

## Editorial

Após dois anos da vigência da Lei da Guarda Compartilhada, trazemos o assunto novamente em artigo assinado pela advogada Ariane Elisa Gottardo Emke que apresenta uma abordagem mais crítica, a partir do que pudemos observar da sua aplicação prática ao longo desse período.

Ainda falando do direito de família, duas decisões conflitantes sobre reconhecimento/negativa de paternidade e o posicionamento do STF sobre a sucessão do companheiro(a).

Aproveitando o período de férias, um julgado sobre o direito de arrependimento do consumidor na aquisição de pacote de viagem com tarifa promocional e, por fim, decisões importantes em processos conduzidos pelo escritório. Aproveitem!

**Karina Balduino Leite**  
*Advogada Cível da LBS Sociedade de Advogados*



## Artigo

### Guarda compartilhada obrigatória: uma generalização perigosa

Ninguém inicia um relacionamento pensando em separar-se de seu companheir@; pelo menos, não deveria. Entretanto, por diversos motivos, o casal pode vir a terminar sua união e tal ruptura é, via de regra, dolorosa e perturbada; ainda mais quando há menores envolvidos, ocasião em que a situação tende a piorar.

É dentro deste turbilhão de sentimentos e mudanças que o Direito de Família surge para, primordialmente, proteger a criança/adolescente e garantir sua integridade física e psicológica.

Desde o final de 2014, com o advento da Lei nº 13.058, uma das formas legais de proteção dos interesses do menor é a Guarda Compartilhada, modalidade obrigatória, mesmo em dissoluções litigiosas, definida como *“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.”*<sup>1</sup>

Infelizmente, por mais que tal instituto seja mais antigo do que a legislação que o tornou obrigatório, a maioria da população e, até mesmo os juristas, tendem a confundir a guarda compartilhada com “convivência alternada”; quando na verdade a segunda é uma das possibilidades dentro da primeira.

<sup>1</sup> Artigo 1.583, 1º, parte final do Código Civil/02.

Explico-me. Na “convivência alternada” há um revezamento, ou seja, a criança mora um período com um dos guardiões e outro com o outro. Essa é uma opção possível dentro da guarda compartilhada que, na prática, pode ser difícil de manter-se esse sistema alternado em longo prazo, até para as próprias referências da criança.

Já o conceito de guarda compartilhada é muito mais amplo. Através dela os dois responsáveis devem decidir e intervir na vida de seus filhos de igual maneira, como se ainda companheiros fossem, devendo consentir em tudo que se refira ao menor; e é aí que as generalizações e obrigatoriedades são perigosas.

Pelo disposto no 2º do Artigo 1.584 do Código Civil/02, com redação dada pela Lei nº 13.058/14, “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.” Em outras palavras, o juiz deve obrigar os pais a compartilharem a guarda do menor, mesmo que não haja nenhum consenso entre eles.

Conforme pesquisa divulgada recentemente pela Universidade Carnegie Mellon, de Pittsburgh, nos EUA, o divórcio com conflitos e uma má relação após o término pode afetar a saúde dos filhos por décadas, não só a saúde psicológica, mas também a saúde física, vez que, conforme tal estudo, o sistema emocional abalado prejudica o sistema imunológico dos indivíduos, fazendo com que tenham a saúde vulnerável e fiquem mais expostos às doenças e vírus, mesmo depois de adultos.<sup>2</sup>

Neste diapasão, tendo em vista que a Guarda Compartilhada é muito mais do que uma simples alternância de convivência, o coercitivo relacionamento entre pessoas que não estão confortáveis emocionalmente para tanto, pode ser, para a criança, extremamente prejudicial, indo no sentido contrário ao princípio de proteção do menor preconizado pelo Direito de Família.

Ora, não se discute que a superveniência da Guarda Compartilhada seja um enorme ganho para as relações familiares de forma a garantir à criança o convívio com ambos os responsáveis, bem como garantindo um patamar de igualdade tanto emocional quanto de responsabilidades entre as partes; todavia, o objetivo deste artigo, em apertada síntese, é questionar a obrigatoriedade de tal aplicação e nos levar a uma reflexão empírica da conveniência de tal coercitividade.

Até que ponto a legislação pode intervir nas relações familiares sem apreciar as peculiaridades dos casos? É neste sentido que, mais importante do que obrigar o julgador a impor um sistema de guarda irreal para determinado caso, é obrigar ao julgador que se utilize, sempre, de orientação profissional ou de equipe interdisciplinar para, caso a caso, decidir o que é melhor para cada criança/adolescente.

Da mesma forma como existem diversas concepções de famílias, podem, e devem, existir diversas concepções de guardas, não admitindo-se a imposição de uma espécie específica. O que deve prevalecer, reitera-se, é uma imposição aos operadores do Direito de análise de cada realidade e não de seguir estritamente a impessoal lei; somente assim nos aproximaremos da melhor proteção dos interesses da criança e do adolescente.

---

<sup>2</sup>Disponível em: <<http://paranashop.com.br/2017/06/divorcio-com-conflitos-prejudica-saude-dos-filhos-na-fase-adulta-aponta-pesquisa/>>. Acesso em: 22.jun.17.

## Jurisprudência

### TJDFT

#### **Tarifa promocional de pacote de viagem - Direito de arrependimento**

A natureza não reembolsável de tarifa promocional não é óbice ao exercício do direito do consumidor de arrependimento, dentro do prazo legal, pela reserva efetuada. Consumidor ajuizou ação de indenização contra a empresa intermediadora de reserva de hospedagem e a administradora de cartão de crédito em razão dos danos materiais e morais decorrentes da cobrança de multa pelo cancelamento de reserva para hospedagem em hotel no exterior. Julgada improcedente a ação sob o fundamento da inaplicabilidade do direito de arrependimento, haja vista que a responsabilidade contratual havida entre as partes não está ligada diretamente aos serviços de hospedagem, mas sim de intermediação de reserva e de operação financeira, o autor apelou. O prolator do voto predominante defendeu a aplicação da legislação consumerista aos contratos de intermediação de hospedagem e esclareceu que o contrato firmado entre as partes foi realizado pela internet. Por isso, o Magistrado destacou a inutilidade da discussão acerca da natureza reembolsável ou não da tarifa paga, posto que o consumidor manifestou sua vontade expressa de cancelamento da reserva no sexto dia após a contratação, ou seja, dentro do prazo estabelecido no art. 49 do CDC para o exercício do direito de arrependimento. Assim, por entender que o direito de arrependimento exercido no prazo da lei afasta a aplicação de qualquer multa contratual prevista, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao apelo, para condenar as rés, de forma solidária, a restituírem integralmente os danos materiais sofridos pelo consumidor. Para o voto minoritário, entretanto, como o consumidor aderiu ao contrato de hospedagem na modalidade de reserva com multa, deve arcar integralmente com a penalidade prevista no contrato em caso de cancelamento.

*Acórdão n. 1019639, 20160610121392ACJ, Relator Designado Juiz ALMIR ANDRADE DE FREITAS, 2ª Turma Recursal, Data de Julgamento: 3/5/2017, Publicado no DJe: 29/5/2017.*

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-350/tarifa-promocional-de-pacote-de-viagem-2014-direito-de-arrependimento>

#### **Ação negatória de paternidade – Relativização da coisa julgada**

Nas ações de filiação, é possível a relativização da coisa julgada, se a ação anterior tiver sido julgada sem amparo em prova genética. O autor, um senhor de 69 anos, ajuizou ação negatória de paternidade sob a alegação de que teria o direito de saber se é o pai biológico da requerida e de que não queria morrer com essa dúvida. O Juiz de Primeiro Grau extinguiu o processo sem a resolução do mérito, em virtude de o pedido já ter sido examinado em ação anterior, na qual foi reconhecida a paternidade, com decisão transitada em julgado. Ao analisar o recurso interposto, o Relator destacou que o STJ e o STF têm adotado a tese da relativização da coisa julgada, quando a decisão prolatada anteriormente tiver declarado a paternidade sem amparo no exame de DNA. No caso em apreço, o Julgador entendeu que a questão de mérito não se encontra obstada pela coisa julgada, uma vez que, na primeira ação, a requerida se negou a fornecer o material genético para a realização do referido exame, subsistindo a dúvida sobre a paternidade biológica. Desse modo, concluiu que a ação negatória deve ser admitida, a fim de que seja discutido o direito do autor à realização da prova

genética para o conhecimento da verdade biológica almejada. A Turma, com base nesses fundamentos, deu provimento ao recurso, para determinar o prosseguimento da ação.

*Acórdão n. 1019412, 20150210048840APC, Relator Des. SÉRGIO ROCHA, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/5/2017, Publicado no DJe: 30/5/2017.*

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-350/acao-negatoria-de-paternidade-2014-relativizacao-da-coisa-julgada>

## STJ

**Em sentido oposto, o STJ reafirmou que o reconhecimento espontâneo e o vínculo sócio afetivo impedem a negativa posterior de paternidade:**

Em respeito ao princípio do melhor interesse da criança, a existência de reconhecimento espontâneo da paternidade e de relação afetiva impede a anulação de registro buscada judicialmente pelo pai, ainda que comprovada a ausência de vínculo biológico entre as partes.

O entendimento foi reafirmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar recurso em ação negatória de paternidade na qual um homem alegou que registrou sua filha não biológica por suposta pressão familiar. Após a comprovação da ausência de vínculo biológico por meio de exame de DNA, ele buscou judicialmente a anulação do registro de paternidade e o consequente cancelamento da obrigação de pagamento de pensão alimentícia.

Após decisões desfavoráveis em primeira e segunda instâncias, o pai defendeu, no recurso especial, a existência de vício em seu consentimento, motivo pelo qual não deveria arcar com os encargos materiais da paternidade.

## Dignidade

O relator do recurso, ministro Villas Bôas Cueva, lembrou que a paternidade socioafetiva consubstancia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois permite que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a sua condição social, valorizando, além dos aspectos formais, a verdade real dos fatos.

O ministro também lembrou que as instâncias ordinárias concluíram que o pai registral esteve presente na vida da filha desde o nascimento dela, assim como em datas comemorativas e em outros momentos importantes por mais de dez anos, mesmo que ele pudesse, eventualmente, indagar a origem genética da filha, cuja paternidade assumiu voluntariamente.

“Na hipótese, independentemente das dúvidas que o recorrente pudesse aventar quanto à paternidade da menor, é fato notório que a reconheceu espontaneamente como filha, afastando-se, assim, por óbvio,

o alegado vício de consentimento”, concluiu o ministro ao negar o pedido de anulação de registro de paternidade.

*O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.*

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Turma-reafirma-que-reconhecimento-espont%C3%A2neo-e-v%C3%ADnculo-socioafetivo-impedem-negativa-posterior-de-paternidade](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Turma-reafirma-que-reconhecimento-espont%C3%A2neo-e-v%C3%ADnculo-socioafetivo-impedem-negativa-posterior-de-paternidade)

## Notícias

### STF

O STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e, com isso, afastou a diferença entre a participação do cônjuge e do companheiro para fim sucessório, inclusive em se tratando de uniões homoafetivas.

No julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694, prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que sustentou a equiparação entre as uniões homoafetivas e as ditas uniões “convencionais”, já tratada pelo Supremo. As leis 8.971/1994 e 9.278/1996, já haviam igualado os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável, porém, o Código Civil de 2002, entrou em vigor em 2003 alterando esse quadro.

Como esclareceu o ministro, o código foi fruto de um debate realizado entre os anos 1970 e 1980, ou seja, discussões que não consideraram as várias questões que se colocaram na sociedade posteriormente, o que gerou um retrocesso com a “hierarquização entre as famílias”, o que não é admitido pela Constituição, pois viola princípios como o da igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, sem contar a vedação expressa ao retrocesso.

Defendendo entendimento diverso, no sentido de que a união estável e o casamento são reconhecidos pela Constituição Federal como situações de união familiar, mas não equipara os dois institutos, pois a equiparação seria uma violação da vontade dos indivíduos, uma violação da liberdade ao optar por um ou por outro, os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, ficaram vencidos.

A tese aprovada para fim de repercussão geral foi: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”

A notícia na íntegra pode ser acessada [clikando aqui](#).

## STJ

O Superior Tribunal de Justiça reformou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que autorizava a exploração de poço artesiano, para fim de consumo humano, em área servida pela rede pública de abastecimento.

No caso levado a julgamento, uma entidade beneficente havia solicitado ao Departamento de Recursos Hídricos Estadual a outorga para utilização e regularização de poço artesiano construído em sua sede. O pedido foi indeferido pela Administração com base em lei estadual, que estabelece a possibilidade de exploração de poço artesiano apenas com a finalidade de irrigação.

Diante da negativa, a entidade beneficente entrou com ação no TJRS, que acolheu a pretensão e determinou o prosseguimento do processo administrativo para verificação dos demais requisitos necessários para a outorga.

No STJ o relator do recurso, ministro Francisco Falcão, consignou que “diante da necessidade de preservação do meio ambiente pela utilização racional e controlada dos recursos hídricos, ao admitir a exploração de poço artesiano por particular, para consumo humano, em local onde há rede pública de abastecimento de água, o acórdão recorrido é que afronta injustificadamente a legislação federal que estabelece as normas gerais da política nacional de utilização da água no território brasileiro.”

O acórdão pode ser acessado na íntegra [clikando aqui](#).

## Casos que acompanhamos

Recentemente obtivemos uma liminar importante, que garantiu a cobertura de tratamento domiciliar a beneficiário de plano de saúde que necessita de cuidado intensivo, com a assistência de enfermeiros em período integral e visitas semanais de médicos, fisioterapeutas e fonoaudiólogos.

O juiz Ricardo Hoffman, da 3ª Vara Cível da Comarca de Campinas, estado de São Paulo, determinou à operadora de plano de saúde que implementasse o serviço de home care, com o atendimento a todas as necessidades do paciente, tais como dieta especial, medicações, fraldas, cama hospitalar, entre outros.

A decisão foi publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 05/06/2017 e trata de decisão provisória, que deverá ser ratificada na sentença, da qual ainda caberá recurso. O processo segue, mas o Douto Magistrado antecipou a providência pleiteada ante a possibilidade de dano irreparável por razão da gravidade notória da doença em questão.

Decisão proferida no processo nº 1027089-37.2017.8.26.0114

Link do TJ/SP: <http://www.tjsp.jus.br/Processos>

**Tais Nunes Soares**  
Advogada Cível de LBS - Sociedade de Advogados

Em outro caso acompanhado pela LBS, um agente de segurança público estadual, servidor em regime estatutário, teve sua ação julgada procedente em primeira instância, com o reconhecimento do juiz Adilson Araki Ribeiro, da Vara da Fazenda Pública de Limeira - SP, do direito do autor a ter aumento salarial no percentual de 20% sobre os vencimentos, bem como adicional de periculosidade de 30%, inclusive com o ressarcimento de atrasados, acrescidos de juros de mora e correção, uma vez que o mesmo aumento havia sido concedido a outros agentes, além de não receber o devido adicional de periculosidade, apesar do seu trabalho implicar em exposição a situações de risco, consideradas perigosas.

O D. Juiz fundamentou sua decisão no princípio da igualdade previsto na Constituição Federal, visto que os demais agentes de segurança já haviam sido beneficiados com o aumento, pouco importando se o autor da ação trabalha em localidade diversa dos demais.

Sobre o adicional de periculosidade, o juiz entendeu que o agente está exposto a constante risco e violência porque é responsável diretamente pelas pessoas que adentram o ente público, bem como pelo patrimônio desse, sendo devido o acréscimo salarial à razão de 30% sobre os vencimentos.

A decisão não é definitiva, pois, deverá ser confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão proferida no processo nº 1000122-84.2015.8.26.032

Link do TJ/SP: <http://www.tjsp.jus.br/Processos>

**Tais Nunes Soares**

**Advogada Cível da LBS - Sociedade de Advogados**

**Em Brasília, uma ação monitória em que atuamos pela parte ré foi julgada improcedente.**

No caso, a ré, nossa cliente, foi responsável pela internação da mãe em situação de emergência. Infelizmente a paciente veio a óbito e, embora fosse beneficiária de plano de saúde com o qual o hospital autor mantinha convênio, esse, dois anos após os serviços médicos prestados, ingressou com ação monitória em face da filha da paciente, cobrando valores supostamente decorrentes do tratamento prestado e que supostamente teriam tido cobertura negada pelo plano de saúde, no total de R\$ 44.164,86.

Na sentença, o juiz da 2ª Vara Cível de Taguatinga - DF asseverou que *“o paciente se submete ao tratamento nos estreitos limites da confiança na prescrição médica. E, destaque-se, no caso o consumidor jamais poderia ter conhecimento de que empregou-se material fora do padrão, na medida em que não teve acesso sequer ao orçamento prévio com o detalhamento dos materiais que seriam utilizados. Assim, a eventual litude da negativa de pagamento pela seguradora poderá ser discutida em autos próprios, sendo certo, porém, que o consumidor não deverá arcar com os valores a si imputados”*, e condenou o hospital a pagar em dobro o valor cobrado por meio da ação.

Ainda cabe recurso.

Sentença proferida no processo 2014.07.1.009572-8

Link do TJDF: <http://www.tjdft.jus.br/>

## O que vem por aí

### Registro civil de transexual

O plenário do STF iniciou julgamento de Ação Direita de Inconstitucionalidade em que se discute a possibilidade de alteração de gênero no registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Trata-se da ADI 4275/DF, com relatoria do Min. Marco Aurélio, que teve seu julgamento suspenso após leitura do relatório e as sustentações orais, ainda sem previsão para novo julgamento.

ADI 4275/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7.6.2017. (ADI 4275)

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>

**Gabriela Rocha Gomes**

*Estagiária cível da LBS - Sociedade de Advogados*