

DIREITOS SUCESSÓRIOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Gabrielle Calluf

Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Resumo: Este artigo buscou analisar as formas de reprodução humana assistida, mais especificamente, a forma homóloga, mas também a possibilidade de concepção de um filho após a morte, tendo em vista os avanços na Biomedicina e Biogenética. Assim, buscou-se analisar as consequências resultantes da reprodução humana assistida *post mortem* e seus efeitos sucessórios, uma vez que não há regulamentação específica sobre a utilização do material genético após a morte, bem como quanto à possibilidade ou não de ter direitos sucessórios atribuídos ao filho concebido por esta técnica.

Palavras-chave: Filiação. Reprodução humana assistida. Técnica homóloga *post mortem*. Direitos sucessórios.

Abstract: This article sought to analyze the forms of medically assisted reproduction, more specifically, the homologous form, but also the possibility of conceiving a child after death in view of advances in Biomedicine and Biogenetics. Thus, we sought to analyze the consequences resulting from *post mortem* medically assisted reproduction and its succession effects, since there are no specific regulations on the use of genetic material after death, as well as on the possibility or not of having inheritance rights attributed to the child conceived by this technique.

Keywords: Affiliation. Medically assisted reproduction. Homologous *post mortem* technique. Succession rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da reprodução humana assistida. 3. Breves apontamentos acerca de direitos sucessórios. 4. Direitos sucessórios na reprodução humana assistida homóloga *post mortem*. 4.1. Da (im)possibilidade da reprodução humana *post mortem*. 4.2. Dos direitos sucessórios do filho concebido *post mortem*. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, devido aos avanços da Medicina na área de Biogenética, é possível a concepção de um filho por meios não naturais, mesmo após a morte de um dos genitores.

Em face da legislação brasileira não prever regulamentação específica quanto à utilização de material genético homólogo *post mortem*, fazendo com que o futuro indivíduo não tenha respaldo quanto à sucessão que se dará de seu antecessor, há a necessidade de análise e busca de solução para este problema, não havendo dúvidas quanto à necessidade de criação de norma regulamentadora.

Outro ponto importante, é que se verifica que no âmbito da Medicina há apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.320/2022, o qual menciona sobre a técnica de reprodução humana assistida *post mortem*. Contudo, não há o peso necessário para que sirva de parâmetro de resolução para casos judiciais em que os direitos sucessórios da criança estão em jogo.

Assim, uma vez que não existe norma regulamentadora sobre a reprodução humana assistida *post mortem*, e havendo a necessidade de se julgar casos em que ocorreu a reprodução *post mortem*, faz-se necessária a utilização dos princípios constitucionais para isto. Entretanto, verifica-se que ocorre a colisão entre os princípios constitucionais, sendo eles o da dignidade da pessoa humana e o da autonomia da vontade e livre planejamento familiar com o princípio da segurança jurídica. Devendo ponderar o mais relevante para cada caso.

Consequentemente, visto que inexistente lei que indique os efeitos sucessórios da criança advinda de genitor morto, há a necessidade de estudo sobre o assunto.

2 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida adveio dos avanços da Medicina na área de Biogenética, permitindo a concepção de um filho por meios não naturais, quando não possível por meio da forma convencional. Desta forma, tornou possível a concretização do projeto parental daqueles que têm dificuldade para conceber de forma natural.

Sabe-se que fatores biológicos, médicos ou psíquicos podem interferir na fertilidade, prejudicando a capacidade de procriação, tanto no homem quanto na mulher. Assim, as técnicas reprodutivas de forma assistida, ou seja, qualquer técnica que permita a reprodução por meio de intervenção, trazem a oportunidade de formação de uma família a aqueles que têm algum tipo de dificuldade.¹

Importante pontuar que na Constituição Federal no art. 226, § 7º, em conjunto com a Lei 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar), estabelece e protege o direito ao livre acesso do planejamento familiar. Isto quer dizer que cabe ao Estado possibilitar aos cidadãos o acesso às técnicas de reprodução humana assistida e aos métodos conceptivos e contraceptivos, oportunizando, assim, a concretização do projeto de parentalidade.²

No que diz respeito às técnicas de reprodução humana assistida, os métodos existentes são quatro: a gestação por *outrem*,³ clonagem,⁴ fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. Os dois últimos são os mais comuns, e serão analisados neste artigo.

Tanto a fertilização *in vitro* quanto a inseminação artificial podem ser de forma homóloga (que significa que o material genético utilizado é de ambos os genitores), ou heteróloga (quando pelo menos um dos gametas não é proveniente do casal). Contudo, este trabalho tem como objetivo estudar a forma homóloga da reprodução humana assistida.

¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da reprodução assistida*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/209.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

² FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

³ Também conhecida como gestação por substituição, a qual possui respaldo na Resolução de n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, estabelecendo que a gestação por substituição poderá ocorrer desde que exista um problema médico o qual impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Ainda, explica Maria Berenice Dias que “admite a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até segundo grau (ou seja, mãe, avó, neta ou irmã) da mãe genética”. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 379).

⁴ No Brasil é permitida apenas a clonagem terapêutica, a qual está normatizada na Lei 11.105/2005 em seu art. 3º, XI, dispondo quanto a possibilidade de investigação clínica com o objetivo de reparar órgãos ou tecidos danificados. (PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise. *A clonagem terapêutica e seus limites de permissibilidade na lei de biossegurança brasileira (Lei 11.105/05)*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com>.

A técnica de inseminação artificial é, nas palavras de Meirelles,⁵ “a técnica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do espermatozoides na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado”.

Ainda, na mencionada técnica, não há qualquer manipulação externa dos materiais genéticos, motivo pelo qual a técnica é chamada de intracorpórea.

Já no método conhecido como fertilização *in vitro*, considerado extracorpóreo, os óvulos são retirados do organismo para serem fecundados *in vitro*. Assim, após serem fecundados, formando o embrião, este último será introduzido no útero, possibilitando seu desenvolvimento.⁶

Atualmente, há ainda a possibilidade de criopreservação, que possibilita armazenar o material genético em temperaturas extremamente baixas, aproximadamente 196°C negativos.

Esta técnica tem como objetivo preservar gametas femininos e masculinos, assim como embriões, a fim de possibilitar a utilização, tanto dos gametas quanto dos embriões, futuramente.⁷

Assim, devido aos avanços da Biotecnologia com a Biomedicina, verifica-se a possibilidade da reprodução humana assistida nos dias atuais, a fim de resolver os problemas oriundos da infertilidade, os quais, até 1953, data em que a primeira inseminação artificial com sêmen congelado foi testada,⁸ não eram possíveis de ser resolvidos.

Contudo, mesmo com o avanço desenfreado da Biogenética, a legislação brasileira não prevê regulamentação específica quanto às técnicas de reprodução humana assistida, prevendo, apenas, resoluções de cunho administrativo que não têm o peso necessário para que sirvam de parâmetro quando se tratam de resoluções de casos judiciais.

⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18.

⁶ CALIXTO, Fabiana et al. *Limitações jurídicas à autonomia privada na reprodução humana artificial*. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/revdu/article/view/1333>. Acesso em: 15 dez. 2022.

⁷ PRÓ CRIAR MEDICINA REPRODUTIVA. *Página Institucional*. Disponível em: <https://www.procriar.com.br/o-que-e-criopreservacao>. Acesso em: 15 dez. 2022.

⁸ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 29, p. 92-122,

3 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DE DIREITOS SUCESSÓRIOS

O assunto principal deste artigo é debater sobre os direitos sucessórios na reprodução humana assistida homóloga *post mortem*. Para isto, faz-se necessária uma análise breve dos direitos sucessórios, para posteriormente discutir o assunto principal deste artigo.

Direito sucessório é um ramo do Direito que regula a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu para seus sucessores.⁹

Para que ocorra a sucessão hereditária, há a necessidade de dois requisitos, sendo o primeiro o falecimento da pessoa física, conhecido também como *de cuius*, e o segundo a sobrevivência dos sucessores, nos termos do art. 1.798 do Código Civil.

A abertura da sucessão é entendida como a morte da pessoa física, sem que haja dúvidas sobre o falecimento, ocorrendo, assim, a transmissão da posse e propriedade dos bens do *de cuius* para seus herdeiros, ou seja, a *saisine*.

A sucessão pode ocorrer de duas formas: de forma legítima e testamentária. A sucessão legítima decorre de lei, a qual deve respeitar a ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.829¹⁰ do Código Civil, o qual presume a vontade do *de cuius*. Já na sucessão testamentária, se dá de acordo com a vontade expressa do testador, manifestada em testamento válido e eficaz.¹¹

A sucessão impõe alguns requisitos para quem está sucedendo, sendo eles: a necessidade de ter capacidade sucessória, ou seja, a pessoa deve estar viva no momento da abertura da sucessão, com algumas exceções que serão discutidas mais adiante; estar na ordem de vocação hereditária ou em testamento; e, por último, possuir legitimidade sucessória, ou seja, poder reclamar dos direitos sucessórios.

Cabe ressaltar que a legitimação para suceder não deve ser confundida com capacidade civil, uma vez que esta é atribuída a pessoas físicas e jurídicas, diferentemente da legitimidade para suceder, a qual pode ser

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 6, p. 15.

¹⁰ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

atribuída aos sujeitos de direitos que podem ser classificados entre herdeiros e legatários¹² e, dentro desta atribuição, podendo haver ainda, os sujeitos de direitos despersonalizados. Quanto aos sujeitos de direitos, vale lembrar que são todos aqueles que participam de uma relação jurídica, tendo a titularidade de direitos e deveres.¹³

Contudo, existem sujeitos de direitos despersonalizados, a exemplo, o nascituro e pessoa física ainda não concebida, mas que possuem capacidade jurídica que será limitada, e que possuem legitimidade parcial para transmitir, adquirir e defender direitos.

Ainda, vale mencionar que a sucessão se divide entre título universal e singular, e aqueles que sucedem se dividem em herdeiros e legatários.

A sucessão a título universal será aquela em que o sucessor irá receber uma universalidade de bens ou uma fração de uma universalidade de bens, e o indivíduo que irá suceder será chamado tecnicamente de herdeiro. Já a sucessão a título singular é aquela em que a pessoa irá suceder uma coisa certa e determinada dentro do espólio, e aquele que sucede a título singular, deverá ser chamado de legatário.

Os herdeiros sucedem tanto na sucessão legítima quanto na testamentária, já os legatários sucedem na sucessão testamentária.¹⁴ Entre as mencionadas divisões, no que se refere aos herdeiros, importante indicar que estes podem ser herdeiros legítimos¹⁵ e herdeiros necessários.¹⁶

Quanto aos herdeiros necessários, estes possuem uma garantia da herança, denominada de legítima ou indisponível, que seria uma parte da herança que é resguardada a estes herdeiros, ou seja, a metade da herança líquida, não podendo o autor da herança dispor de forma deliberada da mesma.

Contudo, como no Brasil não há o costume e cultura de se fazer testamento, grande parte das sucessões são em toda sua extensão de forma legítima.

Como mencionado anteriormente, no que se refere aos herdeiros necessários, os primeiros na linha de sucessão serão os descendentes, os quais

¹² LÔBO, Paulo. *Direito civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 6, p. 66.

¹³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 319.

¹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supraindividualistas da família. Herdeiro e legatário. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 95, 273-281, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469/70079>. Acesso em: 21 dez. 2022.

¹⁵ Herdeiros legítimos são os descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e colaterais de até quarto grau.

¹⁶ Todo herdeiro necessário é herdeiro legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário. São herdeiros

de acordo com Lôbo¹⁷ “são os que se originam de uma pessoa e dão origem a outras pessoas e assim sucessivamente (filhos, netos, bisnetos, trinotos, tetranetos)”, sendo estes, titulares de direitos sucessórios no momento da abertura da sucessão. Cabe mencionar que na Constituição Federal, o seu art. 227, § 6º, dispõe que:

§ 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.* (Grifos nossos).

Desta forma, não há dúvidas que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, deverão ser tratados e ter seus direitos garantidos de forma igual, não importando se são advindos de forma natural, adotiva, ou mesmo de reprodução humana assistida. Ou seja, não importando a sua origem, sendo proibidos quaisquer termos discriminatórios.

Pelo exposto, já antecipando a questão a ser debatida em tópico posterior, o princípio da igualdade, estabelecido no art. 227, § 7º da Constituição, defende o direito da criança, inclusive aquela oriunda de reprodução humana assistida.

Assim sendo, evita-se que o filho tenha um tratamento desigual, o que seria inadequado. Dessa forma, o princípio da isonomia deve ser respeitado.

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

O tema principal deste artigo é o direito sucessório na reprodução humana assistida *post mortem*. Como anteriormente relatado, os direitos sucessórios são decorrentes, principalmente, na sucessão legítima, da ordem de vocação hereditária, sendo os primeiros na linha de sucessão os descendentes, mais especificadamente os filhos.

Para averiguar o direito sucessório faz-se necessário, ainda, verificar a filiação no presente estudo, tendo em vista que é o estado de filiação que faz com que os filhos tenham direito à herança.

A filiação no ordenamento jurídico brasileiro é definida nas palavras de Lôbo¹⁸ como:

Relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular da autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

Podendo ser tipificada em três moldes: por meio do matrimônio pela presunção *pater is est*, vínculo biológico e pela filiação socioafetiva.¹⁹

A presunção de paternidade encontra-se respaldada no artigo 1.597 do Código Civil, no qual os incisos III e IV são de extrema importância, tendo em vista que dispõem sobre os filhos havidos por meio da reprodução humana assistida, dispondo que:

(...)

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;

(...). (Grifos nossos).

Como o inciso III fala que mesmo que falecido o marido, e o inciso IV reforça que pode ser a qualquer tempo a concepção de filhos por meio de embriões excedentários, não há dúvidas que os filhos havidos da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* têm sua filiação atribuída.

Entretanto, o ordenamento jurídico atual, em função do art. 1.798, não consegue encaixar esses filhos concebidos *post mortem* dentro de um dos sujeitos passíveis de sucessão. No entanto, constitucionalmente e infraconstitucionalmente, esses filhos são considerados legítimos, razão pela qual se escreve este artigo, o qual analisará, adiante, a possibilidade ou

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 218.

¹⁹ SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da. Inseminação artificial *post mortem* e suas implicações no âmbito sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 32, p. 59-78. fev./mar. 2013.

impossibilidade quanto a este tipo de reprodução, assim como os direitos sucessórios daí decorrentes.

4.1 Da (im)possibilidade da reprodução humana *post mortem*

Com o julgamento no dia 08/06/2021, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial de n. 1.918.421-SP, não há mais dúvidas quanto à possibilidade da concepção *post mortem*.

Conforme mencionado anteriormente, o art. 1.597, do Código Civil, ao atribuir a presunção de paternidade para a os filhos advindos a qualquer tempo por meio da reprodução artificial, deixou uma lacuna quanto à forma legal prevista para a utilização do material genético deixado pelo genitor falecido.

Assim, diante da insegurança jurídica existente e dos debates criados, houve extensa análise sobre a autorização expressa e inequívoca que o falecido teria que disponibilizar, uma vez que não há disposição na lei sobre tal requisito, apenas em resoluções, gerando embates e dúvidas.

Importante citar que o Conselho Federal de Medicina, por meio de sua Resolução n. 2.320/2022, já adotava normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, dispondo sobre a reprodução assistida póstuma em seu inciso VIII, o qual estabelece que tal reprodução seria permitida havendo autorização prévia específica do(a) falecido(a) para utilização do material genético criopreservado. E, ainda, estipula no item V.3 quanto à decisão do casal, no que diz respeito aos gametas criopreservados, dispondo que:

No momento da criopreservação, os pacientes *devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.* (Grifos nossos).

Observa-se que caso o casal tenha deixado prévia autorização para inseminação pós-morte, não há o que se discutir, em razão de que não há dúvidas quanto à vontade das partes, e esta deverá ser respeitada. Assim, será atribuída a filiação à criança provinda da reprodução humana assistida pós-morte e, conseqüentemente, seu direito à sucessão.

Vale mencionar, ainda, o Enunciado n. 106 da I Jornada de Direito,²⁰ que dispõe que:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Note-se que, além de o Enunciado exigir prévia autorização do cônjuge, requer ainda que a mulher esteja na condição de viúva.

Contudo, cabe pontuar que tal disposição não tem efeito vinculativo, sendo apenas uma diretriz, não substituindo o disposto em normas vigentes. Pode-se, portanto, afirmar que o Enunciado busca afastar a filiação presumida que consta no art. 1.597, III e IV, do Código Civil.

Desta forma, para Hironaka,²¹ desde que atendidas todas as condições dispostas no Enunciado n. 106²² da I Jornada de Direito Civil, uma vez que este requer a condição de viúva e a autorização escrita do marido, "operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido". Ou seja, havendo autorização escrita, não há discussão quanto à possibilidade de atribuição do estado de filiação, assim como os direitos sucessórios.

Ou seja, em que pese não haver previsão na lei sobre a forma na qual deveria ocorrer a autorização do genitor falecido, havia diretrizes que já eram seguidas, demonstrando que a autorização de fato deveria ser de forma escrita e inequívoca.

Entretanto, diante do fato de que a doutrina se dividia entre os dois extremos, um lado defendendo a concepção sob a justificativa do direito à vida e existência e o outro não apoiando tal método de reprodução, mesmo com autorização dos genitores, justificando que estaria tirando o direito de a

²⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 106*. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 4 jan. 2023.

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/290/As+inova%C3%A7%C3%B5es+biotecnol%C3%B3gicas+e+o+direito+das+sucess%C3%B5es%2A>. Acesso em: 4 jan. 2023.

²² "Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte."

criança conviver com ambos os pais, essa discussão e incerteza fizeram com que o assunto fosse tema de Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça sob n. 1.918.421-SP, fazendo com que algumas incertezas fossem cessadas.

O voto-vencedor elaborado pelo Ministro Luis Felipe Salomão entendeu quanto à necessidade da autorização de maneira inequívoca, ou seja, expressa e formal, por meio de instrumentos jurídicos válidos.

Ou seja, além da autorização que o indivíduo dará no momento de realizar o procedimento, caso queira, poderá expressar sua vontade por meio também de testamento.

É inerente que a autorização seja expressa e incontestável para que não gere dúvidas.

Nessa situação, não há o que se falar em desrespeito ao princípio do livre planejamento familiar sob a justificativa de que a vontade do genitor falecido não estaria sendo respeitada, tendo em vista que com a autorização expressa e inequívoca, não haveria mais dúvidas quanto a sua vontade após a morte. Frisa-se que o material genético não é objeto de herança.

Lôbo²³ entende que “o princípio da autonomia dos sujeitos condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim”, ou seja, não havendo consentimento expresso, não há manifestação da vontade de se ter um filho mesmo após a morte.

Dessa forma, a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi ao encontro das diretrizes já utilizadas, pelo Conselho Federal de Medicina e I Jornada de Direito Civil, fazendo com que a insegurança jurídica quanto à possibilidade ou não da utilização do material genético após a morte seja findada.

Entretanto, em que pese a decisão do STJ ter findado com a indeterminação da possibilidade ou não da utilização do material genético após a morte, ainda há incertezas geradas pela reprodução *post mortem*, tendo em vista que não há regulamentação ainda a ser seguida sobre seus efeitos, podendo haver lacunas na lei sobre as questões sucessórias, a exemplo.

Gama²⁴ alega que caso ocorra a utilização do embrião *post mortem*, deve haver o estabelecimento de um prazo para transferência do embrião, utilizando como base o disposto no art. 1.800, § 4º do Código Civil, ou seja, o prazo de dois anos da abertura da sucessão.

No entanto, seria de extrema importância um estudo aprofundado sobre um tempo adequado para a utilização da técnica de reprodução assistida, levando em consideração o tempo que seria viável para que os gametas criopreservados sejam utilizados, assim como, a necessidade de verificação de um prazo adequado para que a segurança jurídica dos demais herdeiros seja preservada.

Daí a necessidade de uma regulamentação mais atual, uma vez que a falta desta gera uma insegurança jurídica quanto aos direitos sucessórios dos envolvidos na reprodução humana assistida *post mortem*.

Desta forma, o método de reprodução assistida *post mortem* deve ser regulamentado. O que não pode acontecer é que esta insegurança jurídica continue ocorrendo.

Assim como houve evolução na sociedade no que tange às novas formas de composição familiar, as decisões judiciais e legislações devem acompanhar tal progresso, fazendo com que sigam ao encontro da atualidade.

Logo, importante adentrarmos nos direitos sucessórios daqueles advindos da reprodução *post mortem*.

4.2 Dos direitos sucessórios do filho concebido *post mortem*

Nos termos do art. 1.798,²⁵ do Código Civil, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão teriam capacidade para suceder, ou seja, poderiam suceder nos direitos do seu antecessor. Pela literalidade do artigo, não haveria o que se falar em direitos sucessórios para aqueles que fossem concebidos após a morte do ascendente, pela razão de que os filhos concebidos *post mortem* não estariam vivos no momento da abertura da sucessão e, por este motivo, não poderiam reclamar dos direitos sucessórios por não terem capacidade para o mesmo.

Contudo, tendo em vista que, atualmente, cada vez mais há a utilização do método de reprodução humana assistida, o qual viabiliza a concepção de uma vida após a morte de um dos genitores, os filhos oriundos dessa reprodução estariam numa situação não abarcada pelo ordenamento jurídico. Entende-se, assim, que o art. 1.798 deve ser revisto, a fim de incluir esses sujeitos de direito que não estão protegidos pelo ordenamento jurídico.

Enquanto isso não ocorre, as discussões sobre os direitos sucessórios dos filhos provenientes da reprodução humana assistida *post mortem* se dividem entre três posicionamentos, sendo: aqueles contrários; os que defendem a sucessão caso abarque o filho na hipótese de prole eventual; e aqueles que defendem principiologicamente os direitos sucessórios dos filhos concebidos *post mortem*.

O primeiro posicionamento a ser mencionado é aquele que defende que não caberia sucessão para os filhos advindos de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, sob o fundamento de que o art. 1.798, que dispõe que, para haver capacidade para suceder, a pessoa deve já estar nascida ou concebida no momento da abertura da sucessão.²⁶ Ou seja, considera que as crianças advindas da reprodução humana assistida *post mortem* não têm legitimidade para suceder por consequência de não terem capacidade no momento da abertura da sucessão.

Pois bem, quanto à justificativa da impossibilidade do direito de sucessão da criança, apenas por esta ter sido concebida após a morte do genitor, tem fragilidade, tendo em vista que o disposto no art. 1.597, inciso III, do Código Civil, considera filho a criança havida por fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido seja falecido, ou seja, o estado de filiação é estabelecido, e com o estabelecimento do mesmo, há o direito à herança.

Além do mais, a exigência da preexistência, prevista no art. 1.798 do Código Civil, não é absoluta, em virtude de a lei possibilitar por meio de testamento que indivíduos que ainda não foram concebidos no momento da abertura da sucessão possam herdar, como exemplo, a prole eventual.²⁷

Ainda, não seria adequado penalizar a criança oriunda da técnica de reprodução humana assistida *post mortem* pelas escolhas de seus pais, fazendo com que o melhor interesse da criança, sua dignidade, seu direito de adquirir direitos a filiação e sucessórios, não estariam sendo atendidos caso a criança fosse penalizada.

Ademais, os direitos sucessórios não deveriam se basear apenas na lei infraconstitucional, uma vez que existem princípios basilares na Constituição Federal que resguardam a família, os direitos dos filhos e o direito à herança.

O segundo posicionamento defende que o filho poderá suceder mediante testamento do genitor. Ou seja, o filho se enquadraria no benefício da prole eventual disposta no art. 1.799, I, do Código Civil, que estabelece:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...]

Por prole eventual, Venosa²⁸ defende que “são pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas sim existentes quando da morte”.

Assim, o filho beneficiado pela situação da prole eventual seria chamado a suceder na sucessão testamentária, não tendo direito à sucessão legítima.

Contudo, tal entendimento deixa de considerar a possibilidade de o falecido não ter deixado testamento prévio, uma vez que no Brasil não é cultural tal prática. Nesta situação, o filho concebido pós-morte ficaria sem amparo. Ainda mais, mesmo incluindo em testamento, a criança só teria acesso à sucessão testamentária, mas não a legítima, diferenciando-a dos demais filhos. Contudo, isto provocaria conflito com o princípio da isonomia, deixando de tratar com igualdade o filho perante os outros herdeiros.

Entretanto, a hipótese de enquadrar o filho advindo da reprodução humana assistida *post mortem* como prole eventual deixa de analisar alguns problemas. O primeiro deles seria o tempo que a prole eventual deverá ser concebida, uma vez que a lei estabelece no art. 1.800, § 4º que, caso a prole não seja concebida em até dois anos da abertura da sucessão, caso o testador não tenha mencionado diferente prazo, os bens reservados passam a ser dos herdeiros legítimos.

Ainda, sendo a criança filha do testador, também seria esta herdeira legítima, e a hipótese de não a considerar como tal faz com que os filhos deixem de ser tratados de forma igual, o que, de acordo com o art. 227, § 6º da Constituição Federal, é vedada a diferenciação e qualquer forma de discriminação entre os filhos.

²⁶ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 29, p. 92-122, ago./set. 2012.

²⁷ MOREIRA FILHO, José Roberto. *As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga post mortem e as suas consequências no direito de família e das sucessões*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/240.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2023.

Outro problema, ainda, seria que os filhos receberiam suas quotas hereditárias de forma desigual, tendo em vista que o herdeiro testamentário poderia receber mais ou menos do que cada herdeiro necessário.

Com relação à prole eventual, ocorre o impasse quanto ao prazo para a concepção da criança, uma vez que alguns defendem que deva ser considerado por analogia o prazo de dois anos estabelecido no art. 1.800, § 4º do Código Civil, caso o testador não estabeleça prazo diferente.²⁹ Entretanto, tal entendimento não leva em consideração a possibilidade de a inseminação artificial póstuma ocorrer depois do prazo estabelecido, fazendo com que, assim, o filho não tivesse nenhum amparo jurídico, a menos que ajuizasse investigação de paternidade e petição de herança.

Contudo, com relação à prole eventual e seu prazo entreaberto, assim como, no que diz respeito aos gametas criopreservados, estes itens fazem com que alguns doutrinadores argumentem quanto à insegurança jurídica que ocorreria para os demais herdeiros, alegando não ser possível uma espera *ad eternum* para que ocorra a inseminação artificial, uma vez que havendo gametas criopreservados a inseminação poderia ocorrer após anos.³⁰

Já para Maria Berenice Dias,³¹ a segurança jurídica aos demais sucessores não deve prevalecer ante aos filhos provindos da reprodução póstuma. Entende Albuquerque Filho³² que:

A possibilidade jurídica da utilização da ação de petição de herança, nos termos do artigo 1.824, do Código Civil, dá a perfeita noção da segurança apenas relativa de qualquer sucessão, à medida que com a referida ação o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido.

Ou seja, não há o que se falar em segurança jurídica absoluta no que se refere aos direitos sucessórios. Deste modo, não sendo cabível negar os direitos sucessórios de um filho para que o direito dos demais seja protegido.

Em decorrência, cabe dizer que ocorre uma colisão de princípios constitucionais. Isto porque por um lado é defendida a segurança jurídica

²⁹ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 29, p. 92-122, ago./set. 2012.

³⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

³² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

e por outro defende-se a dignidade da pessoa humana e isonomia entre os filhos.

Posto isto, seguramente, há a necessidade de se firmar a determinação de um prazo para que a fertilização póstuma seja capaz de produzir efeitos sucessórios e ainda proteja a segurança jurídica. Contudo, para que haja o estabelecimento de um prazo, faz-se necessário o estudo de um período adequado para que seja possível a realização da fertilização póstuma.³³

O terceiro posicionamento, permissivo, reconhece que negar o direito sucessório da criança seria ferir princípios constitucionais, como o da isonomia, dignidade da pessoa humana e livre planejamento familiar.³⁴ Adicionalmente, não respeitaria o Estatuto da Criança e do Adolescente o qual defende o melhor interesse para a criança.

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, está disposto no art. 5º da Constituição Federal, e como seu próprio nome diz, busca assegurar uma igualdade para todos, sem qualquer diferenciação. O princípio da isonomia pode ser dividido em igualdade material e formal. A igualdade material significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual para que assim se alcance a igualdade. A igualdade formal é aquela disposta na Constituição, ou seja, todos são iguais perante a lei.³⁵ É um princípio limitador, na medida em que tem como objetivo impedir que qualquer ação que possa violar a igualdade, seja impedida.

No que diz respeito, especificamente, à igualdade entre os filhos, o princípio da isonomia está inserido também no art. 227, § 6º da Constituição Federal, que de acordo com Gama,³⁶ pode ser dividido em dois aspectos que se relacionam, mas que não são iguais, sendo eles: a igualdade de qualificações quanto à origem entre os filhos e a igualdade de direito entre os filhos.

Portanto, tratar os filhos de forma diferente seria violar o princípio da isonomia, uma vez que, nas palavras de Lôbo,³⁷ “os direitos e deveres dos filhos, de qualquer origem, são plenamente iguais”.

³³ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

³⁴ PRADO, Neiva Maira. Reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à filiação e sucessão. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 32, p. 5-16, fev./mar. 2013.

³⁵ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. *Reprodução humana assistida: um direito fundamental?* Curitiba: Appris, 2015, p.66.

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91.

³⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 218.

O princípio da dignidade da pessoa humana é atribuído a todos os seres humanos, sendo proibida qualquer forma de diferenciação,³⁸ fazendo com que aquele que tenha este princípio atribuído deva ser respeitado e protegido. É considerado um princípio fundamental, mas não absoluto.³⁹ Este princípio unifica todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, uma vez que a partir dele há a garantia de outros princípios essenciais.⁴⁰ O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se inserido no art. 1º, III, da Constituição Federal e também no art. 226, § 7º, no que se refere ao planejamento familiar.

A partir deste princípio se tem os princípios do direito à liberdade, autonomia da vontade e ao livre planejamento familiar. Fernandes⁴¹ ressalta que:

A dignidade humana está intimamente ligada à possibilidade de procriação, assim, a reprodução artificial, quando necessária, torna-se a única maneira de satisfazer o desejo de procriar, ou seja, de dar continuidade a si próprio na figura do filho, legando-lhe o nome, os valores, o patrimônio econômico e, sobretudo, o patrimônio genético.

Para Gama,⁴² o princípio da dignidade da pessoa humana, no que se refere ao planejamento familiar, “deve não somente ser aplicado no sentido de garantir o exercício desse direito pelo casal, como também na proteção daquele que poderá vir a nascer, e o conflito entre essas duas perspectivas deve ser solucionado, em regra, em favor desse último”.

O princípio do livre planejamento familiar, disposto na Constituição Federal no art. 226, § 7º, dispõe que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08*: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 70.

³⁹ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. *Reprodução humana assistida: um direito fundamental?* Curitiba: Apris, 2015, p. 59.

⁴⁰ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. *Reprodução humana assistida: um direito fundamental?* Curitiba: Apris, 2015, p. 58.

⁴¹ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 2.

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08*: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 70.

Tem-se como base o princípio da liberdade, fazendo com que a pessoa seja livre para exprimir sua vontade e escolhas. Decorrente da liberdade, que é um princípio fundamental, a escolha da utilização de técnicas de reprodução humana assistida deve ser assegurada para que o livre planejamento familiar seja garantido. No entendimento de Albuquerque Filho,⁴³ por mais que não haja dúvidas que o planejamento familiar ocorra quando os partícipes estão vivos, nada impede que os efeitos possam ser produzidos após a morte de alguns dos partícipes.

Assim, negar os direitos sucessórios dos filhos advindos da reprodução assistida *post mortem*, seria não respeitar o princípio da dignidade humana e do livre planejamento familiar, tanto com relação ao filho quanto com relação ao pai, uma vez que este último teve a vontade de procriar, dando continuidade a si próprio, seja pela atribuição de nome, patrimônio econômico e genético.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente leva em consideração que a criança e o adolescente são pessoas em processo de desenvolvimento, merecendo tratamento diferenciado, não com o objetivo de diminuí-los, mas sim, para que seja possível protegê-los a fim do desenvolvimento completo destes.⁴⁴ Ou seja, no exame de um caso concreto, em caso de dúvidas quanto a que decisão tomar, o aplicador do direito deverá fazer uso da ponderação e buscar o resultado que seja mais benéfico à criança.⁴⁵

Para o posicionamento permissivo, há ainda a alegação que o direito sucessório dos filhos advindos da reprodução humana assistida *post mortem* deve ser defendido, tendo em vista que o direito à herança está estabelecido no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, assim como, no art. 227, § 6º, está disposto sobre a igualdade entre os filhos, não cabendo legislação infraconstitucional dispor do contrário ou retirar algum direito inerente ao infante.

Ademais, a corrente inclusiva rebate os argumentos no que se referem à insegurança jurídica que causaria aos demais herdeiros com relação

⁴³ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anaais/8.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08*: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 81.

⁴⁵ BARBOSA, Roberta Eiler. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado como resqúicio da doutrina da situação irregular*. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53156/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-como-resqúicio-da-doutrina-da-situacao-irregular>. Acesso em: 27 jan. 2023.

à futura criança advinda de inseminação artificial póstuma, como pontua Albuquerque Filho:⁴⁶

Se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes do primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil, no entanto, havendo ação de investigação de paternidade *post mortem* julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. art. 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente. Verifica-se que tal fato, *existência de filho não-reconhecido, modificaria substancialmente a vocação hereditária, donde se conclui que a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa.* (Grifo nosso).

Assim, uma vez que há a possibilidade de ajuizamento de petição de herança, com base no art. 1.824, do Código Civil, isso faz com que a segurança jurídica, no que se refere à herança, seja relativa. Certa está a corrente permissiva em rebater tal argumento.

Além do que, considerando que é assegurado o livre planejamento familiar, com base no princípio da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, dispostos no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, está impedida qualquer vedação por instituições oficiais ou privadas para que tal direito seja exercido.

Desta forma, devido às diversas estruturas familiares, é plenamente possível que o melhor interesse da criança seja assegurado mesmo com a ausência de um dos genitores, não cabendo a vedação da concepção de um filho que foi desejado e fez parte de um projeto parental, mas que apenas não foi possível ser realizado por eventualidades não esperadas.

Considera-se, então, que o não estabelecimento de parentesco e a impossibilidade de reivindicar por seus direitos sucessórios, seria muito mais prejudicial à criança do que a alegação de que esta viveria sem um dos pais. Deve-se verificar qual interesse é mais benéfico ao filho.

Ou seja, não se debate apenas a vontade do autor da herança em ter filhos ou não, mas também o fato de a criança existir e que seu melhor interesse deve ser garantido.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, uma vez que a lei não proíbe a reprodução artificial póstuma, atribuindo a filiação a essas crianças, não há o que se falar em negar os direitos sucessórios às mesmas. E caso tal direito seja negado, haverá sempre o ferimento de princípios constitucionais.

Ainda, apesar das diversas discussões e possibilidades doutrinárias, um dos principais problemas é a falta de legislação sobre o direito do filho advindo da reprodução humana assistida *post mortem*. Enquanto isto não ocorre, seria válido usar as teorias de Alexy e Dworkin no que se refere à ponderação dos princípios.

Regras e princípios são subespécies de normas. A diferença entre os dois é mais vista quando ocorre a colisão entre princípios e o conflito entre regras. Entretanto, a solução para estas colisões se dá de forma diferente.

Quando duas regras conflitam entre si, deve-se verificar a validade da regra, avaliando se a inclusão de uma cláusula de exceção ou a criação de outra regra resolverá o conflito, do contrário, a regra deve ser considerada inválida e retirada do ordenamento jurídico.⁴⁷

Na ocorrência de colisão de princípios, deve-se fazer uma ponderação entre eles, mas nunca invalidando um princípio, uma vez que nenhum tem prevalência absoluta sobre o outro. O que deve ser avaliado é o caso concreto e os princípios que se enquadrarão nele. Assim, deve-se verificar o princípio que terá mais peso e que resolverá o problema de uma forma mais correta e eficaz, ou seja, aquele que será mais razoável de ser aplicado.⁴⁸

A grande diferença seria a forma de aplicação, a qual as regras são por subsunção e os princípios por ponderação.

Assim, como nos direitos sucessórios dos filhos advindos da reprodução humana assistida *post mortem* ocorrem diversas justificativas, e todas têm como base princípios constitucionais, a utilização do princípio da proporcionalidade seria de extrema relevância para decisões a este respeito. Devendo sempre prevalecer a decisão que irá proteger a criança e o adolescente visando seu melhor interesse.

⁴⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

⁴⁷ AMORIM, Leticia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/il/edicoes/42/165/il_v42_n165_pl_23.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

⁴⁸ SACRAMENTO, Bruno. *A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200204. Acesso em: 14 fev. 2023.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência dos avanços da sociedade e da Medicina, novos meios de procriação de forma não natural são possíveis, sendo um deles a reprodução humana assistida.

A Medicina com a Biogenética trazem a possibilidade da reprodução humana assistida após a morte de um dos genitores. Entretanto, diante de não haver legislação regulamentando este método de reprodução, dúvidas são apontadas quando se fala em direitos sucessórios dos filhos advindos *post mortem*.

Ainda, o art. 1.798, do Código Civil, ao dispor sobre a capacidade sucessória, gera divisões de posicionamentos referentes aos direitos sucessórios desses filhos, havendo a doutrina proibitiva; a permissiva, em partes, quanto o filho é abarcado no benefício da prole eventual; e aqueles que defendem os direitos sucessórios dos filhos não importando sua origem.

Estes posicionamentos têm como base tanto o Código Civil de 2002 quanto a Constituição Federal de 1988, os quais estão obsoletos com relação aos avanços e ideais da sociedade atual.

O art. 227, § 6º da Constituição Federal foi redigido em um momento que não existia a tecnologia avançada de hoje. Entretanto, observa-se que sua escrita foi feita de forma tão genérica, que é possível incluir todas as possibilidades existentes da tecnologia atual no que se refere à reprodução humana assistida.

Apesar de o art. 1.597, III, do Código Civil, estabelecer a filiação na reprodução homóloga, mesmo que falecido o genitor, o posicionamento que não defende o direito sucessório do filho advindo desta reprodução utiliza-se de outros artigos e princípios constitucionais para tentar invalidar o direito sucessório da criança.

Assim, os artigos inseridos nos textos constitucionais e infraconstitucionais, bem como os princípios, devem ser analisados e aplicados de forma que não possam permitir que direitos inerentes à pessoa humana sejam negados. Ou seja, havendo a colisão tanto de princípios quanto de normas, deve-se utilizar a ponderação e a subsunção para aplicar o princípio ou norma mais relevante ao caso.

É inegável a necessidade de criação de norma regulamentadora quanto à reprodução humana assistida homóloga *post mortem*. Contudo,

sucessórios e filiais das crianças advindas deste método, havendo ainda artigos em outras legislações que possam colidir com o novo ordenamento jurídico, um dando o direito e o outro o negando, ainda haverá a necessidade de sopesamento de princípios e regras.

Para que seja possível tentar evitar ao máximo lacunas na lei ou até mesmo infrações de direitos inerentes à pessoa, o Biodireito e a Biomedicina devem trabalhar em conjunto, estabelecendo novos parâmetros que se adequem à sociedade atual.

Assim, considera-se que as interpretações dependem da visão de mundo de cada ser, a qual está intimamente ligada com sua perspectiva pessoal. A Bioética deve ser usada de forma dialética para se buscar um ponto de vista moral que seja composto de diversas visões de mundo e capaz de abarcar as ideais pluralistas da sociedade atual e assim protegê-la.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMORIM, Leticia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supraindividualistas da família. Herdeiro e legatário. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 95, 273-281, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469/70079>. Acesso em: 21 dez. 2022.

BARBOSA, Roberta Eifler. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado como resquício da doutrina da situação irregular*. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53156/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-como-resquicio-da-doutrina-da-situacao-irregular>. Acesso em: 27 jan. 2023.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 29, p. 92-122, ago./set. 2012.

CALIXTO, Fabiana *et al.* Limitações jurídicas à autonomia privada na reprodução humana artificial. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1333>. Acesso em: 15 dez. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 106*. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 4 jan. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.320, de 20 de setembro de 2022*. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 9 dez. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das sucessões*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção Sinopses Jurídicas).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/290/As+inova%C3%A7%C3%B5es+biotecnol%C3%B3gicas+e+o+direito+das+sucess%C3%B5es%2A>. Acesso em: 4 jan. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial, artigos 1.591 a 1.693, volume XVI*. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 6.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da reprodução assistida*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/209.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

MEIRELLES, Jussara. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga post mortem e as suas consequências no direito de família e das sucessões*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/240.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2023.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise. *A clonagem terapêutica e seus limites de permissibilidade na lei de biossegurança brasileira (Lei 11.105/05)*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/denise_hammerschmidt.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

PRADO, Neiva Maira. Reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à filiação e sucessão. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 32, p. 5-16, fev./mar. 2013.

PRÓ CRIAR MEDICINA REPRODUTIVA. *Página Institucional*. Disponível em: <https://www.procriar.com.br/o-que-e-criopreservacao>. Acesso em: 15 dez. 2022.

SACRAMENTO, Bruno. *A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200204. Acesso em: 14 fev. 2023.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. *Reprodução humana assistida: um direito fundamental?* Curitiba: Appris, 2015.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da. Inseminação artificial *post mortem* e suas implicações no âmbito sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister, v. 14, n. 32, p. 59-78, fev./mar. 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: sucessões*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

O USO DA MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AÇÕES DE GUARDA DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Mariângela de Jesus Purcino

Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD).
Especialista em Conciliação, Mediação e Arbitragem e Direito Processual Civil. Advogada.

Renan Teiji Tsutsui

Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD).
Especialista em Direito Imobiliário e Seguridade Social. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).
Conciliador judicial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Advogado e Design de Sistema de Conflitos.

Resumo: Este artigo pretende examinar o que é mediação, sua evolução histórica, a legislação brasileira no tocante à mediação, bem como será estudado o instituto da guarda e os tipos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Também serão analisados os objetivos e vantagens de uma mediação e como satisfazer as partes de modo que haja participação de ambos os polos para uma solução acerca do conflito nas ações de guarda e a efetividade prática da mediação nas Varas da Infância e Juventude, em que a mediação é efetiva para a resolução dos conflitos familiares de guarda, sendo satisfatório o resultado das sessões de guarda e eficiência célere do conflito familiar. Por fim, são apresentadas as considerações finais com base nos entendimentos doutrinários sobre o tema. Para elaborar o artigo foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, mediante análise da legislação, doutrina e jurisprudência, de modo a se especificar a importância da mediação nas ações de guarda e a condução para um resultado satisfativo para as partes. Utilizamos o método de pesquisa dedutivo e descritivo, mediante análise da legislação, doutrina e jurisprudência, com a coleta e levantamento de dados qualitativos e quantitativos, de modo a se especificar a importância da mediação nas ações