

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.495 - SP (2015/0151618-2)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : K R K

ADVOGADO : FABIANO CÉSAR NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP305020

RECORRIDO : R S F

ADVOGADO : MARCELO TRUZZI OTERO E OUTRO(S) - SP130600

INTERES. : J F S K (MENOR)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Recurso de agravo originalmente concluso ao Ministro João Otávio de Noronha em 31 de julho de 2015, redistribuído ao meu gabinete em 29/08/2016.

Decisão determinando a sua reautuação em recurso especial, publicada no dia 30/08/2016.

Cuida-se de recurso especial interposto por K R K, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de Divórcio, precedida de ação cautelar preparatória, com pedidos de fixação de guarda, regime de visitas e partilha do patrimônio, ajuizada por R S F, em face do recorrente.

Em contestação, o recorrente, além de discutir questões patrimoniais (relativas à validade do rol elencado pela recorrida), pleiteou o deferimento de guarda compartilhada sobre o filho comum do casal.

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos em sede cautelar, e na ação principal, para decretar o divórcio do casal, fixando a guarda do filho menor à mãe-recorrida e regulando o direito de visita do pai ao filho.

Acórdão: negou provimento ao duplo recurso, em acórdão assim ementado:

GUARDA E VISITAS – Guarda atribuída à mãe com direito de visitas ao pai – Genitor requer a fixação de guarda compartilhada e genitora o suprimimento de pernoite às quarta feiras – Guarda compartilhada inadmissível

Superior Tribunal de Justiça

pelo descompasso dos pais – Pernoite favorável à criança – Estudos sociais e psicológicos que demonstram o acerto da decisão proferida – Recursos desprovidos.

Recurso especial: contra esse acórdão, interpõe-se o presente recurso especial, calcado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, onde se aponta a violação do art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que:

Tanto a sentença quanto o acórdão ignoraram os elementos dos autos que apontam o recorrente – pai do menor – como pessoa responsável e apta a cuidar do seu filho, em guarda compartilhada, decisão que igualmente afronta o comando legal e dissente de outros julgados que apontam para a imposição da fixação da guarda compartilhada.

Às fls. 1151/1157, parecer do MPF, de lavra do Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, pelo provimento do agravo em recurso especial e, no mérito deste, pelo seu provimento.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.495 - SP (2015/0151618-2)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : K R K

ADVOGADO : FABIANO CÉSAR NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP305020

RECORRIDO : R S F

ADVOGADO : MARCELO TRUZZI OTERO E OUTRO(S) - SP130600

INTERES. : J F S K (MENOR)

VOTO

Cinge-se a controvérsia em dizer se, à luz da atual redação do art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, é possível ao julgador indeferir pedido de guarda compartilhada, sem a demonstração cabal de que um dos ex-cônjuges, não está apto a exercer o poder familiar.

I - Lineamentos sobre a doutrina e a jurisprudência do STJ para o tema

01. No agora já distante ano de 2011, esta Turma inaugurou o, à época, vanguardista posicionamento a favor da guarda compartilhada, como o ideal a ser buscado na criação dos filhos, pós-divórcio.

02. Essa linha jurisprudencial vencia a ideia reinante de que os filhos, de regra, deveriam ficar com a mãe, restringindo-se a participação dos pais a circunstâncias episódicas que, na prática, acabavam por desidratar a legítima e necessária atuação do cônjuge que não detinha a custódia física – normalmente o pai –, fazendo deste um mero coadjuvante na criação dos filhos.

03. O sistema que ainda era vigente na dominante jurisprudência nacional, espelhava, com evidente descompasso histórico, a ultrapassada sociedade patriarcal e os seus padrões, que foram, no entanto, superados por uma nova postura social, albergada pelo texto constitucional de 1988, o qual definiu novos parâmetros para as relações intrafamiliares, como a paternidade responsável; a igualdade entre os gêneros; a preservação, para a criança e, ao adolescente, dos valores imateriais necessários ao seu desenvolvimento sadio (dignidade, convivência familiar e proteção contra a

negligência).

04. Mas não foi apenas as alterações sociais que marcaram essa inflexão nas relações familiares, notadamente, na guarda dos filhos pós-divórcio.

05. Paralela a essa evolução do pensamento jurídico, ocorreu também a crescente percepção de qual, efetivamente, é o bem jurídico a ser perseguido na fixação do sistema de guarda: **o melhor interesse do menor**.

06. Mais do que isso! Estudos e observações cotidianas, de há muito vem confirmando o que já era intuitivamente depreendido: que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

07. Nessa linha, afirma Marlise B. Scretas:

Na sociedade moderna, a divisão de tarefas dentro de uma família entre seus membros e a especial atenção que os pais dedicam à prole é medida necessária para garantir a funcionalidade e o sucesso da intermediação entre a família e o mundo social.

A convivência com ambos os genitores propicia o desenvolvimento potencialmente sadio da criança, possibilitando a esta vivenciar modelos diferenciados com cada um dos adultos que a assistem, enriquecendo suas relações e seu mundo interno.

Os conflitos de lealdade entre pais e filhos, que são contumazes em situações de separação, são desta forma mitigados, o sentimento de exclusão do genitor preterido na guarda unilateral dá lugar ao favorecimento de maior intimidade entre pais e filhos, bem como a possibilidade de um convívio mais centrado na criança e não nas dificuldades do casal.

08. Essa nova visão do que seria o ideal na criação de filhos, em caso de divórcio, começou, mesmo que timidamente, a receber reflexos da legislação e também da jurisprudência, como o que era expresso na original redação do art. 1.584 do vigente Código Civil, que fixava a atribuição da guarda dos filhos, em caso de separação ou divórcio, “(...) a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

09. Esse mesmo artigo, com a alteração trazida pela Lei 11.698/2008, passou a acolher a possibilidade de guarda compartilhada, fato louvado por boa parte da doutrina e, por óbvio, por uma parcela significativa de pais, que até então, apesar de desejarem participar ativamente do cuidado com a prole, apenas com o beneplácito da

Superior Tribunal de Justiça

cônjuge que detinha a guarda, conseguiam fazê-lo.

10. E foi nesse cenário que o referido voto desta Turma tomou proporção nacional, fazendo do então vigente art. 1.584, § 2º, do Código Civil, uma regra, e não apenas mais uma possibilidade a ser aplicada sob o talante do julgador.

11. No entanto, após esse julgamento, e do Recurso Especial 1428596/RS, também de minha relatoria, a jurisprudência do STJ, e igualmente desta Turma, começou a pendular entre a intransigente defesa da guarda compartilhada, mesmo sem consenso e a admissão de que, reconhecendo o Tribunal de origem, a inviabilidade de implantação da guarda compartilhada por falta de consenso, a matéria seria infensa à nova apreciação, por meio de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

12. Uma terceira linha também surgiu para, mesmo em sede de recurso especial, fixar a inviabilidade da guarda compartilhada quando o conflito entre os genitores/ascendentes fossem de significativa monta.

13. Exemplos desses posicionamentos, são, respectivamente: o recurso especial 1.560.594, o recurso especial 1.495.479 e o recurso especial 1.417.868/MG, que recebera as seguintes ementas:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS.

FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART.

1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14.

2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados.

Precedentes e doutrina sobre o tema.

3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória.

4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 1560594/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REQUERIMENTO. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS.

REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Inviável, em recurso especial, modificar o acórdão recorrido que, apreciando as peculiaridades fáticas da causa e o interesse do menor, concluiu pela improcedência do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame de provas, o que é vedado, nos termos da Súmula nº 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1495479/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 16/11/2015)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).

2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um.

Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).

3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1417868/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 10/06/2016)

14. Desgarrado do debate relativo à necessidade do consenso, de se destacar que esta Turma também apreciou a questão sob o melhor interesse do menor, frente a um obstáculo de ordem prática: a distância geográfica entre os ascendentes

Superior Tribunal de Justiça

15. Nesse último sentido, cita-se recente julgado desta Turma (REsp 1605477/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA), que recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS.

IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.

2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação.

3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes.

4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1605477/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 27/06/2016)

II – O pedido de guarda compartilhada sem consenso, e a redação da Lei 13.058/2014

16. Apesar das variações no posicionamento jurisprudencial desta Casa, a postura inicialmente tomada por esta Turma, no julgamento do Resp 1.251.000 foi posteriormente traduzida em lei (Lei 13.058/2014), que alterou, entre outros, o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

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.

17. Da exposição de motivos dessa alteração legislativa, colhe-se a justificativa apresentada pelo Relator do anteprojeto:

Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as

relações de parentesco “marido / esposa” da relação “Pai / Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade.

Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como “arma” contra o ex-cônjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental.

18. De se notar, do trecho pinçado, a preocupação do legislador com a efetividade da fixação da guarda compartilhada, que foi a mesma traduzida por esta Turma no julgamento do *leading case* citado: impedir que um dos ascendentes, normalmente aquele que já detém a guarda, mantenha uma situação de conflito para impedir a consecução do ideal perseguido da guarda compartilhada.

19. No entanto, apesar do evidente objetivo dos legisladores, fixado tão claramente no texto da Lei, como se pode observar da jurisprudência deste próprio STJ, coligida anteriormente, perdura ainda hoje o debate sobre a conveniência/possibilidade de se estatuir a guarda compartilhada na ausência de consenso – entenda-se: quando um dos ascendentes recusa a implantação da fórmula, no período pós-separação.

20. Repito então, ainda sem brandir diretamente o claro texto de lei, o que já venho afirmando desde o primeiro julgamento desta questão: **que esse empeco é, de**

regra, artificialmente criado por um dos ascendentes, normalmente por aquele que detém uma guarda unilateral provisória.

21. E nesse cenário, que infelizmente é o usual, cria-se uma nefanda distorção em nome do superior interesse do menor:

22. Os julgadores, diante de um conflito exacerbado entre os genitores/ascendentes, vislumbram que aquela situação conflitiva, perdurando no tempo e no espaço, poderá gerar uma situação de grave estresse para a criança/adolescente e optam por recorrer à histórica fórmula da guarda unilateral, pois nela a criança/adolescente conseguirá “ter um tranquilo desenvolvimento”

23. Ignora-se, contudo, nesse cenário que, primeiro: o “tranquilo desenvolvido” é, na verdade, um tranquilo desenvolvimento incompleto, social e psicologicamente falando, pois suprime do menor um ativo que é seu por direito: o convívio com ambos os ascendentes.

24. Segundo: que o genitor/ascendente, que se bate contra a guarda compartilhada, salvo nas exceções que serão declinadas adiante, é aquele que, primariamente, vitupera o superior interesse do menor, seu filho.

25. Essa conclusão é impactante, mas a outra não se pode chegar, pois salvo quando houver fundadas razões para se opor a que o antigo cônjuge/companheiro partilhe a guarda da prole comum, o ascendente que intransigentemente nega a seu filho um convívio mais íntimo com o outro ascendente, age dando primazia aos seus interesses, sem considerar a intuitiva e, cientificamente comprovada, necessidade do referencial binário para uma perfeita formação.

26. E assim, em um momento de fragilidade da prole advinda da ruptura conjugal de seus ascendentes, quer lhe acrescer, às naturais agruras de uma separação, a ausência de contato com o outro ascendente e todas as vantagens, para a o desenvolvimento da criança e do adolescente, que daí adviriam.

27. Nessa toada, não subsiste, em um cenário de oposição à guarda compartilhada, frágeis argumentos unilaterais desprovidos de prova cabal, que dariam conta da inépcia (geralmente masculina) no trato da prole.

28. Se um genitor busca a guarda compartilhada, despendendo dizer que ele ama o filho e buscará, nos limites de suas capacidades, proporcionar a essa criança ou adolescente, o melhor que pode dar em termos de cuidado e amor.

29. Se assim o é, por que a continuidade, para quem não busca, prioritariamente, os superiores interesses da prole, da primazia sobre a escolha da guarda unilateral e, obviamente, daquele que deve exercê-la?

30. Respondendo a essas questões, e com o com o objetivo de se superar, definitivamente, esse artificial empecilho (falta de consenso), para além de tão somente se pugnar pela primazia da guarda compartilhada, o novel § 2º do art. 1.584, do Código Civil estatuiu que: **“Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho (...) será aplicada a guarda compartilhada”**.

31. O texto legal irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, *salvo se um dos genitores* [ascendentes] *declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor* (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

32. Por óbvio, como dita a cautela, essa regra não ignorou as situações da vida real, os problemas e dificuldades decorrentes da implantação da guarda compartilhada, mas apenas afirmou que ela deverá ser implantada.

33. O que se quer dizer com isso, é que os moldes em que o juízo de piso definirá, em caso de conflito insuperável entre os ascendentes, as bases da guarda compartilhada, obedecerá a princípios como o superior interesse do menor; o equilíbrio, sempre que possível, no tempo de convívio entre os pais; o parecer /orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, entre outros.

34. Esses elementos, isolados, ou ponderados em conjunto, definirão, não o tipo de guarda, que de regra deverá ser a compartilhada, mas a fórmula como ela ocorrerá, em uma situação específica.

35. Vale aqui o alerta, de que nessa definição, não devem os julgadores

Superior Tribunal de Justiça

privilegiar o detentor de uma prévia guarda unilateral (provisória ou não) que se bate, sistematicamente, contra a concretização da guarda compartilhada.

36. Ao revés, deve se valer da possibilidade de reduzir as prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda, em verdadeiro processo educativo, até que se amaine a irrazoável oposição, momento em que a relação (guarda compartilhada) poderá novamente ser equilibrada, sempre zelando pelo, e visando o bem-estar do menor.

37. Tampouco a preexistência de um convívio exclusivo ou majoritariamente predominante, entre o menor e apenas um de seus genitores, poderá ser usado como óbice à implantação da guarda compartilhada.

38. Com as cautelas que exigem o superior interesse do menor, que repito, é dado pela presunção *juris tantum* de que seja atendido pela guarda compartilhada, nessas hipóteses, ou em outras mais que se mostrem necessárias, poderá haver progressiva implantação do novo sistema de guarda.

39. É isso que se espera do Estado-Juiz na situação ora posta: **o não apaniguar de uma situação evidentemente injusta**, caracterizada pela circunstância de um dos ascendentes impedir, com o acirramento dos ânimos, ou subtração do menor, o lícito interesse do filho de conviver com o outro genitor/ascendente.

40. Note-se, por fim, que a guarda compartilhada poderá ser enjeitada de plano pelo juiz, quando for infirmada a presunção *juris tantum*, anteriormente fixada.

41. No entanto, o texto legal vincula, em interpretação *contrario sensu* do art. 1.584, § 2º, do CC, o afastamento dessa presunção apenas à hipótese de inaptidão para o exercício da guarda, por parte de um dos ascendentes, pleito que deverá ser pedido e provado previamente, ou mesmo incidentalmente, no curso da ação que pede a implantação da guarda compartilhada.

42. Fora desses estreitos lindes, impõe-se que prevaleça, tanto pela força impositiva do texto legal, quanto pelos evidentes benefícios para a crescente prole de ex-casais, a obrigação da guarda compartilhada.

43. Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para cassar o acórdão e determinar o retorno do processo ao juízo de piso para, diante de

Superior Tribunal de Justiça

criteriosa avaliação psicossocial dos litigantes e do menor, estabelecer os termos da guarda compartilhada, calcado no disposto no art. 1.584, § 3º, do Código Civil.