

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

Nelson Pereira da COSTA FILHO¹

RESUMO: A reprodução assistida trouxe incontáveis melhorias para a humanidade, como a solução para qualquer casal que tenha complicação em ter filhos, ou que eventualmente tenha alguma doença que não quer passar para a criança, até mesmo em evitar um problema genético e entre várias outras possibilidades que a fertilização artificial proporciona.

Entretanto, com a solução também vieram algumas complicações, como, por exemplo, a verdadeira filiação da criança dentro do Direito brasileiro. Emanou problemas, ocasionado pela fertilização *in vitro*, e tendo como escopo um problema civil familiar, deveria o Direito intervir não permitindo que somente o CFM (Conselho Federal de Medicina). Logo mediante a questão apresentada, qual seja, “Quem é a verdadeira mãe de Direito da criança?”. Assim o Direito deve determinar uma solução, então, será tratado nesse artigo científico a melhor opção para determinar a filiação da criança mediante a justa Justiça.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Fertilização *in vitro*. Verdadeira filiação. Guarda compartilhada. Direito de família.

1 INTRODUÇÃO

Esta apreciação acadêmica abrange como assunto principal a reprodução assistida tratando sobre as demasiadas formas de fertilização artificial, em especial, a reprodução assistida *in vitro*, técnica esta, que gera um conflito mui grande no Direito.

O tema foi abordado por trazer inúmeras divergências, que devem ser aclaradas pelo Direito. O Direito, propriamente dito, ainda não se posicionou acerca deste tema.

A reprodução assistida trouxe a solução para vários tipos de casais, quais sejam, os que por serem inférteis, por algum motivo biológico ou de doenças,

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail nelsonfilho_12@outlook.com Bolsista do Programa de Iniciação Científica.

entre vários outros fatores, que os levam a não poder ou não conseguirem gerar uma criança.

Por ser uma técnica que envolve mais de uma pessoa mulher, a fertilização *in vitro*, acarreta uma discussão árdua de se tratar perante o Direito, ou seja, mui ímprobo encontrar uma resposta, pois este procedimento agrega um terceiro Ácido Desoxirribo Nucleico (ADN), isto é, envolve uma pessoa a mais no composto orgânico molecular que contem as instruções genéticas da criança.

Com isso, temos uma questão que abrange a genética, sendo este um fator intrínseco na determinação da paternidade e maternidade do imaturo. Todavia, tendo o menor três formas de ADN, envolvendo uma terceira mulher, a escolha da verdadeira mãe tornar-se-á complexa, quer dizer, instiga o Direito a levantar a seguinte questão: Quem é a verdadeira mãe de Direito da criança?

Mediante a complexidade do assunto, de fato ambas as mulheres terão Direito perante a criança, logo o método mais eficiente para a garantia e efetivação do Direito, tera origem na guarda compartilhada, como solução a este problema.

No primeiro capítulo discorreu-se inicialmente para definir o recorte temática desta apreciação acadêmica sobre a reprodução assistida não apenas como um fenômeno da biomedicina, mas suas abrangências diante do direito brasileiro.

Em seguida, usando o método histórico foram feitas apreciações da técnica denominada de reprodução assistida e toda sua evolução.

O quarto capítulo define a reprodução assistida, sobretudo suas demasiadas formas de procedimentos, tratando também da forma como são feitas e sobre os riscos e resultados esperados. No mesmo tópico discorreu-se sobre a repercussão da reprodução assistida mediante o Direito.

Conseqüentemente, no quinto capítulo, tratamos unicamente da Guarda Compartilhada, definindo e demonstrando o sentido e propósito da mesma, no intuito de chegarmos em um determinado conceito, para tornar possível a junção da guarda compartilhada propriamente dita com a reprodução assistida.

No sexto capítulo foi tratado, finalmente, da guarda compartilhada em junção com a reprodução assistida, correlacionando ambos os assuntos para que pudesse existir a determinada conclusão da ideia do Autor perante o caso

apresentado no recorte temático: falando sobre a guarda da criança, e da maneira com a qual será configurada, buscando sempre o melhor para o menor.

Por continuidade, no último capítulo, tratou-se sobre as conclusões acerca da temática abordada nesta apreciação acadêmica.

Em último, se encontra a referência, a qual traz todos sites e livros que foram utilizados para a criação do artigo.

2 O RECORTE TEMÁTICO

Reprodução assistida é o meio bastante eficaz de um casal, independentemente do gênero, de ter uma criança. Esse meio de reprodução é utilizado em homens e mulheres que não tem capacidade de produção, ou também em casais com possíveis doenças, que pretendem evitar a transmissão para o filho. No entanto, essas questões biológicas são regidas pelo Direito brasileiro, que visa assegurar.

Existem vários exemplos de reprodução assistida, como a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, a infertilização *in vitro* com injeção de esperma, fertilização *in vitro* simplificada, doação de óvulo, entre outras, as quais vem com o intuito de facilitar a reprodução humana.

A reprodução assistida trouxe consigo coisas boas e conseqüentemente preocupantes, como por exemplo, a maneira em que a criança vai ter sua formação em relação à sociedade, quem serão seus verdadeiros pais de direito (em alguns casos específicos como na doação de óvulo) que será o assunto de maior relevância deste artigo científico!

Para melhor compreensão, utilizaremos o seguinte caso, meramente exemplificativo, que por muito está se fazendo comum nos dias atuais:

Temos um jovem casal, onde o homem (A) e a mulher (B) encontram-se com dificuldades para gerar filhos. Mediante caso, descobriu-se que o problema está na mulher (B), que por algum problema, não consegue produzir óvulos saudáveis o suficiente para gerar um feto. A alternativa mais eficaz para esse casal

é passar por uma fecundação *in vitro*, um procedimento onde uma terceira mulher (C), fará a doação de seu ovulo, obviamente saudável o suficiente para gerar o feto.

Acontecera que, deste casal, o homem (A) cedera seu sêmen, e a mulher (C) seu ovulo saudável, sendo assim, fecundar-se-á o feto, e decorrente disso, este óvulo saudável com o sêmen do homem (A), será depositado no útero da mulher (B), sua parceira.

Porem, este procedimento foi feito de forma clandestina, pois a mulher (C) não está ligada à família do casal, em nenhum dos graus permitidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Assim no momento em que a mulher (B) deu parto à criança, a mulher (C) revogou o contrato com o casal, independentemente de ser verbal ou material, e declarou querer o recém-nascido para si.

Este é um procedimento de fato muito simples, porém com uma consequência atribulada, dificultosa, como visto. Mediante fato temos que do casal A e B, apenas A cedera seu DNA, e no lugar de sua parceira B, quem cedera o DNA será C, e assim a criança sera formada com o DNA de A e C.

Pelo conselho Federal de Medicina (CFM) os pais de direito da criança, é A e C, pois foram os únicos a doar seus traços genéticos, e a mulher B foi apenas uma barriga de aluguel, vulgarmente falando.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) deixa claro que os verdadeiros pais, são aqueles que doam o DNA, porém o Direito ainda não se posicionou perante essa situação, ou qualquer outra proveniente ou relativa do fato mencionado. Em face do caso apresentado, vemos uma total injustiça, que não poderá ser julgada apenas pela decisão do CFM ainda que sendo uma reprodução assistida de forma clandestina.

O Direito deve garantir a convivência em sociedade, garantir os direitos naturais, proteção dos bens jurídicos mais importantes à manutenção da vida e um dos fatos mais importantes, qual seja garantir a justiça.

Garantir a justiça traz para o Direito uma responsabilidade muito grande, qual seja, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida da justiça de forma harmônica, não somente agir de “igualdade” nos demasiados casos propostos, mas sim de forma proporcional, em que a verdadeira justiça seja a garantia de todos.

Então formado um problema deve haver uma solução, sendo neste o ponto onde o Direito é introduzido, para garantir os direitos na medida da justiça. E para entendermos melhor este mundo da reprodução assistida, vamos tratar sobre alguns aspectos, começando pelo histórico até alcançar a discussão dentro do direito civil, especificamente na área de família.

3 BREVE HISTÓRICO NO BRASIL

Segundo MENDES PEREIRA² (Fev. 2011), quando abordamos a técnica médica denominada de reprodução humana, em relação à época em que surgiu, pode-se dizer que era bem precária a situação em que se encontrava, com poucas universidades disponibilizando a graduação médica nessa área. Em todo o país, havia apenas três universidades com porte para Ginecologia, Obstetrícia e Reprodução Humana, as quais eram a Universidade Federal da Bahia, a Federal de Juiz de Fora e a Federal do Paraná.

Com isso, conta própria, alguns profissionais começaram a fazer pesquisas, as quais tiveram uma atividade muito chamativa, com qualidade e inovação, sendo assim devotadas, às revistas de grande renome. Explana ainda, que tais atividades voltadas às pesquisas anticoncepcionais foram taxadas pelo meio religioso e pelos socialistas do país.

E mediante a reprodução humana, em meados de 1970, notava-se um grande diferencial, que se destacaria nos seguintes anos, em conformidade com a evolução da cultura em que se passava o mundo na época.

Conforme explana o Professor MENDES PEREIRA, o Rio de Janeiro em 1974, se tornou o maior palco científico sobre reprodução humana, que fora realizado no país. Foram reunidos mais de 50 especialistas no Hotel Copacabana Palace, sendo os mais expressivos do mundo, como da Europa, Ásia, América do Norte e América Latina. Foi de grande memorial o acontecido. A SBE mudara seu estatuto e passara a ser chamada de Sociedade Brasileira de Reprodução Humana

2

Doutor em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Medicina da Universidade São Paulo (USP), São Paulo (SP), Brasil.

(SBRH). Com isso o assunto declinou-se à mudança, pelo grande espaço conquistado no país, conseqüentemente estendendo o assunto para nível nacional.

E dando continuidade, no ano de 1980 houve uma grande movimentação a cerca de aprimorar e efetivas as técnicas de reprodução humana, pois havia muitas pessoas interessadas e dispostas a pagar boa soma. Com o nascimento da primeira bebê de proveta no mundo chama Louise Joy Brown, que se passou na Inglaterra, em 1978, por êxito de Steptoe e Edwards. Milton Nakamura sentiu-se inspirado, iniciando está grande movimentação, esperando conquistar um feito do mesmo porte no meio brasileiro.

Conforme relatado por MENDES PEREIRA, Milton Nakamura, após muito contato com Steptoe, interligou-se a um grupo Australiano, dirigido por Carl Wood, da Universidade de Melbourne (Australia) mediante uma parceria com o pesquisador Alan Trounson³.

Isaac Yadid⁴, que se formou em 1980, em meio à ebulição das experiências de fertilização no mundo, em um relato sobre o primeiro bebe de proveta no Brasil (Gravidez..., 2015), deixou claro que a evolução era necessária, porém os resultados das pesquisas eram muito pobres, sendo assim preciso avançar demasiados pontos: na produção de embriões, na forma de realizar as coletas, nas condições em que os embriões eram armazenados. Ou seja, as pesquisas eram inevitáveis e necessárias para as evoluções.

Segundo o Professor MENDES PEREIRA, em uma pesquisa envolvendo 10 mulheres portadoras de lesão tubaria, Milton Nakamura fez várias cessões de fertilização *in vitro* no Hospital Santa Catarina, em São Paulo, sob cobertura da emissora televisiva Rede Globo. Ele realizou, através de laparoscopia, a coleta dos óvulos, enquanto Alan Trounson e Luca Giannaroli eram responsáveis pela monitorização da estimulação ovariana e a fertilização extracorpórea.

Infelizmente, por infortúnio, uma das pacientes veio a óbito, conseqüência de um acidente anestésico. Conseqüentemente este infortúnio trouxe

3

Pesquisador do Instituto Monash de Reprodução e Desenvolvimento, na Austrália. Pioneiro na Fertilização *in vitro*, ele foi responsável pelo nascimento de Zoe Leyland pouco antes da experiência brasileira, em 28 de março de 1984, em Melbourne

4

uma imagem ruim para este novo meio, paralisando as pesquisas por aproximadamente dois anos e todas e quaisquer iniciativas.

Apenas em 1983 Nakamura conseguiu reiniciar a série, entretanto agora sem imprensa, e no começo de 1984, extraordinariamente conseguiu a primeira gravidez, que deu a vida à Anna Paula Caldeira, em São José dos Pinhais (Paraná), em outubro do mesmo ano. Por conta da conquista, o ocorrido pode ir a público, o que foi muito comemorado (Paranaense..., 2015)

Com esta notícia, Nilson Donadio expôs em congresso médico, ter conquistado esta façanha a meses, muito antes de Nakamura, dizendo não ter relatado antes por conta da ética da Congregação da Santa Casa de São Paulo. Ainda até os dias atuais, Donadio postula a si esta aptidão gloriosa, todavia mediante situação, verdadeiramente a divulgação de tal proeza histórica, sem sombra de dúvida, foi realizada por Nakamura.

MENDES PEREIRA continua explicando que naquele período, com o grande crescimento da população, a situação se tornara preocupante, pois não havia investimentos governamentais o bastante para gerar tantos empregos para as pessoas que precisavam de trabalho. Consequentemente com isso, o governo ficou mais tolerante com certas entidades não-governamentais, que não proviam nenhum fim lucrativo, os quais emanavam o planejamento familiar, tais como: BEMFAM (Sociedade Civil Bem Estar Familiar do Brasil), ABEPF (Associação Brasileira das Entidades de Planejamento Familiar), CEPAIMC (Centro de Pesquisa e Assistência Integral à Mulher e à Criança) e CEPARH (Centro de Pesquisa e Assistência em Reprodução Humana).

As mesmas, eram muito combatidas pelas igrejas, e por políticas reacionárias, pelo fato de receberem aporte da International Planning Parenthood, pois essas forças combatentes, enxergavam esta situação como uma forma camuflada para controle de natalidade.

Conseqüentemente, após o milênio, e mediante a primeira década, a Reprodução Assistida já estava sendo vista de maneiras bem diferentes pela sociedade, sendo um dos motivos relevantes, que tornaram possível sua estabilidade no país. Serve explicar que foram criadas várias clínicas em toda a nação, e no interior dos Estados da União, entretanto sem biólogos e embriologistas especialistas, e até mesmo pela falta do planejamento, o que ocasionou o

fechamento de vários Centros de Medicina Reprodutiva (CMR), e imobilizações de vários projetos por não responderem a perspectiva de resultados.

Atualmente a medicina está caminhando para técnicas mais avançadas, mas devemos buscar as normas de direito que visam assegurar as relações decorrentes não apenas do procedimento, mas também depois, com o nascimento das crianças. Tecnicamente, há avanços médicos, assegurando mais a proteção das mulheres submetidas à reprodução assistida, como a hiperestimulação ovariana, a gestação múltipla e dispositivos que facilitam e garante o sucesso do procedimento. A grande preocupação é garantir que as pessoas alcancem a felicidade e tenham seus direitos humanos ou fundamentais garantidos, independentemente de questões ligadas à fé, status sociais, gênero e opção sexual.

4 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Para uma discussão jurídica sobre temática é necessário uma abordagem inicial que visa definir o que é a reprodução assistida, pois envolve pais, filhos, médicos e outras pessoas que serão alcançadas pelos Direitos humanos. São jurídicas não apenas na contratação dos serviços médicos para a reprodução, mas outras questões ligadas aos pais e os filhos que serão dentro do Direito de família.

Conceitua-se Reprodução Assistida:

Entende-se por Reprodução Assistida o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana. Isto com o intuito de facilitar a procriação devido a qualquer tipo de problema, responsável pela infertilidade tanto do homem quanto da mulher. Passa a ser utilizada quando outras técnicas terapêuticas não obtiveram suficiente êxito (Jopert Junior..., Reprodução assistida, p. 1)

Temos compreendido, duas técnicas de Reprodução Assistida: A inseminação artificial, qual seja a inclusão do espermatozoide no órgão sexual feminino, e a fecundação *in Vitro*, sendo esta, a extração do óvulo da mulher e sua fecundação externa. Tais técnicas, vem com propósitos únicos relacionados à

reprodução humana, e na precaução de doenças geneticamente transmissíveis, mediante a prevenção ou controle das mesmas.

A inseminação artificial teve surgimento primeiramente nos animais, o que explica as demasiadas formas de raças existentes da espécie *Canis lupus familiaris*⁵. Esta técnica foi utilizada em humanos recentemente.

Em casos onde, o homem tem esterilidade mas sua parceira se encontra totalmente apta a ter filhos, o casal pode recorrer a uma inseminação artificial, mediante doador. Então, com aceitação das partes, no período fértil da mulher, será pego o sêmen do doador e conseqüentemente será implantado no órgão sexual desta, junto ao colo do útero. A mulher será então uma mãe portadora.

Também existem casos diferenciados, como em que o marido tem condições de ter filhos, porém sua esposa é estéril, ou salve casos em que ocorre o risco de transmissão de algum problema genético dos pais às crianças, sendo assim, também utilizar-se-á o procedimento de inseminação artificial

Existem casos específicos em que a mulher tem a tuba uterina obstruída, seja de forma parcial ou total, o que impede a junção dos espermatozoides ao óvulo, para que ocorra a fertilização. Mediante caso, o procedimento mais eficaz e correto a ser utilizado será a fertilização *in vitro*.

Para que possa existir a fecundação, é necessário coletar oócitos (células) da mulher, sendo estas despojadas em determinado recipiente, onde serão fecundados pelo esperma do marido. Após dias de incubação, são implantados um ou mais oócitos no útero da mulher. Este procedimento tem 65% de chance de falhar

Mediante o procedimento *in vitro*, permite-se que o óvulo de uma mulher seja fecundo com algum espermatozoide, por mesmo que alheio, ou então que o óvulo de uma terceira mulher seja utilizado para fecundar o esperma do homem, e mediante casos é possível implantar o embrião resultante no útero de outra mulher, sendo esta chamada de mulher portadora ou mãe de aluguel.

Contudo, nota-se que segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde) a infertilidade afeta 15% dos casais no mundo todo (Fertilização *in vitro*..., 2015). Mas desde Louise Brown, a primeira criança advinda da técnica de Reprodução Assistida *in vitro*, sob mérito de Patrick Steptoc e Robert Edwards no ano de 1978, possibilitou e

5

Canis lupus familiaris: animal canídeo designado no Brasil como cachorro.

influenciou casais em todo o mundo, a praticarem esta técnica, a fim de terem um filho.

4.1 Repercussão no Direito

Conseqüentemente, as demasiadas técnicas de Reprodução Assistida, tiveram grande repercussão nos países de maior desenvolvimento. Entretanto, sua aplicação trouxe muitos problemas na área ética, religiosa, jurídica, social e entre outras, levando essas técnicas a terem regulamentações.

Segundo Maria Helena Machado (2007, p. 95):

Surgem, em decorrência dessa acelerada evolução das técnicas e métodos hoje disponíveis, destinadas a procriação, novas formas de concepção da vida humana, implicando em perturbadora inovação nos vários campos das ciências, criando um linguajar próprio, além de novos conceitos, principalmente no campo da ética e do Direito.

Com isso dá-se a compreender que com essas novas técnicas vieram também as complicações. Ou seja, elas trouxeram várias discussões, principalmente penosas, no meio da Ética e do Direito.

A Mestre Maria Helena Machado, ainda traz algumas concepções a cerca do assunto (2007, p. 96):

Nos casos de fertilização heteróloga, ou aquela realizada com sêmen ou óvulo de terceiro, os questionamentos no campo da ética e no mundo do Direito se fazem mais gritantes e complexos, demonstrando de forma concreta que as regras tidas como definitivas e sólidas caíram por terra, deixando o mundo jurídico sem respostas para as questões relativas à filiação, à sucessão, ao direito do filho aos alimentos, ao reconhecimento da paternidade e à sua própria proteção na condição de nascituro

Nascida uma criança fruto da ajuda médica na sua fecundação, além das questões de ordem científica e moral, o seu nascimento envolve, também, o estatuto das pessoas, porque, inserida no contexto familiar e de toda a sociedade, devera, obrigatoriamente, ser inscrita num modelo de filiação, que, segundo os parâmetros legais atuais, se acha fundamentação na verdade biológica. E, dependendo da espécie da técnica e meios utilizados para inseminação e desenvolvimento desse novo ser, a verdade biológica, positivada para derivar a sua filiação, esta pautada numa mentira avalizada pelo Direito. A criança concebida através da fertilização heteróloga, é filho de pai anônimo ou desconhecido, ou seja, do doador de sêmen, mas passa constar no se registro civil, como sendo filho do marido ou companheiro da mulher inseminada. Ao mesmo tempo, essa criança corre o risco de ter três pais: o doador do esperma, o pai adotivo, o marido da mãe.

Mas o nascido pode também vir a possuir três mães: a mãe biológica, a mãe portadora e a mãe social. Diante dessas novas formas de fecundação assistida humana, o bocado *mater semper certa est*, não compõe mais, nos dias atuais, princípio repetido pela doutrina jurídica, com os vários sentidos que, atualmente, pode-se auferir a palavra mãe (mãe social, mãe portadora, mãe substituta, mãe biológica, mãe de aluguel).

Mediante declaração, é de se vincular ao saber, que ainda que exista medidas de se regularizar o meio que envolve a reprodução assistida, existira casos que sempre iram trazer questionamentos “Gritantes e complexos”, fazendo retornar *a priori* o conceito de reprodução assistida, e também de uma norma sancionaria que possa a regularizar no meio social, perante a dignidade da pessoa.

E hoje como contextualizado, não existe o preceito *mater semper certa est*, levando a entender tamanho o problema gerado por esta nova ciência. Mas, em continuidade com este pensamento, um problema seria determinar a filiação da criança, visto que poderá ter mais de um pai ou mãe, pois como explanado pela Maria Helena Machado, a criança devera, obrigatoriamente, ser inscrita num modelo de filiação, sendo este um Direito do cidadão (Art. 10, II, CC).

5 GUARDA COMPARTILHADA

Definir e até mesmo conceituar o Direito é demasiadamente árduo, pois quando falamos em Direito, temos várias formas de pensamento. Entretanto focaremos na guarda como um direito fundamental e na busca de efetivar Justiça, onde busca-se não somente a igualdade, mas sim efetivar Direitos.

Segundo a doutrinadora Ana Maria Milano Silva, em seu livro “A lei sobre Guarda Compartilhada” deixa claro as origens da guarda compartilhada:

“A noção de guarda conjunta ou compartilhada surgiu na *Common Law*, no Direito Inglês na década de sessenta quando houve a primeira decisão sobre guarda compartilhada (Joint custody).”

Ainda constando em seu livro, como noticia Eduardo de Oliveira Leite,

“(…) na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos, e a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos tribunais.

Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplo sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não-atribuição, através da *split order* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *care and control* (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, *custody* (custódia).”

Com isso notamos, através de Ana Maria Milano Silva, em seu livro, que:

“Eduardo de Oliveira Leite prossegue esclarecendo que a introdução da noção de *split order* nos Tribunais ingleses permitiu a possibilidade de repartir a guarda entre os pais, distinguindo a

custody do care and control. Ou seja, tecnicamente a guarda conjunta se tornara possível.”

Entendemos que, com toda essa construção, foi-nos possibilitado chegar em um conceito de “Guarda compartilhada”.

Hoje temos uma lei que regulamente a Guarda Conjunta no Brasil. Qual seja:

LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014.

Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

O PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583.....
.....

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

- I – (revogado);
- II – (revogado);
- III – (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

.....

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.”
(NR)

“Art. 1.584.....

.....

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6ºQualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (NR)

“Art. 1.585.Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.” (NR)

“Art. 1.634.Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (NR)

Art. 3^o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de dezembro de 2014; 193^o da Independência e 126^o da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Claudinei do Nascimento

Então a aplicação da guarda compartilhada no Brasil, segundo o Art. 1583 § 2º, tem o intuito de visão o melhor genitor para a criança, ou seja, ver qual dos pais iram trazer a melhor condição para a formação do indivíduo perante a sociedade.

Perante o Art. 1584 §2º, em caso de não concordância entre os pais da criança, será aplicada a guarda compartilhada, onde ambos os pais terão direito de participar na vida do filho.

Entretanto, como mencionado, a grande questão de relevância deste artigo científico é determinar a mãe de direito da criança advinda da fertilização *in vitro*. Contudo é uma decisão muito penosa e delicada, pois ambas as mulheres terão direito sobre a criança.

Ambas as mulheres tendo Direito sobre a criança, será completamente injusto dar o título de mãe para uma e não para outra. Entendendo isso, temos uma forma de tratar o assunto, equiparando o Direito das duas, não injustificando nenhuma, o qual seria a guarda compartilhada. Então vamos tratar um pouco sobre este mérito neste tópico.

Pelo texto da nova lei, o objetivo da guarda compartilhada é que o tempo de convivência com os filhos seja dividido de forma “equilibrada” entre mãe e pai. Eles serão responsáveis por decidir em conjunto, por exemplo, forma de criação e educação da criança; autorização de viagens ao exterior e mudança de residência para outra cidade. O juiz deverá ainda estabelecer que o local de moradia dos filhos deve ser a cidade que melhor atender aos interesses da criança.

O juiz deverá levar em consideração as condições financeiras de cada genitor, a cidade onde eles moram (para que seja decidido a cidade que respondera melhor ao interesse do menor), e entre vários outros aspectos, que visam a melhor

formação da criança. Em tese, se os dois pais possuem condições, mas não estão de acordo, será aplicado o Art. 1584 § 2º.

Ainda que as destinadas mães, venham a morar muito longe dependerá do caso concreto. A guarda compartilhada, sendo um poder de gerenciar a vida dos filhos menores, é possível de ser estabelecida e exercida mesmo em caso de pais que moram em cidades, estados ou até mesmo em países diferentes, especialmente com as facilidades que a tecnologia proporciona, como Skype, telefones, e-mails e outros. A convivência com o genitor que mora longe poderá ser compensada durante os períodos de férias e feriados prolongados.

Mediante a responsabilidade, é dever de ambos, na proporção da possibilidade de cada um, ou seja, quem pode mais paga mais, independentemente de quem tenha a guarda ou se ela é compartilhada. Somente com eventual mudança na possibilidade de quem paga (perder o emprego, ou receber um aumento de salário, por exemplo) é que o valor da pensão pode ser revisto, para menos ou mais.

Entendendo o propósito da guarda compartilhada, qual seja encarregar as partes da justa filiação, e *a priori* visando principalmente o bem-estar da criança. Compreendendo isso, trataremos no seguinte tópico: o porque não usar de analogia com a guarda compartilhada, para este conflito já apresentado?

6 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E GUARDA COMPARTILHADA

Os temas que são abordados estão relacionados. O direito define guarda compartilhada segundo Grisard Filho (2005, p. 152):

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhe convém à guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visitas).

Temos que a guarda compartilhada não é meramente simplista à medida de reprimir seu conceito, sob ponto de desconsiderar que um casal homossexual não possa ter direitos em uma guarda compartilhada. Os direitos de um casal homossexual é equiparado a de um casal hétero mediante o princípio da igualdade.

Temos que a guarda compartilhada não é meramente simplista à medida de reprimir seu conceito, sob ponto de desconsiderar que um casal homossexual não possa ter direitos em uma guarda compartilhada. Os direitos de um casal homossexual é equiparado a de um casal hétero mediante o princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Ou seja, perante a lei, a igualdade independe de qualquer questão que envolva sexo, raça, ou dos demasiados casos existentes, inclusive o apresentado neste artigo científico.

Para entender a guarda compartilhada dentro do caso apresentado ocasionado pela reprodução assistida, deve-se explicar diversas outras situações jurídicas onde a analogia pode as equiparar, como, por exemplo, em um caso de bigamia. Deve-se antes aclarar que bigamia no território brasileiro não é Legal, todavia o caso será meramente exemplificativo.

Segundo o CP. Art. 235. *caput*:

Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Todavia, neste exemplo, temos um homem com duas mulheres, e em determinado caso se por ventura essa união bígama se desfaz, caberá ao Direito determinar como ficara a situação do casal e principalmente a da criança. Pensando assim, igualaremos a importância e seriedade do caso bígamo junto à questão principal apresentada neste artigo.

A grande diferença da reprodução Assistida mediante este caso bígamo está na união afetiva. Existe então a ausência do afeto entre as três pessoas, sobre a fertilização *in vitro*, diferentemente da bigamia, todavia, existe os laços afetivos com a criança.

Ainda assim, o caso da fertilização *in vitro*, é muito mais complicado, pois a criança terá verdadeiramente o DNA de uma mulher, será verdadeiramente nascido da outra e terá o grande afeto, carinho e amor de ambas, eliminando a possibilidade de simplesmente deixar a criança com a mãe doadora do DNA, assim como exemplificado pelo Conselho Federal de Medicina.

A questão ocasionada pela fertilização *in vitro* é muito mais penosa, porém entendendo estes fatos e essas diferenças perante o exposto neste tópico, a igualdade dos casos está na real importância da questão, “quem terá a guarda da criança?”.

6.1 A guarda da criança

De fato a guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar (Art. 1634, II, CC) e segundo Dilmás Messias de Carvalho⁶ (2010, p. 85):

“[...] serve, prioritariamente, aos interesses e à proteção da criança e adolescente, obrigando seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional, conferindo ao menor a condição de dependente do guardião para todos os fins, inclusive previdenciários, possibilitando ampla proteção.”

Notavelmente, vemos aqui a real importância na guarda compartilhada, qual seja, não resolver um problema entre os pais, mas sim resolver um possível problema para a formação da criança ou adolescente. Logo, a escolha da verdadeira mãe da criança não será a fins de resolver o problema dos pais, mas sim evitar um possível problema com a criança propriamente dita.

Então cabe saber qual o meio social será saudável para a criança, ou seja, se mediante situação existira conflitos internos familiares, boas condições financeiras, e entre outras.

6.2 A forma de guarda estabelecida

A lei número 11.698, de 13 de junho de 2008, introduziu a guarda compartilhada na legislação, dispondo o art. 1.583, *caput* e § 1º, que:

Art. 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (Art. 1.584, §5º) e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Como visto, na guarda da criança temos a “guarda compartilhada” onde a criança ou adolescente ficara com a guarda de ambos genitores, ou simplesmente um deles, o qual configura a “guarda uniparental ou exclusiva”, garantindo ao outro apenas o direito de visitas e fiscalização, possuindo, ambos, o poder familiar.

Então já analisado a situação familiar, financeira e qualquer outra que possa implicar na formação e na vida da criança, logo entende-se que mediante qualquer solução jurídica tomada, a mais justa e mais prudente será a guarda compartilhada. Logo, a criança terá um pai e duas mães titulares de Direito.

Será fixada a residência da criança, e a mãe que não tiver a custódia física exercerá o direito de convivência, por exemplo, com alternância de finais de semana ou de um ou dois dias na semana, e eventualmente este tempo poderá ser compensado também em feriados. E em termos de Justiça, a mãe que terá a custódia física da criança será a mãe que a priori foi determinada mediante o contrato estabelecido no caso concreto.

7 CONCLUSÃO

Com o surgimento da Reprodução Assistida, muitos casais com problemas na reprodução tiveram uma solução, entretanto existem casos especiais, sendo um deles a fertilização *in vitro*, que ocasiona, por si só, alguns problemas mediante a verdadeira filiação da criança. Com isso fica em aberto a questão “Quem é a verdadeira mãe tutelar de Direitos?” Essa questão é regida pelo Direito, que dentro do nosso ordenamento traz questões importantes, pois o “afeto” deve ser levado em conta, bem como a possibilidade prevista nas normas do Direito de Família, que permitem não apenas que a criança tenha duas mães ou dois pais, mas que no caso de separação, surja a figura da guarda compartilhada.

Todavia, como explanado, é demasiadamente muito árduo contribuir com o ordenamento jurídico e encontrar uma regra a ser seguida perante o caso apresentado, ou ainda que exista casos parecidos sobre o mesmo assunto que abrange a reprodução assistida.

Porém, deverá haver uma decisão jurisprudencial, mediante o caso apresentado, pois surgido um problema em que o Direito ainda não se posicionou, ele devera trazer uma solução.

Logo, existe a necessidade em determinar os verdadeiros pais da criança, e por todo o exposto, fica claro que a melhor opção está na guarda compartilhada, que será exercida no caso concreto, que eliminara qualquer hipótese de Injustiça.

O Direito vem para tutelar e garantir a premissa da parcela de justiça de cada cidadão, principalmente os que afetam diretamente a Dignidade da Pessoa, e sabendo que o caso mencionado neste artigo está inteiramente ligado com a Dignidade da Pessoa Humana, obviamente deve existir uma decisão.

Conclui-se que, o meio mais eficaz de efetivar o Direito é tratar os justos na medida da justiça e não somente de forma igualitária. Entendendo isto, dá-se ao saber, que o Direito Familiar será garantido, sem sombras de dúvidas, mediante a guarda compartilhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio: judicial e administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CENTOFANTI, Marcella. Guarda compartilhada: o que muda com a nova lei, Dez. 2014 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei/>>. Acessado em 15 de Julho de 2015.

CHAVES, Mariana. A guarda compartilhada e as famílias homoafetivas, Dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17988/a-guarda-compartilhada-e-as-familias-homoafetivas/2>>. Acessado em: 05 de Junho de 2015.

COSTA LEVY, Laura Affonso da. O estudo sobre a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416>. Acessado em: 20 de Junho de 2015.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: SRS, 2008.

D'AGOSTINO, Rosanne. Perguntas e respostas sobre novas regras para guarda compartilhada, Dez. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/perguntas-e-respostas-sobre-novas-regras-para-guarda-compartilhada.html>>. Acessado em: 19 de Agosto de 2015.

Ferticlin. Dr. Milton Nakamura. Disponível em: <<http://www.ferticlin.com.br/blog/2013/02/03/dr-milton-nakamura/>>. Acesso em: 15 de ago. 2015.

Fertilização *in vitro* ajuda casais a terem filhos. Dica de leitura. Disponível em: <<http://www.materprime.com.br/fertilizacao-in-vitro-ajuda-casais-a-terem-filhos/>>. Acesso em: 15 de ago. 2015.

FREITAS, Eduardo de. Controle de natalidade. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/geografia/controle-natalidade.htm>>. Acessado em: 08 de Junho de 2015.

MENDES PEREIRA, Dirceu Henrique. A história da reprodução humana no Brasil, Fev. 2011 Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/site/wp->

content/uploads/2013/05/femina_v39n2_59-64.pdf>. Acessado em: 20 de Maio de 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Gravidez do primeiro bebê de proveta do Brasil foi mantida em sigilo pela família. Dica de leitura. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/gravidez-de-primeira-bebe-de-proveta-do-brasil-foi-mantida-em-sigilo-pela-familia-8082418>>. Acesso em: 15 de ago. 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guard: **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Paranaense, primeiro bebe de proveta faz trinta anos. Dica de leitura. Disponível em: <http://www.bonde.com.br/?id_bonde=1-27--46-20141006>. Acesso em 15 de ago. 2015

Joppert Junior, Aimar; Telles, Marcelo Manuel Kuhn; Santos, Mario Martins dos; Orbolato, Mario; Pereira da Silva, Raphael Diego Gomes Santos. Reprodução Assistida: aspectos historicos. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/33/34>>. Acessado em: 07 de Julho de 2015.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**.1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**.4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2011.

Nasce o primeiro bebe de proveta do mundo. Dica de leitura. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/cultura/nasceu-o-primeiro-bebe-de-proveta-do-mundo/>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

Os desafios que a guarda compartilhada traz à família, Dez. 2014. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2014/12/06/noticiasjornalcotidiano,3359156/os-desafios-que-a-guarda-compartilhada-traz-a-familia.shtml>>. Acessado em: 03 de Junho de 2015.

PINHO VIEIRA, Cristiane. A nova lei da guarda compartilhada, Jan. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI214304,41046-A+nova+lei+da+guarda+compartilhada>>. Acessado em 06 de Junho de 2015.

QUEM pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?: **diferentes perspectivas do direito brasileiro**. Brasília: Letras Livres, 2002.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Guarda compartilhada**. Leme, SP: Imperium, 2009.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2008.