

**Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas.
Uma reflexão de 7 de abril de 2020**

José Fernando Simão^[1]

"Imagine um Peru que é alimentado diariamente. Cada refeição servida reforçará a crença do pássaro que a regra geral da vida é ser alimentado diariamente por membros amigáveis da raça humana que 'zelam por seu melhor interesse' como diria um político. Na tarde da quarta-feira que antecede o Dia de Ação de Graças algo inesperado acontecerá ao peru. **Ele estará sujeito a uma revisão de suas crenças**" Nassim Taleb, A lógica do Cisne Negro.

“Vítimas de **coronavírus** na Itália terão acesso negado a **tratamento intensivo** caso tenham 80 anos ou mais ou sejam **vítimas** de graves **problemas de saúde** com necessidade de **leito de UTI**. É o que propõe um **documento** preparado por uma unidade de gerenciamento de crises em Turim, ao qual o jornal *The Telegraph* afirma ter tido acesso. **Alguns pacientes que não receberem tratamento intensivo serão deixados para morrer**, temem os médicos”.^[2]

Sumário. I - Introdução – contextualização necessária. II – O Direito de Família. 1. Direito à convivência. 2. Alimentos e prisão do devedor. III – Conclusão

I - Introdução – contextualização necessária.

O dia 13 de março de 2020 foi, para o Brasil, o último dia de uma antiga realidade que vou chamar de Realidade A. A Realidade A era pautada por um sonho, vivíamos um sonho de abundância e felicidade perpétuas em que o adjetivo INCURÁVEL tinha sido riscado do Dicionário.

Na realidade A, o direito de família era o da filosofia dos estetas: belo e fantasioso. Cheio de glamour e de premissas frágeis. Na época de abundância, em que o *homo sapiens sapiens* se sente eterno, há muito espaço para a filosofia e pela busca da felicidade em um mundo hedonista[3].

Mario Delgado me lembrava, por telefone, a obra Homo Deus de Yuval Harari[4]. É obra que deve ser lida por todos não só por sua excelência, como também por produzir mudanças indelévels ao leitor. A premissa da obra é que a humanidade padecia historicamente de três males: a guerra, a peste e a fome.

Como os três males estavam sob controle, debelados ou muito atenuados em termos globais, Harari diz que “depois de assegurar vários níveis de prosperidade, saúde e harmonia e tendo em conta a nossa História e valores atuais, é provável que os novos objetivos da humanidade sejam a imortalidade, a felicidade e a divindade. Tendo reduzido a mortalidade acusada pela fome, pelas epidemias e pela violência, teremos como desiderato a vitória sobre o envelhecimento e, até, sobre a morte. Tendo resgatado as pessoas da miséria abjeta, o objetivo passará a ser o de as tornar verdadeiramente felizes. E tendo elevado a humanidade acima do nível animalesco da luta pela sobrevivência, procuraremos transformar os humanos em deuses e fazer do *HOMO SAPIENS* o *HOMO DEUS*”.

Em 13 de março vivemos o último dia daquela Belle Époque. A realidade A acabou e começou a B, que é temporária, fugaz, mas persiste. O *homo sapiens sapiens* percebe que, antes de ser feliz, ele precisa sobreviver e a pandemia mostra que a simples sobrevivência deixa de ser óbvia. O ser humano se vê, repentinamente, em contato com sua animalidade por conta da inevitabilidade da disseminação de uma doença mortalmente perigosa.

Problema que se coloca na Realidade B é que as pessoas, vivendo um autoengano (típico do *homo sapiens* que precisa criar narrativas para sobreviver), assumindo uma negação de que a era da euforia e da abundância

acabou (de maneira definitiva?), prosseguem repetindo velhas máximas da Realidade A e, juridicamente, prosseguem repetindo os mantras dessa velha e já extinta Realidade. Vivemos, então, a síndrome do Peru descrita por Taleb (vide citação no início dessas linhas)[\[5\]](#). As nossas crenças precisam ser revistas, ainda que na hora do último suspiro quando o carrasco vier com a faca para decapitar o peru no dia de Ação de Graças.

É compreensível a negação e a dificuldade pela qual passamos. Vivemos com a pandemia o fenômeno chamado de Cisne Negro. A metáfora de Taleb é genial. Havia uma crença europeia arraigada e inquestionável que todos os cisnes eram brancos (*Cygnus olor*). Isso porque a espécie europeia de cisne efetivamente o é. Essa crença inabalável desmorona quando os europeus se deparam com o cisne australiano (*Cygnus atratus*), que é negro.

É nesse momento de abalo de crenças, de realidade aparente imutável, que vale ler o pensamento de Taleb: “O Cisne Negro é um Outlier, pois está fora do âmbito das expectativas comuns, já que nada no passado pode apontar convincentemente para a sua possibilidade. Segundo, ele exerce um impacto extremo. Terceiro, apesar de ser um outlier, a natureza humana faz com que desenvolvamos explicações para sua ocorrência após o evento, tornando-o explicável e previsível”.

Admitindo, então, que estamos na Realidade B, que nossas crenças inabaláveis ruíram e que esse novo mundo exige do Direito, em especial do Direito de Família, uma nova concepção e novos paradigmas, vamos a duas questões jurídicas pontuais: convivência com crianças e adolescentes e a prestação alimentar.

II – O Direito de Família.

O Direito de Família da Realidade A era pautado por uma crença de que conseguíamos conciliar interesses antagônicos sem nenhum ou com muito pouco sofrimento. Era voz corrente em parte considerável da doutrina que o direito de convivência entre pais e filhos deveria ser buscado a qualquer custo, pois isso atende ao melhor interesse da criança e dos adolescentes e lhes garantem uma formação saudável.

Assim, se possível for, que o pai tenha contato com seus filhos não apenas aos fins-de-semana (pai nas horas vagas), mas também durante a semana. Da mesma forma, o convívio contínuo com avós e saudável para todos, crianças e idosos (art. 1.589, parágrafo único do CC). Os alimentos tinham de ser pagos para garantir a subsistência da criança e, se não pagos, prendia-se o devedor como forma de coerção tranquilamente aceita por parte considerável da doutrina por força do preceito constitucional autorizativo (art. 5º, inc. LXVII). Outra máxima constante era a seguinte: o valor da pensão não se altera pelo fato de a criança residir com ambos os pais, já que a escola, o curso de inglês e o clube não mudam de valor por força de residência alternada.

Esse direito pensado para a Realidade A ruiu, em grande medida, e agora foram impostas escolhas trágicas, que ainda não conseguem aceitar os “operadores”. São escolhas trágicas de um mundo pandêmico e de confinamento. A COVID-19 é cruel, pois, em sua democracia tanatológica, é transmitida, muitas vezes, por quem mais amamos, por meio dos gestos de afeto e de carinho: beijos, abraços, toques.

1. Direito à convivência.

Pelas experiências vivenciadas na advocacia de família e pelos debates com colegas advogados, nota-se que, no Brasil, a guarda ainda é materna, com direito de visitas do pai. É guarda unilateral que, às vezes, é chamada de compartilhada pelo simples fato de o pai, uma vez por semana, jantar e/ou pernoitar com a criança.

Em termos fáticos, sem o preciosismo terminológico que não pauta a realidade do direito de família, quando do fim da conjugalidade, crianças e adolescentes, em regra, vivem grande parte do tempo com a mãe e veem o pai uma vez por semana e em fins-de-semana alternados. Nesse momento de pandemia e confinamento surgem questões que desafiam o modelo tradicional.

Se você está pensando que a solução não existe e que cada caso é um caso e que depende do caso concreto, do bom-senso e acordo entre os pais, sugiro que leia diretamente a conclusão das presentes linhas (item III).

A primeira é a seguinte: deve-se suspender provisoriamente o sistema de deslocamento das crianças em tempos de pandemia mantendo-as apenas com a mãe, pois com ela já residem. A resposta é positiva. Isso, evidentemente, gera prejuízos para o pai e para os filhos por força de uma redução temporária de convívio. Sim, é verdade, mas são tempos de escolhas trágicas. O jogo na realidade B é de perde-perde. Isso pode ser compensado de futuro. O pai alijado, provisória e momentaneamente, do convívio físico com os filhos, pode, nas férias, ficar mais tempo com eles como forma de “matar as saudades” e recuperar parte do tempo perdido.

Pode-se, ainda, seguir a sugestão de João Aguirre, nesse momento de suspensão de aulas presenciais e de ensino à distância. Permitir às crianças que residam 15 dias com o pai e 15 dias com a mãe, já que boa parte das pessoas se encontra em home office. Isso tem duas vantagens: a criança convive com pai e mãe e não fica afastada de nenhum deles por período longo, o deslocamento se dará duas vezes por mês apenas (o que o confinamento permite), e ajuda pai e mãe a produzirem em home office, pois terão 15 dias do mês sem a preocupação com os cuidados que os filhos exigem.

E no caso de pai ou mãe que sejam, profissionais da saúde e que tenham contato com pessoas infectadas diuturnamente? Nessa hipótese, pelo bem estar da criança, cabe a suspensão das visitas ou mudança de residência até que cesse a pandemia. A criança pode deixar de morar com a mãe e ir morar com o pai, ou deixar de visitar fisicamente o pai e ficar o tempo todo com a mãe. Isso é ruim para o filho e para os pais? Sim, mas são tempos de escolhas trágicas em que há redução de direitos.

Isso se aplica ainda que, por meio de exames, se prove que o pai e/ou a mãe já contraíram a doença, mas de maneira assintomática? Sim, isso se aplica. É questão de saúde pública. Apesar de a doença não atingir de maneira fatal crianças e adolescentes^[6], eles são transmissores da doença e se posso reduzir o risco de vida, que sempre existe, cabe ao direito cuidar disso.

Não há garantia médica de que os imunizados não tenham uma recaída. E, no pico da pandemia, a cautela é necessária, ainda que seja temporária, transitória.

Se pai e mãe forem profissionais da saúde, que por sua profissão estiverem em contato com pessoas infectadas ou com alta probabilidade de contrair a COVID-19, a decisão de transferir a guarda a terceiros é medida de necessária[7]. Os terceiros devem ser escolhidos de acordo com o melhor interesse da criança, prova de que o terceiro tem com ela relação afetiva, proximidade, possibilidade de cuidar e alimentar o menor. Podem ser padrinhos e madrinhas, tios, amigos dos pais ou mesmos os avós (sobre os avós e sua convivência com os netos eu cuidarei a seguir).

Os avós idosos estão no grupo de risco com maior taxa de mortalidade decorrente da COVID-19[8]. Para eles, o isolamento físico se impõe. Não haverá visitas físicas durante a pandemia. É o risco de morte que implica limitações. Também, se a guarda estiver com os avós idosos, a guarda pode ser entregue, de maneira temporária e provisória, a pessoas próximas aos menores, como forma de evitar riscos à saúde dos avós. O direito protegerá os avós de si próprios, em situações extremas.

Nesse momento da leitura, como ocorreu na *live* de ontem, muitos estão pensando que não se cuidou do convívio virtual, por meio de imagem e som disponível em grade parte dos telefones celulares (zoom, Skype, facetime e *whatsapp*). Essa é uma medida salutar e necessária em tempos de confinamento. O juiz deve determinar a hora e dia de convívio virtual. Deve-se levar em conta a rotina da criança, seus horários, tempo de estudo (por forma virtual) e a idade da criança.

Há, contudo, algo a se observar, que foi ponderado por Giselle Groeninga, em mensagem de texto, sobre a idade das crianças. Crianças muito pequenas tem dificuldade de concentração e simplesmente não conseguem ter disciplina para ficar em frente ao celular conversando ou interagindo com o interlocutor. Nessa situação, o envio ao pai, mãe e/ou avós afastados do convívio físico de vídeos e áudios dos menores é medida salutar e que pode ser determinada pelo juiz. A simples manutenção de uma chamada em tempo real com câmera para que se possa ver a criança é medida que também pode ser imposta.

Há necessidade, ainda, de se fixar sanções rígidas para minimizar a tragédia decorrente da impossibilidade de convívio físico, presencial. Além de multas pesadas, pode e deve o juiz alterar o regime de guarda se, em plena pandemia, houver prática, pelo pai, pela mãe ou por terceiros, de alijamento de convívio virtual que, em situação extrema, pode configurar alienação parental.

Questão que surge também diz respeito aos infoexcluídos, quer seja por não disporem de celulares inteligentes, quer seja por não conhecerem a tecnologia e não terem com ela intimidade. No primeiro caso, caso por questões econômicas a pessoa não disponha dessa tecnologia, de maneira temporária e provisória, sendo impossível o convívio físico, haverá efetivamente o rompimento (temporário, provisório) trágico do contato entre pais e filhos ou avós e netos. Não há outra solução em momentos de escolhas trágicas em que idosos são abandonados à própria sorte nos hospitais italianos (vide notícia com a qual iniciei essas linhas).

Se o problema for de familiaridade com a tecnologia, que se admita com as cautelas necessárias (uso de máscara, luvas, álcool gel) que alguém ajude os idosos ou idosas a manejar essa tecnologia que será importante para o próprio idoso (ameniza as pessoas da solidão imposta pelo confinamento) e atende ao melhor interesse da criança que poderá, por meio de vídeo, conviver com seus avós.

Alimentos e prisão do devedor

A questão dos alimentos em momento de *lockdown* e de recessão global se revela extremamente delicada. Como lembrou ontem Fernando Araújo, estamos vivendo o momento de tempestade perfeita, o pesadelo dos economistas: inflação com recessão e desemprego (estagflação).

Há um empobrecimento global que precisa ser reconhecido para os que vivem a Realidade B. Abundância e euforia morreram no dia 13 de março de 2020. Isso não quer dizer que se autoriza os devedores de alimentos a simplesmente pararem de pagar a pensão, porque o mundo empobreceu.

Fatores como desemprego, fechamento de lojas e restaurantes, redução de jornada com redução de remuneração, devem ser considerados nas ações revisionais vindouras. Contudo, como diria Ortega y Gasset, “eu sou eu e minha circunstância”, logo esses fatores não implicam, por si, perda de possibilidade de pagar a pensão total ou parcialmente.

Há também os que ganham com a pandemia e têm aumentada sua possibilidade de pagar alimentos. É o caso de quem tem empresa de entrega em domicílio (*Rappi*, por exemplo)

Outro fato a ser levado em conta é a redução de gastos com as crianças. Há fornecedores de serviços que reduziram ou suspenderam a cobrança de suas mensalidades seja por ato próprio espontâneo, seja por decisão judicial. A escola, por exemplo, que não está dando aulas presenciais, mas enviando material para a casa dos alunos, seja vídeo aula, sejam textos ou tarefas, deve reduzir sua mensalidade, para garantir a manutenção do sinalagma contratual. Se não o fizer espontaneamente, deverá ser compelida por decisão judicial.

As decisões de redução de prestação já pululam no Brasil^[9].

Se adotada a sugestão de João Aguirre, para que a criança passe 15 dias com a mãe e 15 dias com o pai, em regime de confinamento, com evidente redução dos gastos pessoais (gasto com lazer será zero), também há fundamentos para a revisão do valor da prestação alimentar.

O devedor não pode ser preso durante a pandemia senão em prisão domiciliar. Isso porque estamos em época de pandemia, de uma doença incurável, que não tem vacina para sua prevenção. Dizem alguns: “nas o devedor então será premiado, pois todos estamos em prisão domiciliar por conta do confinamento”. SIM, mas a alternativa é colocar o devedor em risco de morte, o que não é opção para qualquer sistema jurídico de país civilizado. O sistema tem que escolher um mal entre dois e o mal menor é a prisão domiciliar. Como proposta de mudança da legislação pode-se imaginar que tal prisão seja mantida ao fim do confinamento para os devedores de alimento. Isso de *lege ferenda*.

A decisão de não prender o devedor em regime fechado no sistema prisional retira a força coercitiva que lhe é peculiar e eficaz. Creio que sim, apesar de não haver dados a confirmar a assertiva. E isso acaba por onerar ainda mais o outro (pai ou mãe) que arcará com os gastos. SIM, é verdade. Em tempos de escolhas trágicas, do jogo de perde-perde, as coisas funcionam dessa maneira. Deve-se perguntar quem perde menos e se perceber que estamos na Realidade B e não mais na A.

III – Conclusão

Os argumentos majoritários nesse momento de crise, quando se fala em Direito de Família, são dois: (i) bom-senso e (ii) a solução depende do caso concreto (não há soluções a priori).

(i) Bom-senso é algo que todo mundo acha que tem, mas na hora de definir seu conceito, acaba esbarrando no bom-senso do outro que tem certeza que seu senso é melhor que o do primeiro. O bom-senso é muito interessante para as relações familiares se pai e mãe coincidirem em seu significado e extensão e se isso atender ao melhor interesse da criança e do adolescente. Escrever um texto jurídico apelando ao bom-senso das pessoas me parece algo de pouca utilidade prática e de nenhuma aplicação às demandas judiciais em curso e às muitas que se avizinham.

Aliás, alguém já disse que “muitas pessoas são dotadas de razão, muito poucas de bom-senso”.

(ii) A solução depende do caso concreto, evidentemente. Também me parece que não há contribuição alguma refletir sobre as relações de família no momento de pandemia respondendo ao leitor: “isso depende do caso concreto”. A doutrina tem o dever de construir as soluções teóricas que terão, por acordo (decisão espontânea) ou por força (decisão do juiz togado ou do árbitro), aplicação aos casos concretos.

Quando a doutrina diz que não há nenhuma solução se não pela leitura do caso concreto, ela se demite de sua função de construir categorias jurídicas e permite o caos decisório por falta de parâmetros seguros. Será o juiz a fazer a subsunção do fato à norma levando em conta “as peculiaridades do caso concreto”, mas com base nas categorias construídas pela doutrina.

Para se efetivamente concluir essas linhas, deve-se frisar que as decisões tomadas em período de pandemia e confinamento são, necessariamente, provisórias. O caos vivido na realidade B cessará com o fim da pandemia, com a descoberta de uma vacina ou mesmo de medicamento que reduza a letalidade.

Surgirá, então, a Realidade C que não será a Realidade A (as coisas nunca mais serão com eram até 13 de março de 2020), e qualquer previsão sobre ela nesse momento é achismo ou palpite infundado. É hora de cuidarmos da Realidade B e suas consequências para o Direito de Família e não de sofrermos por antecipação pela Realidade C, cujo início ainda é incerto...

“Produzimos projeções de déficits da previdência social e de preços de petróleo para daqui a trinta anos, sem

perceber que não podemos prevêê-los nem para o próximo verão. **O que é surpreendente não é a magnitude de nossos erros de previsão, mas sim nossa falta de consciência dela**” Nassim Taleb, A lógica do Cisne Negro.

Notas:

[1] Livre-docente, doutor e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito civil da Faculdade de Direito da USP. Segundo Secretário do Ibdcont. Presidente do Conselho Consultivo do IBRADIM. Advogado e parecerista.

[2] https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/17/interna_internacional,1129623/coronavirus-na-italia-vitimas-acima-de-80-anos-serao-deixadas-morrer.shtml. Notícia de 17 de março de 2020.

[3] São tempos em que as pessoas adiaram seus casamentos e, assustadoramente, seus divórcios!

[4] HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: uma breve história do amanhã. Tradução de Paulo Geiger. 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

[5] TALEB, Nassim Nicholas. A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável. Traduzido por Marcelo Schild. 5ª ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2011.

[6] Segundo notícia de 16 de março de 2020, “Não podemos dizer universalmente que é leve em crianças. Então é importante que protejamos as crianças como uma população vulnerável”, afirmou Maria van Kerkhove, diretora técnica da OMS. “O que não sabemos ainda – porque ainda não temos o resultado de enquetes sorológicas – é a extensão da infecção assintomática em crianças”, explicou Maria. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/16/oms-diz-que-ha-registro-de-morte-de-criancas-por-causa-do-covid-19.ghtml>

[7] O IBDAFM noticia, em 06 de abril de 2020, que “no Amazonas, em razão da pandemia do coronavírus, foi determinado o desacolhimento de crianças e adolescentes que viviam em um abrigo, a pedido da própria instituição A decisão

é da 2ª Vara da Comarca de Iranduba. Eles deverão ficar com os padrinhos, previamente cadastrados pela comarca, até o fim da quarentena decretada pelas autoridades sanitárias”. <https://www.instagram.com/p/B-pM9q-Dudt/>

[8] Dados do Estado do Rio de Janeiro de 04.04.2020 indicam que “na faixa de 30 a 39 anos, dos 209 casos confirmados, houve apenas uma morte, o que coloca a taxa de letalidade em 0,5%. Entre 40 e 49 anos, a taxa sobe para 1,4% (três mortes entre 214 casos). De 50 a 59 anos, a taxa mais do que dobra, para 3,3% (cinco mortes em 153 casos) - Veja mais em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-brasil/2020/04/04/rj-um-em-sete-casos-de-covid-19-em-idosos-resulta-em-morte.htm?cmpid=copiaecola>

[9] Em 6.04.2020, “o juiz Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, da 22ª Vara Cível de São Paulo, concedeu liminar para reduzir o valor do aluguel pago por um restaurante em virtude da epidemia da Covid-19 no Brasil, que resultou na redução das atividades e dos rendimentos do estabelecimento. Pela decisão, o restaurante pagará 30% do valor original do aluguel enquanto durar a crise sanitária”. <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/liminar-permite-reducao-aluguel-pago-restaurante-epidemia>