



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.605.477 - RS (2016/0061190-9)
RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por S. L. da C. Z., fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI Nº 13.058/2014. ALIMENTOS. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. No entanto, pelo menos por ora, tendo em vista, principalmente, a distância entre as cidades de residência dos genitores, descabido o estabelecimento da guarda compartilhada. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO" (e-STJ fl. 180 - grifou-se).

Nas razões do agravo de instrumento (e-STJ fls. 1-19), o genitor limita-se a tecer considerações acerca da guarda compartilhada, não obstante, ao final, pugne pela inversão da guarda de suas filhas a seu favor, tendo em vista residirem em local distinto daquele cuja guarda foi deferida à mãe nos autos da ação de dissolução de sociedade de fato combinada com alimentos.

O recurso não foi provido nos termos da supracitada ementa.

No recurso especial, o recorrente alega violação dos arts. 1.583, 1.584, § 2º, 1.585 e 1.634, V, do Código Civil, ao argumento de que deve ser deferido o pedido de guarda compartilhada das filhas do casal. Afirma ter mantido união estável por 12 (doze) anos com a recorrida, com quem tem teve as filhas gêmeas, e que desde 2011 viviam em Criciúma/SC, mas que, após a separação do casal, em julho de 2014, a genitora se mudou para Guaíba/RS, sem a anuência do recorrente, *"agindo em evidente ato de alienação parental, afastando as duas filhas do pai, desrespeitando totalmente o poder familiar que também é exercido pelo genitor"* (e-STJ fl. 196).

Reclama, nos limites disponíveis no caso concreto, em virtude da distância entre os estados (Santa Catarina e Rio Grande do Sul), que seja dada vigência à nova Lei da Guarda Compartilhada, aplicando-se a regra, pois o fato de os genitores morarem em estados diferentes não afastaria a aplicabilidade da guarda compartilhada, mas apenas dificultaria o exercício em conjunto da guarda física das crianças (e-STJ fl. 199).

Por fim, requer, à luz do princípio do melhor interesse da criança, a ampliação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período do convívio entre as filhas e o genitor que está em outra comarca, haja vista que, no momento, somente foi permitida, injustificadamente, a "visitação quinzenal", o que contraria a função da parentalidade e a regra da guarda compartilhada.

Sem as contrarrazões, foi negado seguimento ao recurso especial, ascendendo os autos por força de decisão em agravo.

O Ministério Público Federal opina, por meio do seu representante legal, o Procurador Regional da República da 2ª Região no exercício das funções de Subprocurador-Geral da República, Flávio Paixão de Moura Júnior, pelo não provimento do recurso especial nos moldes do parecer que guarda a seguinte ementa:

"AGRAVO NOS AUTOS – RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C GUARDA E ALIMENTOS – GUARDA UNILATERAL PROVISÓRIA ATRIBUÍDA À MÃE – GENITORES QUE RESIDEM EM COMARCAS DIFERENTES – ALEGAÇÕES DE VIOLÊNCIA E ALIENAÇÃO PARENTAL – PRETENSÃO DO AGRAVANTE À GUARDA COMPARTILHADA – NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 1.583 E 1.584 DO CC (LEI 13.058/2014) – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS – PERMANÊNCIA DAS MENORES COM A MÃE – MELHOR ATENDIMENTO AOS INTERESSES DAS CRIANÇAS – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7-STJ – PRECEDENTES DO STJ – PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO" (e-STJ fl. 264).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.605.477 - RS (2016/0061190-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): O recurso não merece prosperar.

No caso concreto, as filhas do ex-casal moram com a genitora na cidade de Guaíba, Estado do Rio Grande do Sul, enquanto o pai habita a cidade de Criciúma, no Estado de Santa Catarina.

Não se desconhece que atualmente a guarda compartilhada tem primazia no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em virtude da redação estabelecida pelas Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014.

Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes desta Corte:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. 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.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido" (REsp 1.428.596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 25/06/2014).

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

(...) 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido" (REsp 1.251.000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011 - grifou-se).

De fato, o instituto da guarda compartilhada é o regime preferencial na atualidade, modelo para incentivar o pleno desenvolvimento familiar das crianças. E, como se afere da jurisprudência desta Corte, não há necessidade de consenso entre os genitores, ainda que sejam acentuadas as divergências pessoais entre as partes, sob pena de inviabilizar sua implementação.

No mundo ideal, para que a guarda seja proveitosa para os filhos seria imprescindível que existisse entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não se identificassem disputas nem conflitos. Porém, por óbvio, tal realidade não é usual nos litígios envolvendo questões de família. Assim, a guarda compartilhada passou a ser a regra, independentemente de concordância entre os genitores acerca de sua necessidade.

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

Todavia, no caso concreto, há peculiaridades que inviabilizam sua adoção, a saber: a dificuldade geográfica e o princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, em princípio, sua efetivação.

Na hipótese, a modificação da rotina da crianças, ou até mesmo a possível alternância de residência, impactaria drasticamente a vida das menores. Por exemplo, não é factível vislumbrar que as crianças, porventura, estudassem alternativamente em colégios distintos a cada semana ou que frequentassem cursos a cada 15 (quinze) dias quando estivessem com o pai ou com a mãe. Tal impasse é insuperável na via judicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, como bem acentuado pela Ministra Nancy Andrighi no já mencionado REsp nº 1.428.596/RS (DJe 25/06/2014), deve-se conceder às partes o *"direito de provar a existência de empeco insuperável à guarda compartilhada, decorrente de condições sociais, geográficas, ou pessoais de um dos genitores, nunca se afastar a guarda compartilhada por falta de consenso"* (grifou-se).

Observa-se que o § 3º do art. 1.583 do Código Civil/2002, modificado pela Lei nº 13.058, dispõe que *"na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos"*. Na hipótese vertente, é o domicílio da genitora que melhor atende a tal intento.

Acerca do tema:

"(...) No que tange a tal organização, a Lei 13.058/2014 deu nova redação ao § 3º do art. 1.584, que facultou ao juiz basear-se em estudo técnico-profissional para se orientar quanto à convivência entre os pais, com vistas a uma divisão equilibrada do tempo dos filhos. Note-se que a lei não diz igualitária, pois afinal, a arquitetura da rotina dos menores deverá seguir os seus interesses e não uma divisão que necessariamente deva ser equânime entre os pais. Prova de tal afirmativa é a fixação da moradia dos filhos, que deve ser norteadada pelo interesse desses; se a divisão de tempo fosse obrigatoriamente igualitária, a moradia deveria ser fixada na casa de ambos, o que não é a orientação legal. (Ana Carolina Brochado Teixeira. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. in Guarda compartilhada. Coordenadores Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado 2ª Edição. São Paulo: Método, 2016, págs. 34-35 - grifou-se)

Cite-se, por oportuno, o teor do parecer do Ministério Público estadual que opinou pelo não provimento do agravo de instrumento interposto na origem:

"(...) É cediço que, com advento da Lei nº 13.058/14, o regime legal a ser adotado, em tese, seria o da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os genitores, o que ocorre no caso.

No entanto, a legislação deve ser analisada sob o viés constitucional.

Isto é, constatando-se que a guarda compartilhada pode não vir a atender o melhor interesse do menor, não há óbice para que sua aplicação seja mitigada.

(...) No caso dos autos, não parece assistir razão ao agravante ao sustentar a possibilidade do regime compartilhado, ante a forte litigiosidade que atinge o casal genitor. Basta ver, nesse sentido, as acusações de violência e de alienação parental.

Ademais, cumpre referir que os genitores residem em Comarcas distantes, sendo que a recorrida em Guaíba e o recorrente em Criciúma/SC, o que por certo dificultaria ainda mais, ou até mesmo inviabilizaria, o exercício da guarda compartilhada.

Considerando, pois, que as filhas residem com a genitora desde a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

separação de corpos do casal, e que as gêmeas contam apenas 06 anos de idade (fls. 78/79), prudente a decisão recorrida ao deferir a guarda provisória à agravada, ao menos até que se proceda à instrução do feito" (e-STJ fls. 169-171 - grifou-se).

Ademais, as conclusões do Tribunal de origem acerca do mérito da demanda decorreram inquestionavelmente da análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, o que se pode verificar da leitura dos fundamentos do julgado atacado, que ora se colaciona, na parte que interessa:

"(...) O § 2º, do art. 1.584 do Código Civil determina que não havendo consenso entre os pais a guarda será compartilhada a menos que um dos genitores expresse a sua negativa em exercê-la.

Ademais, da leitura da nova legislação, também se depreende que a fixação da guarda somente ocorrerá sem a ouvida da parte contrária em casos de necessária preservação do melhor interesse da criança.

Circunstância que não se visualiza no caso concreto.

Da leitura da decisão agravada, vejo que a guarda foi concedida à mãe em respeito à situação de fato, mas principalmente em razão da impossibilidade prática do pedido, uma vez que os genitores moram em cidades distantes. Assim, deve ser mantida a decisão agravada, pelo menos por ora.

Além disso, colaciono o parecer do Ministério Público:

'Não merece provimento a inconformidade.

Pretende o recorrente a reforma da decisão recorrida para que seja estabelecida desde já a guarda compartilhada das filhas M. e H., fixando a residência do genitor como lar de referência para ambas, e deferida a fixação de alimentos in natura.

Não assiste razão ao agravante. É cediço que, com advento da Lei nº 13.058/14, o regime legal a ser adotado, em tese, seria o da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os genitores, o que ocorre no caso.

No entanto, a legislação deve ser analisada sob o viés constitucional.

Isto é, constatando-se que a guarda compartilhada pode não vir a atender o melhor interesse do menor, não há óbice para que sua aplicação seja mitigada (...)

No caso dos autos, não parece assistir razão ao agravante ao sustentar a possibilidade do regime compartilhado, ante a forte litigiosidade que atinge o casal genitor. Basta ver, nesse sentido, as acusações de violência e de alienação parental.

Ademais, cumpre referir que os genitores residem em Comarcas distantes, sendo que a recorrida em Guaíba e o recorrente em Criciúma/SC, o que por certo dificultaria ainda mais, ou até mesmo inviabilizaria, o exercício da guarda compartilhada.

Considerando, pois, que as filhas residem com a genitora desde a separação de corpos do casal, e que as gêmeas contam apenas 06 anos de idade fls. 78/79), prudente a decisão recorrida ao deferir a guarda provisória à agravada, ao menos até que se proceda à instrução do feito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao pedido de fixação de alimentos in natura, melhor sorte não assiste ao recorrente, uma vez que é de responsabilidade da guardiã a administração dos valores que lhe são repassados (...)'

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso" (e-STJ fls. 182-186 - grifou-se).

Rever tais conclusões demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

No mesmo sentido é o parecer do órgão ministerial:

"(...) Essa inteligência deve aplicar-se integralmente ao presente recurso, eis que da leitura da decisão agravada é possível aferir que o indeferimento da guarda compartilhada se deu também com base na 'forte litigiosidade que atinge o casal genitor' (e-STJ Fl.184/5), o que evidencia muito claramente a necessidade de se reavaliar provas sobre circunstâncias de fato produzidas no processo originário" (e-STJ fl. 266 - grifou-se).

Registre-se, ainda, ser relevante que as filhas do ex-casal recebam o carinho e atenção de ambos os genitores, que devem buscar as medidas possíveis para permitir a convivência harmoniosa e próxima com as filhas, o que é importante referencial para a sua formação. O que se deve almejar, em qualquer conflito dessa natureza, é o engajamento mútuo dos pais no atendimento aos deveres e direitos inerentes ao poder familiar.

As partes deverão estabelecer concessões e adequações de diversas ordens para permitir que as filhas gêmeas possam usufruir do ideal psicológico de duplo referencial. O pai, mercê do distanciamento físico, não deve ser alijado de participar minimamente do cotidiano das filhas, ainda que, a princípio, a guarda compartilhada como se conhece, esteja impossibilitada no presente feito. Aliás, consigne-se o lógico, o poder familiar paterno encontra-se preservado, independentemente da separação da ex-companheira, já que não há falar em perda do então denominado pátrio poder após o término da sociedade conjugal (arts. 1.579 e 1.632 do CC/2002).

A despeito da distância física, há como estabelecer conexões, por meio de recursos tecnológicos, de modo a ensejar que as crianças tenham presente a figura paterna. O fato de não se permitir a guarda compartilhada por absoluta impossibilidade física não quer dizer que as partes não devam tentar superar o distanciamento e eventuais desentendimentos pessoais em prol do bem estar das filhas. A forte litigiosidade afirmada no acórdão deve ser superada para permitir a conformação mínima dos interesses legítimos de todos os membros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

família.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.