

ABUSO DE DIREITO DO GUARDIÃO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE DO MENOR E DO NÃO-GUARDIÃO

GUARDIAN'S ABUSE OF RIGHT AND THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PERSONALITY OF THE MINOR AND NON-GUARDIAN

Roseli Borin Ramadan Ahmad*

“O amor é uma necessidade de todos nós, que deve ser procurada, exercitada e encontrada especialmente na família, mas também na sociedade em geral. Amar não é apenas ser afetivo, fraterno e solidário, mas é, especialmente, dar a todo e qualquer ser humano a possibilidade de desenvolvimento de uma identidade que lhe permita expressar toda a sua potencialidade.”

Antônio Carlos Ribeiro Fester

155

RESUMO

O presente trabalho trata dos institutos do poder familiar e da guarda, abordando a questão do abuso no exercício do direito dos referidos institutos e suas conseqüências, tal como a violação do direito fundamental do menor diante da privação do direito à convivência familiar e a violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Aborda, ainda, os reflexos negativos da conduta negligente e irresponsável do guardião na formação do menor e a conseqüente lesão do direito fundamental à dignidade humana

* Advogada. Mestre em Ciências Jurídicas – Direitos da Personalidade na Tutela Jurídica Privada e Constitucional pelo Centro Universitário de Maringá (Cesumar). Especialista em Direito Civil – Sucessões, Família e Processo Civil, pelo Cesumar. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora de Processo Civil, Direito Civil e Metodologia da Pesquisa Científica e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Alvorada de Ensino e Tecnologia de Maringá. Professora de Direito do Consumidor da Faculdade Metropolitana de Maringá e Professora de Estágio Supervisionado do Cesumar.

intrínseca no direito à convivência social e familiar e ao acompanhamento ao seu desenvolvimento e formação. Passa em revista, também, a violação de diversos direitos fundamentais do não-guardião, como a lesão ao direito à igualdade na chefia familiar, o direito à convivência e ao acompanhamento do desenvolvimento físico, mental e moral do menor e à relação materno e paterno-filial. Por fim, traz à pauta o direito de fiscalização ao guardião como instrumento de garantia e manutenção da integridade dos direitos do menor e seus próprios.

Palavras-chave: Poder familiar; Guarda; Convivência familiar; Abuso no exercício da guarda.

ABSTRACT

The present work treats of the institute of the family power and of the guard, approaching the subjects of the abuse in the exercise of the right of the referred institutes and their consequences, just as, the violation of the smallest's fundamental right due to the privation of the right to the family coexistence and the violation to the beginning of the child's best interest and of the adolescent. It approaches, still, the negative reflexes of the guardian's negligent and irresponsible conduct in the smallest's formation and the consequent lesion of the fundamental right to the intrinsic human dignity in the right the social and family coexistence and to the attendance to her/him I development and formation. It passes in magazine, also, the violation of the non guardian's several fundamental rights, as the lesion to the right the equality in the family leadership, the right to the coexistence and attendance of the smallest's development physical, mental and moral and the maternal and paternal-filial relationship. Finally, it brings the line the fiscalization right to the guardian as warranty instrument and maintenance of the integrity of the smallest's rights and the owner's.

Keywords: To can family; Guard; Family coexistence; Abuse in the guard exercise.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do poder familiar tem acompanhado, ao longo do último século, a galopante evolução das relações familiares, assumindo um teor construtivo e protetivo em relação à prole, o que se reflete, inevitavelmente, nas questões referentes à guarda de menor.

Assim sendo, e considerando a possibilidade de diferentes origens e disciplinas jurídicas do instituto, abordar-se-á, especificamente, o abuso de direito do guardião no exercício do direito de guarda do menor e as conseqüentes violações dos direitos de personalidade inerentes ao instituto.

Também se analisará a violação de diversos princípios constitucionais dispostos para o não-guardião e a lesão aos seus direitos fundamentais, bem como

se evidenciará o direito de fiscalização ao guardião como forma de manutenção dos direitos do menor e do não-guardião.

Portanto, neste estudo se buscará com destemor, com análise científica, doutrinária e jurisprudencial enfrentar a instigante questão do exercício abusivo do direito de guarda e as conseqüentes violações dos direitos fundamentais do menor e do não-guardião.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Precipuamente, faz-se mister discorrer acerca de alguns conceitos cruciais que conduzem ao entendimento do que é a personalidade e os direitos inerentes a ela, protegidos pela Constituição Federal sob a designação de direito fundamental.

A nova ordem constitucional alçou a pessoa à condição de elemento principal da relação jurídica, centro da ordem jurídica, e sua dignidade elevou-se ao *status* de valor supremo do ordenamento. Para tanto, foram estabelecidos princípios diretores de caráter fundamental para assegurar à pessoa os direitos e garantias fundamentais, de forma a proteger e promover a personalidade¹.

Assim, a toda pessoa humana é conferida a personalidade, ou a capacidade jurídica, “qualidade inerente ao ser humano (...), uma qualificação formal, (...) um valor jurídico, (...) um bem”², que “não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualificação jurídica”³, sendo, pois, a suscetibilidade genérica do indivíduo para adquirir direitos e contrair obrigações⁴, ou seja, ser titular de direitos e obrigações⁵.

Importa frisar que a referida aptidão genérica de adquirir direitos e obrigações inerente à personalidade humana não difere de direito para direito, tampouco depende da forma ou meio de pleiteá-los, podendo ser por representação⁶, assistência, ou pessoalmente⁷.

¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 56.

² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 205 e 208. Apud BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Tereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral*, v. 1 (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 38.

³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004. p. 19.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.

⁵ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 19.

⁶ CC, art. 1.634: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: (...); V – representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”.

⁷ BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDA ALVIM; Tereza Alvim (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral*, v. 1 (arts. 1º a 103), p. 39.

Os direitos dispostos para a proteção da personalidade humana estão voltados para a proteção do conjunto de caracteres⁸ físicos, psíquicos e morais⁹ do indivíduo, destinados a “resguardar a eminente dignidade da pessoa, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos”¹⁰.

Importa esclarecer que os direitos da personalidade inerentes à personalidade humana estão abarcados numa esfera protetiva maior, a dos direitos fundamentais, que “demarcam em particular a situação do cidadão com a preocupação básica da estruturação constitucional”¹¹, ou seja, os direitos fundamentais são “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”¹².

Extrai-se do exposto que os direitos fundamentais estão dispostos, constitucionalmente, para a pessoa humana, que, portadora de personalidade, tem a proteção dos chamados direitos da personalidade – princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira¹³ –, lastreados pela cláusula geral dos direitos da personalidade¹⁴ – fundada no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵.

Como princípio diretivo dos direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Carta Maior, tem em seu núcleo a própria dignidade do indivíduo, pois corresponde, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, à

158

... qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degra-

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o NCCB. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Prefácio, p. VII.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 131.

¹¹ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 45.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 359.

¹³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 137.

¹⁴ Embora a Constituição Federal não disponha expressamente acerca da Cláusula Geral dos Direitos da Personalidade, subtende-se que a adota em seu Título I, quando resguarda a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

¹⁵ CF, art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...); III – a dignidade da pessoa humana”.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

Abuso de direito do guardião e a violação de direitos fundamentais...

dante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Mais sinteticamente, trata-se de um “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁷, e por isso a sua violação, conforme lição de Celso Bandeira de Mello¹⁸, “é mais grave do que transgredir uma norma”, haja vista que “a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”, e complementa que “é a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”.

Entendido que o princípio da dignidade da pessoa humana é a célula nuclear que irradia todos os direitos fundamentais do ser humano, toma-se para análise a privação do direito à convivência familiar e a violação do direito fundamental de personalidade do menor e do genitor não-guardião.

3. PODER FAMILIAR E GUARDA

Denominação adotada pelo novo Código Civil de 2002, a expressão “poder familiar” veio substituir o termo “pátrio poder” originado no Código Civil de 1916 e que carregava em sua concepção o peso da história da família patriarcal, que remetia ao pai, chefe da família, todo poder em relação aos filhos, de forma patrimonialista e discriminatória.

O referido instituto, ao longo do século XX, mudou substancialmente, acompanhando a evolução das relações familiares, afastando-se de sua função originária, em que prevalecia o interesse do pai, para “ganhar uma conotação protetiva e construtiva no tocante à prole”¹⁹.

Todavia, a atual denominação “poder familiar” mantém ênfase no “poder” e por isso permanece inadequada, alvo de severas críticas da doutrina. Paulo Luiz Netto Lôbo argumenta que, em razão de o interesse dos pais estar condicionado ao interesse do filho na sua realização como pessoa em formação, “não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 106.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 300.

¹⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27.

o poder compartilhado dos pais (familiar)”²⁰. Ana Carolina Brochado Teixeira²¹ esclarece que “poder sugere autoritarismo, supremacia e comando”, e conclui que essa concepção não se coaduna com a pretensão do ordenamento jurídico no que se refere às relações parentais, e que os traços de poder que possam permear a expressão “autoridade”, no caso em tela, traduzem-se em relação de ascendência.

Por isso importa salientar que o poder familiar é mais dever do que poder sob a forma de encargo legal atribuído aos pais ou a outrem, haja vista que a expressão familiar não sugere titularidade apenas aos pais, mas é extensiva a toda a família²², razão pela qual parte da doutrina defende maior adequação do termo parental em detrimento do termo familiar²³. Ademais, trata-se de um dever de que não se pode eximir sob pena de multa prevista no art. 249²⁴, perda da guarda, prevista no art. 129, inciso VIII²⁵, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outras medidas, como a incidência em crime de abandono²⁶.

Para Caio Mário da Silva, o instituto do poder familiar é um “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º da Constituição”²⁷.

Do poder familiar origina-se o instituto da guarda dos filhos, e o da figura do guardião, atributo previsto no Código Civil, art. 1.634, inciso II²⁸.

Plácido e Silva ensina que o termo guarda,

²⁰ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 12 fev. 2007.

²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 5.

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 5. “Autoridade parental” é utilizado pelo legislador francês desde 1970.

²³ Nesse sentido: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 5; FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai: estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 593; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 27.

²⁴ ECA, art. 249: “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena – multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

²⁵ ECA, art. 129: “São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis: (...) inciso VIII – perda da guarda”.

²⁶ VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 38.

²⁷ Silva, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 5, p. 233.

²⁸ CC, art. 1.634: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos: (...) II – tê-los em sua companhia e guarda”.

Abuso de direito do guardião e a violação de direitos fundamentais...

Derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *ward* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.²⁹

Transportando a expressão para o direito de família, Plácido e Silva define guarda de filhos como a “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil”³⁰.

Silvana Carbonera conceitua guarda como sendo o

... instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.³¹

Entretanto, é necessário pontuar que, embora a guarda seja inerente ao poder familiar, é da sua natureza e não da sua essência, de forma que “é possível que convivam pátrio poder e direito de guarda ...”³², assim como, mesmo sem a guarda, pode existir o poder familiar, que constitui “direito distinto e autônomo de outra pessoa”³³.

Importa esclarecer, ainda, que o direito da guarda de menores pode advir de situações diferentes submetidas a disciplinas jurídicas distintas. A guarda pode decorrer da separação dos pais, de fato ou de direito, conforme dispõem os arts. 1.566-IV³⁴ e 1.724³⁵ do Código Civil brasileiro, operando-se um desmembramento da guarda, que será deferida a um dos pais, ou de menores em situação irregular ou abandonados, com o objetivo de regularizar uma situação de fato, e possibilitar a colocação da criança e do adolescente em família substituta, na

²⁹ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I e II, p. 365.

³⁰ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p. 365-366.

³¹ CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 47.

³² VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 39.

³³ FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato na prática forense*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 20.

³⁴ CC, art. 1.566: “São deveres de ambos os cônjuges: (...); IV – sustento, guarda e educação dos filhos”.

³⁵ CCB, art. 1.724: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

forma em que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 33³⁶, 34³⁷ e 35³⁸.

Em ambos os casos, o conceito de guarda não se altera. Entretanto, há que se frisar que, no primeiro caso, da guarda proveniente da separação de fato ou de direito, mesmo o cônjuge não tendo a guarda, permanece detentor do poder familiar; já na segunda situação, que se refere a condição irregular do menor, a situação se inverte, pois, mesmo sendo detentor da guarda (em situação irregular ou de abandono), não se investe das faculdades inerentes ao poder familiar³⁹.

Importa salientar que, por vezes, o exercício do direito de guarda é permeado por mágoas e desejos de retaliação em contra o não-guardião, o que culmina em evidente abuso do direito de guarda, violando-se não apenas o direito fundamental do menor à convivência familiar, como o mesmo direito do não-guardião.

4. EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE GUARDA

Ponto a ser previamente esclarecido é quanto ao exercício do direito, que difere conforme sua natureza. Embora o exercício de um direito tenha caráter facultativo, haja vista que ninguém está obrigado a exercer o seu direito, alguns direitos são outorgados em proveito de outrem, como ocorre nos casos dos direitos dos pais em relação aos filhos⁴⁰, ou representantes legais em relação aos menores em situação irregular ou abandonado, os quais, por não terem a capacidade de exercer por si os seus direitos, têm a titularidade desse direito investida na pessoa do seu representante legal.

Investido da titularidade do direito do menor, o representante legal está habilitado ao seu exercício em nome do menor, mas de modo normal⁴¹, não da forma que melhor lhe convém, sob pena de cometer abuso de direito.

162

³⁶ ECA, art. 33: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

³⁷ ECA, art. 34: “O Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”.

³⁸ ECA, art. 35: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”.

³⁹ FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato na prática forense*, p. 20.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 112.

⁴¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 113.

Concernente a essa vertente, é necessário esclarecer que a teoria do abuso de direito é resultante da concepção relativista dos direitos desencadeada no começo do século XX, portanto, trata-se de uma construção do pensamento jurídico recente com finalidade amortecedora dos choques freqüentes entre a lei e a realidade que não mais correspondem às aspirações sociais atuais⁴².

A doutrina diverge entre três correntes – a) a subjetivista, a qual defende dois critérios reveladores do abuso de direito: o intencional, que requer como pressuposto o ânimo de prejudicar⁴³, seja com o fim exclusivo de causar prejuízo a outrem, sem obter qualquer vantagem, seja pelo exercício da má-fé⁴⁴; e o técnico, segundo o qual o exercício culposo é elemento caracterizador do abuso de direito⁴⁵; b) a objetivista, pela qual o abuso de direito se evidencia pelo critério econômico, que demanda exercício de um direito sem legítimo interesse; e c) a teleológica, segundo a qual o direito foi exercido em desconformidade com sua destinação econômica ou social⁴⁶.

Importa, ainda, esclarecer que o abuso de direito restou pacificado, em nossa doutrina e jurisprudência, na forma do art. 160, inciso I, parte final, do CCB de 1916, interpretado a contrário *sensu*, que dispunha sobre a licitude dos atos praticados em legítima defesa, ou exercício irregular de um direito⁴⁷, haja vista que, não sendo o ato praticado com o referido intuito, seria um ato ilícito⁴⁸.

Entretanto, o Código Civil de 2002⁴⁹ consagrou a teoria do abuso do direito em nosso ordenamento jurídico, dispondo no Título II do Capítulo V do Livro III, atinente aos atos ilícitos, em seu art. 187, que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Partindo de uma análise do conteúdo do citado dispositivo, entende-se que a teoria do abuso de direito sobejou assentada numa mescla da teoria subjetivista, quando dispõe sobre o ato ilícito motivado pela má-fé, e da teoria teleológica, quando dispõe sobre o ato ilícito como forma de desvio do fim econômico e social proposto.

⁴² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114-115.

⁴³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114.

⁴⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 251.

⁴⁵ GOMES, Orlando. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114.

⁴⁶ GOMES, Orlando. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114.

⁴⁷ CC 1916, art. 160: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido;”

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁴⁹ A doutrina do abuso de direito está difundida na maioria dos ordenamentos jurídicos das grandes nações, notadamente no direito italiano, russo, argentino e português, tendo esse último influenciado o Código Civil brasileiro de 2002.

Assim sendo, com base nas referidas teorias, toma-se para análise as situações em que o abuso de direito é praticado no exercício de poder conferido pelo *status* familiar, especificamente as que envolvem as questões atinentes à guarda do menor, e que ferem de morte direitos fundamentais, tanto deste quanto do não-guardião, sempre com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Várias são as situações em que é dado visualizar-se o abuso de direito no ambiente sociofamiliar. Entre as muitas possibilidades, as que envolvem as questões relativas à guarda do menor são das mais cruéis e violadoras dos seus direitos fundamentais, como a frustração imposta ao direito de visitação ao menor, tanto do não-guardião, quanto de entes queridos como os avós e outros parentes, conquanto tal abuso obsta a convivência familiar, constitucionalmente protegida.

No referente a medidas repressivas ao exercício abusivo do direito à guarda, os arts. 1.586⁵⁰ e 1.637⁵¹, ambos do Código Civil, propõem de medidas paliativas que zelem pela segurança do menor até suspensão do poder familiar, porquanto, nesses casos, quem suporta o peso da lide é o menor, e em muitas situações a inversão da guarda não realiza o melhor interesse dele, até a reparação indenizatória por danos morais.

Todavia, deve-se salientar que, embora originária da esfera dos direitos patrimoniais com o fito de impor sanção reparatória por prejuízo causado em razão do abuso de direito por ato ilícito, migrando a aplicabilidade da teoria do abuso de direito para a esfera dos direitos extrapatrimoniais, acreditou-se que a reparação deixou de ter eficácia quanto ao regime de repressão, já que, por vezes, não constituía dano material, e, portanto, a reparação indenizatória não se fazia mais eficaz.

Contudo, se a inversão da guarda, por vezes, não resguarda o interesse do menor, e a reparação indenizatória não atinge a eficácia almejada, já que o pagamento por danos morais não supre nem compensa o amor, o carinho e a atenção que foram subtraídos do filho durante o período de sua formação⁵², qual seria a medida repressiva capaz de fazer valer os direitos do não-guardião e dos demais entes queridos do menor?

Retomando a questão da ineficácia da medida reparatória por indenização, importa analisar que, ainda que seja impossível mensurar os danos morais, psico-

⁵⁰ CC, art. 1.586: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

⁵¹ CC, art. 1.637: “Se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.

⁵² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 109.

lógicos e sociais que o menor possa vir a sofrer com a imposição do guardião à privação ao convívio familiar por meio do direito de visitação, talvez fosse o caso de deferir-se reparação civil ao não-guardião e avós prejudicados, com base na teoria do abuso do direito, haja vista que, sendo aquele pessoa de coração frio ao ponto de não se sensibilizar com as irreparáveis perdas do menor diante da situação posta, talvez seja no bolso que pulsa o seu coração, embora se entenda não ser esta solução de eficácia absoluta.

Entretanto, se comparada com as situações em que o menor tem seu melhor interesse atingido, como em casos de inversão da guarda, talvez a medida paliativa, autorizada pelo Código Civil, seja menos traumática e produza resultados mais efetivos e céleres – tal como uma multa por dia de abuso do direito.

5. A PRIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PERSONALIDADE DO MENOR

A Constituição Federal de 1988 é taxativa e enfática em seu art. 227, *caput*, no que se refere ao direito que a criança e o adolescente têm à convivência familiar, estando o trinômio família, Estado e sociedade incumbido de assegurar esse direito, posicionamento reafirmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 19 e seguintes.

Desse prisma, revela-se relevante investigar a situação em que se instala a privação do direito à convivência familiar por meio do abuso no exercício do direito de guarda e suas conseqüências violadoras da ordem constitucional.

Do direito de guarda surge o direito de visitação, legalmente estabelecido no direito de família, na forma do art. 1.589⁵³ do Código Civil, e que nada mais é que o direito do não-guardião de se comunicar e conviver com o menor, acompanhar seu desenvolvimento físico e psíquico⁵⁴, e de ter esse direito regulamentado não apenas para si, mas também para os demais entes queridos do menor que fazem parte do seu referencial familiar⁵⁵. E entre estes se incluem os parentes independentemente de grau, os parentes espirituais, como os padrinhos, e até as pessoas

⁵³ CC, art. 1.589: “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”.

⁵⁴ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005. p. 36.

⁵⁵ Nesse sentido: GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 443: “... esse direito decorre não só da solidariedade familiar, dos laços de família, do parentesco na linha reta, como, também, do fato de o ascendente estar obrigado a dar alimentos ao descendente”. Também nesse sentido: BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1984. p. 120-126.

estranhas ao parentesco⁵⁶, mas que lhes são queridas e, portanto, imprescindíveis à convivência com o menor.

Assim, o art. 227⁵⁷ da Constituição Federal dispõe enfaticamente sobre a prioridade à convivência familiar como dever imposto à família, à sociedade e ao Poder Público para os casos de separação de fato ou de direito. Também para os casos de guarda de menores para famílias substitutas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 4º⁵⁸, 19⁵⁹ e seguintes, prevê, a exemplo da Constituição Federal, a convivência familiar do menor com a família, cuidado do legislador que se justifica pelo fato de que o direito de visitação é muito mais da criança e do adolescente do que do adulto visitante⁶⁰, haja vista que, sobretudo, impera o melhor interesse da criança e do adolescente.

Todavia, não são poucos os casos em que o rompimento conjugal ou a colocação da criança em família substituta dificultam ou fazem cessar a convivência do menor com seus familiares e com a comunidade que antes lhe servia de referencial.

Na maioria dos casos em que esse rompimento se processa, o exercício do direito de guarda está contaminado por mágoas e desejos de retaliação em relação ao não-guardião, e nessas circunstâncias o peso de tal conduta recai sobre o menor, que tem seus interesses prejudicados e seus direitos fundamentais violados.

Ao assegurar constitucionalmente o direito à convivência familiar, o legislador buscou preservar o direito dos pais “à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal, concretizado nos cuidados e educação dos mesmos”⁶¹, pois “a aproximação da criança com os pais e avós presume-se de seu interesse, salvo particularidades excepcionais que, essas sim, necessitam ser provadas ou bem fundamentadas”⁶².

166

⁵⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, p. 120.

⁵⁷ CF, art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁵⁸ ECA, art 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária”. (Negrito.)

⁵⁹ ECA, art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

⁶⁰ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Guarda, Estatuto da Criança e do Adolescente: questões controvertidas*. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 53.

⁶¹ CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*, p. 75.

⁶² BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, p. 131.

Ademais, “o vínculo entre pais e filhos deve ser encarado sob a ótica do amor, do respeito e da solidariedade, na busca do que seria a maternidade e a paternidade responsável”⁶³, e é envolvidos nessa atmosfera familiar harmoniosa “que devem estar os menores, porque é nesse meio que melhor se pode desenvolver o espírito, no sentido do bem, do justo e, ainda, do útil social e individual”⁶⁴.

Se, ao contrário, o guardião, munido de ressentimentos ou interesses escusos, afasta o menor do convívio familiar, sobre ele recairá o repúdio da lei e da moral, mas “nem sempre serão condenados pelo filho”⁶⁵, sobre o qual pesarão todas as conseqüências sociopsicológicas.

Ressalta-se que, embora o direito de visita esteja condicionado, tão só e puramente, ao interesse do menor, trata-se de um dever de ordem moral e não uma obrigação. Assim,

... se o progenitor reclama a faculdade de conviver periodicamente com os filhos, há de ser pela razão de que, sem embargos dos desajustes conjugais, ainda lhe sobram impulsos afetivos, que a criança receberá (...) sem revolta interior que resultaria do indiferentismo de um deles.⁶⁶

Assim sendo, ao não-guardião seria possibilitado o estabelecimento de um regime de convívio amplo resultante do maior tempo de convívio com o menor, o que, do ponto de vista da convivência familiar, resultaria numa atuação direta e mais efetiva de ambas as partes, guardião e não-guardião, o que fatalmente redundaria na manutenção dos laços afetivos entre estes e o menor.

A privação do convívio entre a criança com o não-guardião, seja numa relação entre pais e filhos, entre netos e avós⁶⁷ ou demais familiares, é tão prejudicial ao menor quanto abandoná-lo à própria sorte, pois, muitas vezes, o sentimento de abandono que o filho nutre diante do rompimento da estrutura familiar é convertido em um comportamento agressivo contra o próprio guardião ao entender que as manobras deste têm o fito de dificultar, sem justificativa, o acesso do não-guardião.

⁶³ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*, p. 22.

⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado: comentários ao art. 384*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956. p. 840.

⁶⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, 129.

⁶⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, p. 133.

⁶⁷ “DIREITO DE VISITA ENTRE AVÓS E NETOS – Embora o CCB não contemple, de modo expresso, o direito de visita entre avós e netos, esse direito resulta não apenas de princípios de direito natural, mas de imperativos do próprio sistema legal, que regula e admite essas relações, como em matéria de prestação de alimentos (art. 397), de tutela legal (art. 1.603), além de outros preceitos. O direito de os avós visitarem os netos e serem por eles visitados constitui, assim, corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei” (TJRS – AI 590.007.191 – 3ª C – Rel. Dr. Flávio Pâncaro da Silva – J. 29.03.1990, RJ 156/80).

Obviamente, não se pode generalizar, afirmando que todos os filhos que vivem na situação proposta estão predestinados a um comportamento agressivo, violento ou perturbado, mas se pode afirmar que, na grande maioria dos casos, senão em todos, a qualidade de vida do menor estará prejudicada pela falta da manutenção do núcleo familiar primitivo que garante o seu desenvolvimento sadio e a sua auto-estima, do que decorrerá a ausência de traumas, muito comuns nos casos de separação familiar conturbada.

A convivência comunitária também é fator importante a ser considerado no desenvolvimento normal e contínuo do menor e do adolescente, haja vista que a comunidade representa para eles um referencial de normas comportamentais.

Ponto relevante a ser considerado, ainda, é que não apenas a ausência de um membro familiar no convívio com o menor é fator desestruturante na sua formação, mas também o é a aparência de descumprimento das funções desse membro familiar diante da privação à convivência com o menor, imposta pelo guardião, e que se traduz em negligência, ferindo violentamente as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal.

Tal violência aos direitos fundamentais de personalidade do menor requer medidas enérgicas que obriguem o guardião no exercício abusivo do seu direito de guarda a repensar seu importante papel de protetor, mentor, educador e tantos outros diante do menor.

Para o menor, muitos seriam os benefícios emocionais que sobreviriam dessa conscientização, desde a garantia de seu direito de convivência familiar até a proteção de suas aspirações e esperanças na estrutura familiar.

Destarte, foi baseada na prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente que a Constituição Federal priorizou a sua proteção, assegurando e garantindo os seus direitos fundamentais, entre os quais a convivência no seio familiar e comunitário – ainda que seja por meio de visitas regulamentadas em processo judicial.

6. A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças, tem sua origem atada ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do rei de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por si mesmos⁶⁸.

⁶⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1.

Nos Estados Unidos, o princípio do *best interest of the child* foi introduzido em 1813, vigorando na forma de concessão ao Estado da função de guardião legal dos incapazes⁶⁹.

A manifestação de reconhecer uma proteção especial para a infância em âmbito internacional se fez constar na Declaração de Genebra, já em 1924, e em 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1959 na Declaração Universal dos Direitos da Criança e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, ratificada e integrada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 99.710/90, que, expressamente, faz referência ao princípio do melhor interesse da criança⁷⁰.

Constitucionalmente, a proteção integral, ou “melhor interesse da criança”⁷¹ estão materializados na forma do art. 227, *caput*. Nos mesmos parâmetros, essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no art. 3º, que prevê o gozo dos direitos fundamentais para as crianças e os adolescentes sem prejuízo da proteção integral, e no art. 4º, que dispõe acerca do dever da família, a sociedade e o Estado zelarem pela prioridade e efetivação desses direitos.

No âmbito do Código Civil, o dispositivo 1.583 confere aos cônjuges, diante de separação ou divórcio consensual, a liberdade de acordarem sobre a guarda de filhos, e não havendo acordo, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la, de acordo com o disposto no seu art. 1.584 – interpreta-se “melhor condição” do ponto de vista do que é melhor para o menor. O novo diploma civil também relegou a culpa na separação do casal como fator influenciador no tangente à guarda de filhos.

Conclui-se da análise dos citados dispositivos que o legislador buscou evidenciar a aplicação da proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional, haja vista que, em todos os casos a que os dispositivos infraconstitucionais remetem, a situação do menor deve ser priorizada.

Assim, é imperioso que, ao se reputar a qualquer modalidade de guarda, se tenha como guia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, haja vista a proteção especial conferida constitucional e infraconstitucionalmente, em

⁶⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 96.

⁷⁰ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 98.

⁷¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) considera criança a pessoa com idade entre 0 (zero) e 12 (doze) anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

razão da condição especialíssima de seres em desenvolvimento físico, psíquico e moral, e por serem, reconhecidamente, sujeitos de direitos e não meros objetos⁷².

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve estar relacionado às necessidades essenciais e indispensáveis do menor, priorizando-se o seu bem-estar em detrimento de qualquer interesse do guardião ou não-guardião, principalmente os interesses relativos à convivência deste, pois a ordem jurídica tem o condão de zelar “para que não ocorram rupturas dos laços afetivos criados, em prejuízo dos verdadeiros fins estampados no sistema jurídico, que prestigiam entre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor”⁷³.

7. DIREITO AO ACOMPANHAMENTO DO DESENVOLVIMENTO E DA FORMAÇÃO DO MENOR, E VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE OS PAIS E DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR E DO DIREITO DE FISCALIZAÇÃO AO GUARDIÃO

A concepção constitucional de família igualitária e eudemonista⁷⁴ baliza a necessidade patente que os menores e os adolescentes têm de convívio social e familiar, e o direito dos genitores em acompanhar o seu desenvolvimento e formação, nos campos físico, intelectual e moral.

170

O acompanhamento do desenvolvimento e da formação do menor, por parte de ambos os genitores, durante a infância e a adolescência oferece ao menor recursos necessários à sua completa formação, desde os conhecimentos basilares aos mais complexos aspectos da vida, numa clara função orientadora e educativa, pautada na noção de liberdade e respeito.

É, portanto, em prol da garantia desses direitos que a Constituição Federal assegura, no art. 226, § 5º, a igualdade jurídica dos cônjuges, pondo fim ao poder marital e à soberania absoluta de chefe de família, alçando a mulher à sua real condição, a de colaboradora e não de subordinada ao homem, como outrora. No compasso desse posicionamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente também preceitua, em seu art. 21, a igualdade de condição entre os genitores do menor em relação ao pátrio poder⁷⁵.

⁷² PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 28.

⁷³ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*, p. 21.

⁷⁴ *Dicionário Aurélio século XXI*, eletrônico. Eudemonismo: doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, i.e., que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade.

⁷⁵ ECA, art. 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução do conflito”. CC,

Partindo desse prisma, claro está que os direitos e obrigações relativos às crianças e aos adolescentes devem ser exercidos em igualdade de condições pelos pais, com o objetivo de executar suas incumbências legais e preservar o melhor interesse daqueles.

Decorrente do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, tem-se o princípio da igualdade na chefia familiar, que deve ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração.

No Código Civil de 2002, o princípio em questão pode ser percebido pelo que consta dos incisos III e IV do art. 1.556, que atribui, de forma igualitária, a ambos os cônjuges os deveres concernentes à prole, considerando as possibilidades patrimoniais e pessoais de cada um. Da mesma forma, o art. 1.631 concede aos pais, independentemente da forma de entidade familiar, o poder familiar paritário, possibilitando a qualquer deles recorrer à solução judiciária diante de desacordo, e o art. 1.634 elenca as atribuições dos pais para com os filhos⁷⁶.

Assim, quando o cônjuge detentor da guarda viola o direito do outro cônjuge em conviver com o menor, está ferindo, na esfera do não-guardião, o princípio da igualdade dos pais, o direito ao poder familiar, bem como fere de morte, na esfera do menor, o princípio da convivência familiar, o direito à paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao poder familiar, vale lembrar que é exercido no proveito, no interesse e na proteção dos menores, e é conferido aos pais simplesmente porque o ser humano, naturalmente, durante sua infância necessita de alguém que lhe proteja, crie, eduque, guarde e defenda seus interesses.

Assim sendo, a violação do poder familiar do não-guardião cerceia o direito/dever de o genitor não-guardião exercer a paternidade responsável⁷⁷ preceituada constitucionalmente, um direito fundamental do menor, bem como fere o dever de paternidade responsável do genitor guardião para com o menor.

art. 1.589: “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”. Art 5º, I, CF: “Todos são iguais perante a lei (...): I – homens mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; 226, § 5º CF: “(...) § 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁷⁶ A saber: a) dirigir a criação e a educação dos filhos; b) ter os filhos em sua companhia e guarda; c) conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para casarem; d) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobrevivente não puder exceder o poder familiar; e) representar os filhos, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁷⁷ CF, art 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, (...)”.

No concernente ao direito de fiscalização do não-guardião⁷⁸, com o intuito de evitar a autoridade abusiva do guardião, o Estado intervém submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle, na forma de restrição de seu uso e dos direitos dos pais, e limitação desse poder no tempo, com o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana em formação, pois, “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”⁷⁹, particularmente em se tratando da dignidade de menor, pessoa incapaz na defesa dos seus direitos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As situações atinentes à guarda do menor em que há o abuso no exercício do direito ferem de morte os direitos fundamentais, tanto do menor quanto do não-guardião, pois violam o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o vínculo entre pais e filhos ou menores e seus representantes deve ser pautado no amor, no respeito e na solidariedade, com o fito do exercício do que seria a maternidade e a paternidade responsáveis.

Destarte, a convivência da criança e do adolescente com sua família e com a comunidade deve ser meta obsessiva dos operadores do direito nas ações de guarda, pois a família é a base social e, na maioria das vezes, o fio condutor da harmonia e do ambiente propício ao desenvolvimento e à formação do menor em um cidadão consciente de seus direitos e deveres.

Se, ao contrário, na família do menor não houver harmonia e ambiente adequado a sua formação, e se a tentativa de adequá-lo se frustrar, e as penalidades legais, como a multa, a inversão da guarda e a indenização, entre outras medidas paliativas, não surtirem o efeito desejado, o lar substituto deve ser procurado, de modo que o menor possa se desenvolver num ambiente sadio e afetuoso capaz de estruturá-lo sob o aspecto da cidadania e da humanização.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Tereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1 (arts. 1º a 103).
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

⁷⁸ Vide art. 1.589 do CC, nota de rodapé n. 75.

⁷⁹ CUNHA, Jorge Teixeira da. Valor: cultura e direitos humanos. *Communio – Revista Internacional Católica*, 1997, p. 50. Apud MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 188.

Abuso de direito do guardião e a violação de direitos fundamentais...

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado: comentários ao art. 384*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o NCCB. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1984.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 1. ed. Campinas: Romana, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai: estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato na prática forense*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Guarda, Estatuto da Criança e do Adolescente: questões controvertidas*. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.
- FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 12 fev. 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 5.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I e II.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey.

