seu pai.

Não havendo o reconhecimento formal desta relação, opta-se entre a propositura da declaratória da união estável ou cautelar de justificação de sua existência para fins de proceder-se a inclusão do nome do pai no registro de nascimento da criança ou adolescente.

Por fim, optando-se pela ação de investigação de paternidade a ser proposta pela criança ou adolescente, a existência de indícios que demonstrem união estável subjacente a seu nascimento é prova pré-constituída da paternidade, suficiente para a antecipação parcial dos efeitos da tutela, com a concessão de alimentos provisórios ou provisionais ao autor.