

CONTROVÉRSIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM ÉPOCA DA PANDEMIA DA COVID-19

Maria Luisa Machado Porath*

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de deveres para a família, principalmente no tocante às responsabilidades dos pais, visando a guarda, a proteção, a formação e o desenvolvimento biopsíquico da prole. Dessa forma, o artigo 1.589¹ do Código Civil determina que

O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Independente de rompimento amoroso entre os pais, a finalidade da convivência familiar – antigamente, denominada direito de visita –, é a adequada permanência dos laços afetivos entre os genitores e os filhos. Assim, os artigos 1.630 e 1.634 do Código Civil e o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecem que os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar, o qual é competência de ambos aos pais (PORATH; SANTOS, 2020).

Em vista disso, o ordenamento jurídico brasileiro determina que a ruptura da conjugalidade não significa o rompimento dos vínculos entre a criança ou o adolescente e os seus pais. O término do relacionamento entre os genitores não deveria gerar, de forma alguma, o fim dos laços afetivos entre pais e filhos (PEREIRA, 2020, p. 401).

É mister destacar que a convivência familiar se manifesta através do direito-dever do poder familiar. Em outros termos, ao mesmo tempo em que o menor tem o direito de manter a convivência com seus pais, estes têm o dever de zelar pelo filho. Caso esse dever não seja devidamente cumprido, pode ocorrer execução judicial, com a possibilidade de imposição de multa pecuniária (MADALENO, 2017, p. 456).

* Estagiária do escritório Schiefler Advocacia. Graduanda, atualmente, da sétima fase em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Licenciatura e Bacharelado em Teatro na Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) - 2015. E-mail: malu.mporath@gmail.com.

¹ “O parágrafo único desse mesmo artigo afirma que esse direito também se estende aos avós, a critério do juiz, conforme o interesse do menor. Apesar de não ser o foco do estudo, é válido mencionar que as recomendações aqui expostas também podem ser aplicadas, de acordo com o caso concreto, a situações de convivência familiar entre avós e netos” (PORATH; SANTOS, 2020).

No entanto, devido à atual pandemia da COVID-19, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou o distanciamento social; isto é, apenas sair em situações excepcionais (OPAS/OMS, 2020). A partir dessa medida, existe a possibilidade de achatar a curva da disseminação do coronavírus (SARS-Cov-2) e de viabilizar que o sistema de saúde possa atender a população de forma eficiente.

Partindo desse pressuposto, é notável que esse cenário trouxe profundas modificações na sociedade, inclusive no âmbito jurídico. Diante dessa situação, a convivência familiar entre o genitor ou a genitora que não possui como a residência fixa da criança a sua e o filho se altera, a fim de se adequar ao novo contexto social.

Evidentemente, caso haja uma relação saudável entre os genitores, o bom senso perdurará ao longo deste período. Entretanto, muitos ex cônjuges vivenciam uma oposta realidade. Em casos assim, o Judiciário se torna um dos instrumentos capazes de proporcionar a continuidade da convivência parental (PORATH; SANTOS, 2020).

Antes de adentrarmos na análise dos julgados, é importante salientar que há entendimentos divergentes. Por exemplo, existem aqueles que defendem a substituição da convivência pessoal do genitor ou da genitora pela virtual, pautando-se na segurança do menor e nas recomendações do Ministério da Saúde. Na contramão, outros entendem que a convivência pessoal deve permanecer, desde que não apresente risco à saúde e ao bem-estar do menor e dos demais envolvidos (PORATH; SANTOS, 2020).

Em relação ao primeiro entendimento, destaca-se que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), em atenção à proteção das crianças e dos adolescentes durante a pandemia da COVID-19, recomendou

[...] 18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações:

- a. **As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida** [grifo nosso];
- b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;
- c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;
- d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado; [...].

Na mesma linha da orientação do CONANDA acerca da visitação de forma virtual, a Desembargadora Vera Lúcia Deboni do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), num caso julgado em abril de 2020, determinou que o convívio pessoal fosse suspenso temporariamente em razão da situação excepcional decorrente da pandemia da COVID-19. Colaciona-se a referida decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITA PATERNA AOS FILHOS MENORES. COVID-19. VISITAS NO MODO VIRTUAL. O convívio com o pai não guardião é indispensável ao desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes. Situação excepcional configurada pela pandemia de COVID-19 e recomendação do Ministério da Saúde para manutenção do distanciamento social que apontam para o acerto da decisão recorrida, ao determinar contato do pai com o filho por meio de visita virtual diária, pelo menos por ora. Medida direcionada não só à proteção individual, mas à contenção do alastramento da doença. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA.

(TJRS, Agravo de Instrumento, Nº 70084141001, Sétima Câmara Cível, Relator: Vera Lucia Deboni, Julgado em: 16-04-2020)

A Juíza Fernanda Maria Zeberto, da 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Curitiba, em decisão julgada em março de 2020, também determinou a substituição do convívio pessoal pelo modo virtual:

[...] 5. Diante do conhecimento público e notório quanto à pandemia do Coronavírus (COVID-19) que assola o mundo e o país, bem como considerando as diversas restrições determinadas pelos poderes públicos para fins de contenção da proliferação do vírus (orientação de isolamento, evitar aglomerações, suspensão das atividades de shoppings centers, cuidados na higienização, etc.), oportuno acolher o pedido formulado, a fim de restringir, temporariamente e excepcionalmente, o direito de visitação paterno, de modo a evitar que a criança seja retirada do seu lar de referência neste período, expondo-se à contaminação do vírus, assim como os seus familiares e demais pessoas do seu convívio social.

A medida é necessária no caso em apreço considerando a informação de que a criança reside com pessoa enquadrada em grupo de risco, de acordo com a classificação do Ministério da Saúde, já estando, inclusive, em isolamento domiciliar. Friso, novamente, que se trata de uma medida temporária, num momento em que os cuidados para com a criança devem ser adotados por ambos os pais, não se rompendo por completo o convívio com nenhum dos genitores, ainda que esse contato se dê de forma virtual. Neste caso, pensando no bem estar da criança e visando evitar a ruptura do vínculo paterno-filial, adequado que se mantenha o convívio paterno de forma segura mediante chamada de vídeo nos mesmos dias de visitação acordados entre as partes.

Nota-se que os dois julgados têm como diretriz o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nas palavras de Antônio Jorge Pereira Júnior e Francisco Flávio Silva Rodrigues (2018, p. 2),

Há uma tríade de princípios que são pilares da doutrina e da legislação em matéria de direitos infanto-juvenis: a prioridade absoluta, posta no art. 227 da Constituição Federal (CF) e decantada no art. 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); a proteção integral, constante do art. 1 do ECA, e o princípio do melhor interesse da criança, estabelecido pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, vigente no Brasil por força do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Portanto, para os dois autores, o princípio do melhor interesse da criança decorre de um conjunto basilar para a proteção do menor. Daniela Freitas (2015) complementa que esse princípio se encontra fundamentado no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal e nos artigos 3º ao 5º do ECA. Partindo desse pressuposto, as decisões foram fundamentadas no sentido de que a situação pandêmica em que atualmente vivemos deve ser sopesada ao direito-dever da convivência familiar de forma pessoal.

As decisões pautadas nas recomendações da OMS almejam assegurar a saúde e o bem-estar da criança; evita-se assim, que o menor tenha contato com pessoas com as quais não reside. Em função disso, o entendimento é de que a convivência familiar de forma presencial, por mais que tenha a boa intenção de contato com o filho, pode acarretar sérios riscos ao bem-estar e à saúde da criança, além de outros familiares que residam com ela.

Vale ressaltar que ambos os julgados estabeleceram o contato virtual nos mesmos dias do que foi anteriormente acordado para o convívio pessoal. Ressaltam também que se trata de uma medida excepcional e temporária em que nada invalida outros acordos que os genitores venham a ter, como estipulação de maior tempo de convívio pessoal pós situação pandêmica.

Conforme mencionado anteriormente, a pandemia foi imperativa ao modificar o cotidiano de diversas famílias. Nesse sentido, as decisões nos levam a ponderar qual o bem da vida mais significativo e a pensar no coletivo, uma vez que todos estão se reajustando à nova realidade.

Ainda, há o segundo posicionamento: a convivência pessoal deve permanecer desde que não apresente risco à saúde e ao bem-estar do menor. Assim entendeu o Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro em decisão proferida no TJRS no mês

de abril de 2020:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. VISITAÇÃO MATERNA. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO INDEVIDA. A fim de preservar a necessária convivência entre mãe e filha, deve ser mantida a regulamentação da visitação materna, nos moldes estipulados em audiência. Descabida a pretensão de suspensão da visitação diante do evento COVID-19, uma vez que ausente comprovação de que as visitas da mãe importariam risco à saúde e ao bem-estar da criança, presumindo-se que empreenderá todos cuidados necessários para a respectiva preservação. Manutenção da adequada convivência da mãe com a filha menor. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, Agravo de Instrumento, Nº 70084149186, Sétima Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 23-04-2020)

Nesse caso concreto, fundamentou, de igual modo, a sua razão de decidir no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, partiu do viés de que a menor possui o direito à convivência com a genitora; em outras palavras, o melhor interesse da criança seria o não afastamento pessoal da genitora.

Ressaltou que a mãe tem condições de zelar pelo bem-estar da menor, contanto que siga os cuidados essenciais para refrear o contágio do vírus SARS-Cov-2. Na mesma linha desse entendimento, o Desembargador Rogério Etzel do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), também em abril de 2020, decidiu:

[...] Nessa toada, conforme já explicitiei, vislumbro, pelo menos para o momento, que o agravado reúne condições igualitárias de cuidado da petiz e a decisão deve ser alterada desde a análise preliminar. A metodologia sugerida já foi referendada pelo Ministério Público (mov. 301.1) e deve desde logo ser aplicada. A convivência será exercida pelos genitores por quinze (15) dias consecutivos, a começar pelo agravante, a partir da intimação desta decisão pela parte contrária. Não haverá prejuízo de contatos com o genitor que não estiver responsável pela convivência, pela *internet*. Essa medida deve ser obedecida até o julgamento definitivo deste agravo de instrumento ou: se acaso as partes transigirem; a ação originária foi julgada; a situação casuística (pandemia e seus reflexos) se alterar; e a evolução da instrução processual indicar seja o momento de sentença (ato que pode alterar a evolução desse agravo). 3. Diante do exposto, a antecipação dos efeitos da tu DEFIRO tela para alterar a visitação paterna, com efeitos a partir da intimação desta decisão e conforme fundamentação. Regulamentação de visitas. Convivência paterna. Melhor interesse da criança e adolescente. COVID-19. (Agravo de Instrumento, Relator: Des. Rogério Etzel, Data da deci-

Nos autos, o pai relatou que labora no regime *home office*, contribuindo, por conseguinte, para a tese do convívio igualitário. Diante do caso concreto, o Desembargador entendeu que ambos os genitores possuem condições de zelar pela criança. Assim, descabida a tese de que o convívio com o genitor deveria ser realizado somente através de meios virtuais em função da pandemia.

Ademais, salientou que, embora fosse possível a compensação posterior dos dias não usufruídos pelo genitor, a atual situação de pandemia nos impede de vislumbrar um fim a curto prazo. Para ele, essa compensação possui dois problemas em termos práticos: a postergação de forma indefinida do período de convivência do genitor; e a posterior ausência da genitora, enquanto a criança estivesse com o genitor em época pós pandemia.

Rodrigo da Cunha Pereira (2020) possui um entendimento alinhado à decisão do Desembargador, no sentido de que ambos os genitores deveriam zelar, de forma igualitária, pelo bem-estar da criança. Por essa lógica, declara que a pandemia tem revelado que tanto a guarda compartilhada quanto a convivência igualitária não são uma realidade brasileira. Ele afirma que o risco de contágio, exceto de quem vive na linha de frente da COVID-19 ou possui alguma particularidade, é o mesmo para ambos os genitores. Portanto, não há o que se falar em suspensão do convívio entre o genitor ou a genitora que não possui como residência fixa do filho a sua e a criança.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) entendeu da mesma forma. Tanto que, em de junho de 2020, emitiu considerações sobre a recomendação do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da COVID-19. Ressaltou que

[...] a guarda compartilhada é o modelo legal vigente, capaz de permitir o vínculo entre pais e filhos é que não se fala mais em 'direito de visita' do pai, posto que um pai não visita seus filhos, mas com eles convive (viver com), permitindo-lhes a dupla referência e a transmissão de valores (2020, p. 2).

Ainda, informa que o Judiciário só deve optar pela suspensão da convivência presencial quando comprovado risco para o menor ou para a sociedade. Isso se deve ao fato de que, dentre diversos outros fatores, essa suspensão imotivada dá ensejo à alienação parental.

Através da análise das decisões judiciais acerca da convivência familiar em época da pandemia da COVID-19, é perceptível a controvérsia entre elas. Isso porque o contexto histórico-social influencia substancialmente o Direito das Famílias. Por esse motivo, é impossível abarcar todos os casos concretos com apenas um entendimento jurisprudencial.

Em primeiro, destacamos as decisões judiciais que realçam a substituição da

convivência pessoal pela virtual. A fundamentação primordial é pautada nas recomendações da OMS de distanciamento social e do CONANDA, através do contato virtual.

Para essa corrente de pensamento, a distância física não deveria representar distanciamento afetivo. Defendem a utilização de meios virtuais, a fim de preservar o convívio familiar ainda que de forma diversa. Além disso, ressaltam o fato de que, após a pandemia, o genitor ou a genitora que teve seu período de convivência restrito poderia usufruir de um tempo mais longo, no intuito de “compensar” esse convívio prejudicado.

Depois salientamos as decisões judiciais que entendem a possibilidade da manutenção do convívio pessoal sob condição de que não haja risco à saúde do menor e às demais pessoas que residam com a criança. A fundamentação consiste no fato de que os pais empreendem todos os cuidados necessários para o bem-estar da criança.

Para essa corrente, o princípio do melhor interesse do menor está mais no viés do indivíduo, ou seja, para a relação íntima da família. O verdadeiro sentido seria preservar o interesse da criança em manter o convívio social com o genitor ou com a genitora que não reside na mesma casa.

De modo diverso, a primeira corrente entende que esse princípio está para o coletivo, com o objetivo de evitar a disseminação do vírus. Por esse motivo, pautam as suas decisões na substituição do convívio pessoal pelo virtual, com o propósito de poupar deslocamentos não urgentes. Logo, o foco seria resguardar a saúde do menor e dos demais integrantes da mesma residência.

Conforme já explicitado, o objetivo do trabalho foi traçar um comparativo entre as divergências jurisprudenciais acerca do direito de convivência ao longo da atual pandemia do COVID-19. Com a pesquisa, restou evidente a necessidade de individualizar os casos concretos, para que se compreenda o contexto social de cada família. Ademais, tanto o Judiciário quanto os genitores devem se atentar às recomendações da OMS, com o propósito de se concretizar a solução mais benéfica para o menor, em função do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Decisão nº 0018199-09.2019.8.16.018*. Relatora: Juíza Fernanda Maria Zerbeto, 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Curitiba, 20 de março de 2020. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/uplo->

ad/files/Decis%C3%A3o%20visita.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Decisão (segredo de justiça)*. Relator: Des. Rogério Etzel. Paraná, 24 de abril de 2020. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decis%C3%A3o%20Covid-19.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Decisão Monocrática nº 70084141001*. Relatora: Desembargadora Vera Lucia Deboni. Rio Grande do Sul, 16 de abril de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 05 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Decisão Monocrática nº 70084149186*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro. Rio Grande do Sul, 23 de abril de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 jun. 2020.

CONANDA. *Recomendações do Conanda para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes Durante a Pandemia do Covid-19*. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

FREITAS, Daniela. *Princípio do Melhor Interesse da Criança*. 2015. Disponível em: <https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>. Acesso em: 22. out. 2020.

IBDFAM. *Considerações sobre a Recomendação do Conanda para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes Durante a Pandemia do Covid-19*. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/IBDFAM%20-%20Considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20recomenda%C3%A7%C3%A3o%20do%20Conanda.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OPAS/OMS. *Distanciamento social, vigilância e sistemas de saúde mais fortes são chaves para controlar pandemia de COVID-19, afirma diretora da OPAS*. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6188:distanciamento-social-vigilancia-e-sistemas-de-saude-mais-fortes-sao-chaves-para-controlar-pandemia-de-covid-19-afirma-diretora-da-opas&Itemid=812. Acesso em: 03 jun. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada*. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1409/Direito+de+Fam%C3%ADlia%2C+coronav%C3%ADrus+e+guarda+compartilhada>. Acesso em: 05 jun. 2020.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; RODRIGUES, Francisco Flávio Silva. *Aplicação do Princípio do melhor interesse da criança pelo Superior Tribunal de Justiça de 2001 a 2018*. 2018. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17052>. Acesso em: 04 jun. 2020.

PORATH, Maria Luisa Machado; SANTOS, Laísa. *Família: Convivência familiar em época da pandemia de COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/familia-convivencia-familiar-em-epoca-da-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em: 07 jul.2020.