

A Convivência Familiar como Pressuposto Inadiável para o Desenvolvimento Saudável dos Filhos – O Estado da Arte Brasileiro e as Decisões Judiciais em Tempos de Pandemia

Renata Mendes Santa Maria Machado¹; Eliza Cerutti²

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde definiu como pandemia a contaminação pelo Coronavírus. Não tardou para que o Brasil passasse a adotar medidas de prevenção. As crianças e os adolescentes não restaram incólumes, pois o medo e as incertezas causadas pelo desconhecido levaram a desacertos no que se refere à convivência com os pais com quem não residem, pois isso poderia se mostrar incompatível com o imposto distanciamento social.

A hipótese do presente ensaio é de que os esforços envidados no Brasil na última década, pela valorização de ambos os pais como figuras de cuidado por meio do incentivo à guarda compartilhada, propiciou um importante avanço social, ocasionando que, mesmo durante a Pandemia, a convivência dos filhos com seus pais não fosse sobremaneira comprometida ante as medidas de distanciamento social.

Adotando como ponto de partida as mudanças legislativas e o debate em torno dos conceitos de autoridade parental, guarda e convivência; passando pela abordagem da importância do par parental e das vivências em família na estruturação da integridade das crianças; chega-se ao cenário da Pandemia e de como os Tribunais brasileiros vem conseguindo assegurar a preservação dos vínculos familiares, o que se ilustra por meio de uma decisão considerada emblemática nesse sentido.

As discussões acerca do instituto de guarda ganharam relevância no Brasil na última década, revelando-se um tema complexo e controvertido. O debate perpassou o conteúdo jurídico dos conceitos de autoridade parental e guarda para concluir, enfim, que sob uma perspectiva funcional, é na convivência familiar que se encontra o elemento de concretização da coparticipação dos pais na criação e educação dos filhos.

Considerando que é do poder parental que emanam as prerrogativas de participação e decisão sobre a vida dos filhos (Tepedino, 2004: 305), o qual, no Brasil, é preservado após o divórcio, se poderia até mesmo sustentar o esvaziamento do instituto da guarda no Direito brasileiro (Tepedino, 2020:294). Entretanto, não se pode negar que na perspectiva prática, o não guardião pode encontrar limitações de convívio cotidianamente com o filho, perdendo espaço de participação em relação ao guardião. Daí emerge a relevância da discussão ocorrida no Brasil quanto aos efeitos da guarda compartilhada.

Tradicionalmente, a guarda era conferida àquele que comprovasse ser inocente na separação, ainda que não detivesse as melhores condições de exercê-la. Tratava-se de um sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito, em detrimento dos filhos (Lobo, 2008: 168). As diretrizes principiológicas contidas na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente encontraram eco na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/1990, colocando os filhos menores de idade em posição de protagonismo nas relações sociais e familiares.

Resultado dessa mudança de perspectiva, o Código Civil brasileiro extirpou a relação entre guarda e culpa pelo fim do casamento, dispondo que aquela seria exercida por quem demonstrasse melhores condições. Pelo senso comum da época e ainda hoje vigente, essa figura estava centrada na pessoa da mãe.

Como reação a esse modelo e pela transformação das famílias e da própria sociedade, passou-se a incentivar a corresponsabilidade parental, e um dos caminhos para isso foi o reforço da guarda compartilhada como formato preferencial. Assim, a lei 11.698/2008 alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro, estabelecendo que, em não havendo acordo entre os pais, sempre que possível, a guarda seria compartilhada. Contudo, a expressão “sempre que possível” passou a ser adotada como escusa para não fixação deste formato, pois se presumia que eventuais desentendimentos entre os pais resultariam prejudiciais aos filhos.

¹ Mestre em Direito. Advogada sócia de Mônica Guazzelli, Cerutti, Santa Maria Advogadas, Brasil.
E-mail: renata@monicaguazzelli.com.br

² Mestre em Direito, Advogada no escritório Mônica Guazzelli, Cerutti & Santa Maria Advogadas, Brasil.
E-mail: eliza@monicaguazzelli.com.br

Percebendo-se que o objetivo perseguido com a alteração legislativa de 2008 não havia cumprido o seu propósito de fomentar e incentivar a corresponsabilização dos pais por meio do compartilhamento da guarda, entrou em vigor a Lei 13.058/2014. A fim de aparar arestas interpretativas, o legislador foi ainda mais claro, dispondo que quando não houver acordo entre os pais, “será aplicada” a guarda compartilhada. Não fosse suficiente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n.º 25/2016, reforçando aos magistrados que adotassem a guarda compartilhada como regra e dispondo que a decretação da guarda unilateral deveria ser justificada, equanto formato secundário e supletivo.

As alterações legislativas ocorridas no Brasil, ao trazerem a guarda compartilhada como a regra e formato preferencial, tinham como principal objetivo incentivar a corresponsabilização dos pais na criação de seus filhos, o que está relacionado, naturalmente, à ampliação da convivência cotidiana. Embora o número de concessões de guarda compartilhada seja ainda reduzido, foi possível perceber um aumento considerável após as sucessivas mudanças legislativas, visto que triplicou em apenas três anos (7,5% em 2014 contra 20,9% em 2017)³.

A despeito disso, o debate da guarda compartilhada nos últimos anos teve caráter pedagógico relevante, pois vem transformando a realidade social ao trazer protagonismo a ambos os pais na criação e educação dos filhos, tornando-os também cotidianamente mais próximos. Graças a essa longa caminhada histórico-legislativa, quando o mundo enfrenta a crise devido à Pandemia do Coronavírus, já estava arraigada no Brasil a compreensão de que uma decisão que se pretenda autêntica deverá preservar a convivência com ambos os pais, na melhor medida possível (guardadas as peculiaridades do caso).

Poder-se-ia supor que a suspensão da convivência com um dos pais durante a quarentena seria protetiva da criança, minimizando os riscos de contaminação. Contudo, a priori, não parece possível associar a interrupção do convívio com benefícios à saúde das crianças; pelo contrário, decisões neste sentido acabam por negligenciar a importância do convívio familiar como elemento estruturante da integridade da criança.

Sem embargo, é na convivência com as figuras parentais que se estabelecem as lições primeiras de afeto, o reconhecimento do outro, o estabelecimento de limites, aspectos centrais da formação do indivíduo e, por isso mesmo, improrrogáveis.

À luz da abordagem sistêmica, tem-se que o indivíduo se autoproduz a partir das interações sociais, transcendendo sua determinação biológica. Vale dizer, somos influenciados pelo ambiente, como um sistema que realiza trocas contínuas, ser perder a unidade, mas com a capacidade de construção e reconstrução do nosso modo de ser no mundo a partir do que vivenciamos.

Como nos ensinam Humberto Maturana e Francisco Varela:

[...] cada criança será o ser humano que sua história configura em um processo de epigênese no qual aquilo que se passa surge na transformação da estrutura inicial de maneira contingente a história do viver em que a criança e a circunstância se transformam juntos de maneira congruente. [...]. Cada um de nós é e será, de uma ou de outra maneira, de acordo com aquilo que vivermos (Maturana, 1997: 237).

Todo ato humano ocorre na linguagem. Toda ação na linguagem produz o mundo que se cria com os outros, no ato de convivência que dá origem ao humano. (...) Qualquer coisa que destrua ou limite a aceitação do outro, desde a competição até a posse da verdade, passando pela certeza ideológica, destrói ou limita o acontecimento do fenômeno social. Portanto, destrói também o ser humano, porque elimina o processo biológico que o gera (Maturana y Varela, 2001: 269).

Assim, compreendendo que as figuras parentais compõem, quase sempre, o primeiro entorno da criança, o afastamento da interação presencial com um deles, por ocasião da atual situação de crise ou de quaisquer outras circunstâncias, deve ser visto com ressalvas, eis que não passará incólume na formação do indivíduo.

Como descrito por François Ost:

Num contexto onde tudo parece negociável, onde toda a pertença é sentida como um constrangimento, é preciso rendermo-nos à evidência: os elos intergeracionais não são permutáveis, nem estão disponíveis. Em relação a eles, continua a valorizar-se a incondicionalidade e a estabilidade (Ost, 1999: 388).

A própria forma de enfrentamento de cada um dos pais no momento de crise é lição fundamental para os filhos e não pode ser adiada, em nome da aparente proteção à saúde. As vivências da criança, no período de quarentena, podem ser especialmente ricas, eis que, estando suspensas boa parte das atividades de que se ocupam os pais e os filhos, resta a interação profunda e intensa, espaço para descoberta de novos interesses, para a partilha de medos e angústias e para a também importante materialização de conflitos.

O Direito à saúde das crianças, argumento por vezes adotado para obstaculizar o direito à convivência, estará preservado se e quando ambos os pais adotam as medidas de higiene e de isolamento determinadas pelas autoridades de saúde. Há de se ter presente, ainda, que a circunstância de isolamento social estabelecida no Brasil já perdura desde

³ Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/concessao-de-guarda-compartilhada-triplica-em-tres-anos-diz-ibge-31102018>. Acesso em 16/05/2020.

março de 2020 e tende a se estender ao longo do ano, o que tornaria ainda mais nefasta a suspensão da convivência com um dos pais.

No âmbito jurídico brasileiro, pode-se considerar a suspensão da convivência com um dos pais verdadeiro retrocesso no núcleo essencial já alcançado dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A convivência presencial com o pai e com a mãe, por integral o núcleo essencial dos direitos da criança, só poderá admitir relativização em casos concretos excepcionais, nos quais o prejuízo à saúde se mostre iminente e não potencial.

Em que pese a evolução legal, os julgados brasileiros ilustram entendimentos diversos no que se refere à convivência familiar das crianças com os pais durante a pandemia da COVID-19. Alguns situam o direito à convivência com a figura parental não residente como exposição desnecessária do menor ao risco, o que, em nosso sentir, se mostra, sobremaneira, desconectado dos princípios e das normas vigentes no sistema jurídico brasileiro, abordados no início deste texto.

Como ensina Lênio Streck, a respeito da atividade hermenêutica, ainda que o intérprete atribua sentido à norma, isso não significa que esteja autorizado a atribuir sentidos arbitrariamente, sob pena de estar a hermenêutica jurídica condenada a um “decisionismo irracionalista” (Streck, 2004: 312-313).

Outras decisões dos Tribunais Brasileiros, no entanto, se mostram bastante sensíveis às questões aqui apresentadas. Neste sentido, destaca-se importante decisão proferida no processo nº 5011439-94.2019.8.21.0001, do Estado do Rio Grande do Sul, no qual, após anos de completo distanciamento entre pai e filha, restou autorizada a retomada da convivência, exatamente no início da imposição de distanciamento social. Por ocasião do início da quarentena, a mãe solicitou a interrupção da convivência, para supostamente proteger a criança de eventual risco de contágio. Entretanto, a convivência foi preservada e, inclusive, ampliada, por reputar-se imprescindível o vínculo para o desenvolvimento psicossocial da infante, como bem fundamentou a magistrada responsável pelo caso:

... no tocante ao questionamento da genitora acerca da pandemia do COVID-19, embora não se desconheça o cenário excepcional que todo o mundo está passando - com os efeitos do coronavírus -, considerando que (...) não apresenta problema de saúde, incumbe ao pai e à profissional responsável pelo acompanhamento das visitas adotar todas as recomendações do Ministério da Saúde e demais autoridade públicas para fins de prevenção ao contágio do coronavírus. Ademais, até o momento não se tem ideia do período de duração do isolamento social, sendo inviável afastar novamente o genitor da filha por tempo indeterminado, o que certamente não atende ao melhor interesse dela. E mais, um novo afastamento da figura paterna pode ter efeito irreversível e prejudicial sobremaneira ao desenvolvimento psicossocial da infante. Isso porque, em se tratando de criança com apenas 05 anos de idade, que já demonstra evidente dificuldade na retomada do convívio com seu pai, permitir um novo distanciamento poderá ser desastroso (e definitivo) para qualquer reaproximação futura.

Sobressai evidente que a criança é sujeito e protagonista de sua história; ela constrói a cultura em que vive tendo, pois, o direito de ter a influência das figuras parentais ao longo da formação de sua identidade pessoal e social.

Para Manuel Jacinto Sarmiento e Sandra Marcele Barra:

O mundo da criança é muito heterogêneo, ela está em contacto com várias realidades diferentes, das quais vai apreendendo valores e estratégias que contribuem para a formação da sua identidade pessoal e social. Para isso contribuem a sua família, as relações escolares, as relações de pares, as relações comunitárias e o trabalho que desempenha. Este, seja na escola ou na participação de tarefas familiares, leva as crianças a aprender quando e como agir e ao agir inscrevem o seu saber no contexto social e são também produtoras de práticas culturais (Sarmiento y Barra, 2006: 03).

A convivência com ambos os genitores, sem embargo vem ao encontro do melhor interesse da criança, o qual se coloca de forma prioritária e superior à conveniência dos pais.

Sem a pretensão de apresentar uma resposta única a respeito da convivência dos filhos menores, em meio à pandemia da COVID-19, este ensaio surge como esforço reflexivo, no intuito de elencar os valores e normas que informam o sistema jurídico brasileiro, dos quais o intérprete não poderá se distanciar. As respostas só poderão ser dadas diante do caso concreto, mas é certo que a convivência com as figuras parentais não pode ser equiparada a outras atividades da rotina das crianças, como ir à escola, ao teatro, à casa dos avós, demandas cuja suspensão mais do que se justifica, neste momento crítico que desafia a saúde, a economia e a ciência.

O momento de crise sanitária mundial deve ser uma oportunidade para reafirmar direitos e não para arrefecê-los. Como escreveu recentemente o filósofo israelense Yuval Harari, em matéria publicada na Revista americana Financial Times, “o verdadeiro antídoto contra epidemias não é a segregação, é a cooperação” (Harari, 2020).

Referências bibliográficas

- Harari, Y. (2020). *In the battle Against Coronavirus, Humanity Lacks Leadership*. Time, Estados Unidos, 14 de jun. de 2020 (en línea). <https://www.google.com.br/amp/s/time.com/5803225/youval=-noah-harari-coronavirus-humanity-leadership/3%famptrue>, acesso em 14 jun. 2020.
- Lobo, P. (2008). *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva.
- Maturana, H. R. (1997). *Ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG.
- Maturana, H. R., Varela, F. J. (2001). *A árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena.
- Ost, F. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.
- Streck, L. Luiz. (2004). *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sarmiento, M. J., Barra, S. M. (2006). *Os saberes das crianças e as interações na rede*. Zero-a-Seis, Florianópolis, v. 8, n. 14, p. 1-20, dez. 2006 (en línea). <https://periodicos.ufsc.br/index.php/zeroseis/article/view/1776>, acesso em 14 jun. 2020. doi: <https://doi.org/10.5007/%x>.
- Tepedino, G. (2004). A disciplina da guarda e autoridade parental na ordem civil-constitucional. In R. da Cunha Pereira (Coord.), *Afeto, ética família e o novo Código Civil* (pp. 305-324). Belo Horizonte: Del Rey.
- Tepedino, G., Teixeira, A. C. B. (2020). *Fundamentos do Direito Civil*. Vol. 6, Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2020.