

A IMPROPRIEDADE DA CONCEPÇÃO DE UMA FILIAÇÃO BIOLÓGICA COMO BASE LEGISLATIVA E A DESIGUALDADE QUE DELA DECORRE

Não é novidade que o ordenamento jurídico continuamente se encontre defasado em relação ao que está acontecendo na sociedade e no cotidiano das pessoas¹, sendo a assincronia entre as transformações sociais e a legislação o que nos conduz à contínua sensação de que “o direito encontra-se sempre em mora com os fatos, desajustado, revelando-se como uma superestrutura que não acompanha as transformações que ocorrem na infraestrutura da sociedade”².

Continuamente somos surpreendidos com leis elaboradas de forma açodada, tratadas como se de caráter emergencial, como reflexos de eventos que ganharam grande repercussão social, mas que tratam de uma questão já bastante conhecida e solenemente ignorada. A suposta novidade que pauta o surgimento “repentino” de certas leis é característica, revelando uma clara resposta para a coletividade em relação a algo que já se estabelecia, sendo uma manifestação da clássica leniência legislativa³ que é marca indelével de nosso Estado Esquizofrênico⁴.

Uma das searas nas quais esse despeito com a realidade se mostra mais evidente no nosso ordenamento jurídico recai sobre os conceitos que pautam o estabelecimento da filiação, em sede de Direito de Família. E, no presente caso, nem mesmo vou me ater ao campo do biodireito, da reprodução humana assistida e suas diversas modalidades. Tampouco tecerei maiores digressões sobre questões tidas como mais controversas, como a fertilização *in vitro*, inseminação caseira⁵ ou a gestação em substituição⁶, tangenciando-as apenas quando pertinente ao objetivo do texto.

¹ GOMES, Orlando. Direito e desenvolvimento. 2 ed., rev. e atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: GZ, 2022, p. 4-5.

² CUNHA, Leandro Reinaldo da. Gestação em substituição: partes, restrições indevidas e responsabilidade civil. Revista Conversas Civilísticas, Salvador, v. 4, n. 1, p. 117–147, 2024, p. 122.

³ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa, RT 962 p. 37 – 52, 2015, p. 48.

⁴ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17.

⁵ CUNHA, Leandro Reinaldo da. A chamada inseminação caseira, a doação de gametas masculinos e a filiação: distinção necessária e elementar. Revista Conversas Civilísticas, Salvador, v. 5, n. 1, p. 117–147, 2025.

⁶ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Gestação em substituição: partes, restrições indevidas e responsabilidade civil. Revista Conversas Civilísticas, Salvador, v. 4, n. 1, p. 117–147, 2024.

O objeto de análise aqui será algo bem mais prosaico, e que já fora tangenciado em artigos anteriores publicados nessa mesma revista, e que se inicia com um simples questionamento: Ainda faz sentido seguirmos usando a expressão filiação natural, biológica ou consanguínea?

Ou melhor, em algum momento essa nomenclatura fez sentido? Tal concepção segue se mostrando adequada?

A ideia de uma família natural, originalmente concebida em um momento histórico em que a família era oriunda exclusivamente do casamento, ensejou uma imagem de que, ante à premissa de que as relações sexuais apenas ocorreriam no âmbito do matrimônio, toda a prole seria do marido daquela mulher que deu à luz àquela criança. Obviamente essa presunção já não era absoluta à época, mas pautava a compreensão jurídica quanto a paternidade, haja vista o disposto no art. 338 do Código Civil de 1916 e o seu correlato, o art. 1.597 do código vigente.

Essa “certeza” de que as relações sexuais apenas ocorreriam no casamento gerava a possibilidade de se pressupor que o filho de uma mulher é também filho de seu marido, de sorte que a filiação haveria de se estabelecer independentemente de uma manifestação de vontade expressa do presumido pai.

Contudo, como é cediço, nem toda relação sexual, e, ato contínuo, gestação que eventualmente pode ocorrer, se dá no âmbito de um matrimônio, o que impõe que a legislação tivesse que trabalhar com uma hipótese na qual a presunção não fosse aplicada. Assim, há a necessidade que a filiação também possa ser decorrente do reconhecimento da paternidade por parte de quem se entende como pai, por meio de uma manifestação de vontade na qual declara ser ele o genitor.

Mas, novamente, inexistente qualquer certeza ou respaldo biológico em tal afirmação que tem o condão de estabelecer a relação paterno-filial entre a criança e quem se apresentou como sendo seu pai. Ainda assim, essa hipótese segue sendo nomeada como filiação natural, biológica ou consanguínea, apesar de não estar pautada em nenhum desses elementos.

Se considerarmos o que é possível se vislumbrar hodiernamente, como já mencionado em outros escritos, podemos nos deparar com uma situação na qual duas pessoas contratam uma terceira para gestar um filho para elas, valendo-se do material genético de outras duas, nos permitindo questionar quem serão os pais, sob a perspectiva de direitos e deveres: aqueles que têm um projeto de família e contrataram

a gestação em substituição e o material genético (baseado no contrato), aquela que deu à luz à criança (a mãe, segundo a premissa vigente na lei de que *mater semper certa est*) ou aqueles que forneceram o material genético, os verdadeiros pais biológicos daquela criança? Em que pese eu entender que há de prevalecer a filiação calcada no contrato firmado⁷, não se ignora a existência dos outros parâmetros. E nessa situação fica patente que o critério biológico não emerge como aquele que há de ser entendido como prevalente.

A evolução tecnológica que nos permitiu aferir a existência de uma real vinculação biológica entre ascendentes e descendentes, inicialmente por meio dos exames que verificam os antígenos leucocitários humanos (HLA) e, posteriormente, com os exames genéticos de DNA, é que efetivamente gerou a possibilidade de que uma filiação biológica fosse, de fato, aferida.

Com isso, é de se afirmar que aquilo que sempre se nomeou como filiação natural, biológica ou consanguínea apenas passou a existir nos tempos mais recentes, por meio dos avanços da ciência. Aqueles a quem sempre se indicou como filhos consanguíneos, em verdade, não possuem a certeza de que há uma consanguinidade entre si e seus genitores, exatamente por ser a sua filiação decorrente de uma ficção jurídica, decorrente de uma presunção, ou de uma manifestação de vontade daquele que se apresentou como sendo seu pai.

De fato, atualmente podemos dizer que existe uma efetiva situação em que se pode falar em filiação consanguínea, biológica, genética ou natural, que é exatamente aquela na qual, ante a existência de dúvidas acerca da paternidade, o exame genético é realizado, de forma espontânea ou ante a determinação judicial. Essa análise técnica confere a comprovação científica de uma vinculação biológica, a qual não se vislumbra em nenhuma das outras.

Interessante se considerar que o ordenamento jurídico atualmente vigente dedica um capítulo inteiro no Código Civil, com uma dezena de artigos, para tratar do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, conferindo a esses a possibilidade de que, caso tal ato se dê antes de atingir a maioridade civil, possam impugnar, nos 4 anos que se seguirem a essa, o reconhecimento (art. 1.614).

⁷ CUNHA, Leandro Reinaldo da. A chamada inseminação caseira, a doação de gametas masculinos e a filiação: distinção necessária e elementar. *Revista Conversas Civilísticas*, Salvador, v. 5, n. 1, p. 117–147, 2025, p. 135.

Seria coerente conferir o grau de certeza que não admite a impugnação a uma presunção de paternidade que se funda na anacrônica concepção de que quem é casado apenas mantém relações sexuais entre si? Não franquear tal possibilidade a todos os filhos, mormente ante a inexistência de uma garantia de que aquele filho é biologicamente do marido daquela mulher que o deu à luz, não seria uma manifesta ofensa ao princípio da igualdade?

A resposta, para mim, emerge bastante clara.

Falta coerência a tal distinção, a qual se revela inconstitucional, já que atenta contra os parâmetros nucleares da isonomia. Para uns, basta a impugnação em 4 anos (prazo esse, decadencial), enquanto outros precisarão lançar mão de ação negatória de paternidade, com procedimento mais complexo, mas imprescritível.

Esse mesmo problema de fundo constatado, atrelado à ausência de lastro biológico concreto sustentando regimes jurídicos distintos, nos conduz à crítica terminológica que motiva este texto. Note-se que o objetivo aqui disposto passa ao largo das discussões atuais sobre a importância da afetividade como valor jurídico e o reconhecimento da paternidade socioafetiva. Tampouco se pretende desenvolver qualquer tipo de ponderação sobre a multiparentalidade e seus efeitos.

O que se afirma é que aquilo que sempre se chamou de consanguíneo, na prática, jamais foi biológico, genético ou natural, e que essa imprecisão terminológica produz, como visto, consequências normativas concretas. A real verificabilidade científica da vinculação biológica, genética ou consanguínea da filiação é historicamente recente e jamais serviu de base para aquilo que é sempre foi assim definido.

Tampouco se está aqui laborando com a tese de que a filiação haveria de ser lastreada em elementos distintos do biológico. O que se indica aqui é o contrassenso de que o que sempre foi chamado de consanguíneo, de fato, jamais foi biológico, genético, científico ou natural.

O problema é que tal concepção se mostra tão arraigada que segue sendo replicada sem enfrentar críticas, com os professores asseverando em suas aulas que o parentesco é consanguíneo ou civil, já que a doutrina, a legislação e a jurisprudência seguem valendo-se dessa divisão. Mas basta uma análise singela para se constatar que é um manifesto equívoco se nomear como sendo natural, biológico ou consanguíneo qualquer parentesco que não seja realmente pautado nesse parâmetro.

Já está mais do que na hora de pararmos de repetir velhos conceitos⁸ e deixar de chamar de natural, biológico ou consanguíneo algo que não é.

Seria mais coerente, considerando o atual estado da arte, se nomear essa filiação de “declarada” ou “manifestada” pelo pai, deixando para trás as expressões consanguínea, natural ou biológica, não só por serem equivocadas, mas também por revestir-se de potencial excludente, conferindo uma sensação de estar em um patamar hierarquicamente superior à socioafetiva, ainda que a Constituição Federal expressamente determine ser vedada qualquer distinção entre os filhos (art. 227, §6º)

Aos colegas, questiono: faz sentido seguir nomeando como natural, biológica ou consanguínea uma filiação que é fixada sem qualquer aferição dessa natureza? Se sustenta uma distinção de tratamento legislativo para a filiação decorrente de um casamento e aquela declarada pelo pai?

Leandro Reinaldo da Cunha
Editor Científico
Revista Conversas Civilísticas
e-mail: leandro.reinaldo@ufba.br

⁸ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Direito civil pensado. a importância de não se repetir velhos dogmas de forma indiscriminada. Revista Conversas Civilísticas. v.1, n.2 p. III-VI, 2021.