

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*

RESUMO: O presente trabalho trata do instituto 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 intrínseca no direito a 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 a igualdade na chefia familiar, o direito à convivência e acompanhamento do desenvolvimento físico, mental e moral do menor e a relação materno e paterno-filial. Por fim, traz a pauta o direito de fiscalização ao guardião como instrumento de garantia e manutenção da integridade dos direitos do menor e seu próprio.

Palavras-chave: poder familiar, guarda, convivência familiar, abuso de direito.

ABSTRACT: This work deals with the institute of the family power and custody, approaching the issue of abuse in the exercise of the right of those institutes and their consequences, such as the violation of the fundamental right of the minor before the deprivation of the right to family living and the violation of the principle of the best interests of children and adolescents. It approaches, in addition, the negative effects of the guardian's irresponsible and reckless conduct in the child's education and the consequent injury of the fundamental right to the human dignity inherent in the right to the social and family living and the follow-up of his/her development and education. It also reviews the violation of several non-guardian's fundamental rights, as the injury to the right of equality in the family headship, the right to family living and the follow-up of the minor's physical, mental, and moral development as well as the mother and father's relation with the child. Finally, it considers the right to inspect the guardian as an instrument for guaranteeing and maintaining the integrity of the minor's rights and his/her own.

Key words: family power, custody, family living, abuse of right.

Sumário: Introdução - 1 Direito da personalidade - 2 Poder familiar e guarda - 3 Exercício abusivo do direito de guarda - 4 Privação do direito à convivência familiar e violação do direito fundamental de personalidade do menor - 5 A prevalência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente - 6 Direito ao acompanhamento do desenvolvimento e formação do menor e violação dos princípios da igualdade entre os pais e da igualdade na chefia familiar, da relação materno ou paterno-filial e do direito de fiscalização ao guardião - Conclusão - Referências.

*Roseli Borin Ramadan Ahmad, Advogada, Mestre em Ciências Jurídicas - Direitos da Personalidade na Tutela Jurídica Privada e Constitucional pelo Cesumar – Centro Universitário de Maringá, Especialista em Direito Civil – Sucessões, Família e Processo Civil, Cesumar – Centro Universitário de Maringá, Especialista em Direito do Estado, pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, Professora Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Alvorada de Ensino e Tecnologia de Maringá e Professora das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí - Univale.

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 a prole, o que se reflete, inevitavelmente, nas questões referente a 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.

Tomar-se-á, também, para análise, a violação de diversos princípios constitucionais dispostos para o não guardião e da lesão aos direitos fundamentais do mesmo, bem como, evidenciar-se-á o direito de fiscalização ao guardião como forma de manutenção dos direitos do menor e do não guardião.

Buscar-se-á, portanto, neste estudo, 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.

1 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 essa, protegidos pelo Constituição Federal sob a designação de direito fundamental.

A nova ordem constitucional alçou a pessoa a 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 à 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.

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

²AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. Introdução, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 205 e 208. *Apud*, BARRETO, Wanderlei de Paula. *In* ARRUDA ALVIM e ALVIM Tereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro – Parte Geral**, v. 1 (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38.

³DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, 1ª ed. Campinas: Romana, 2004, p. 19.

⁴DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil**, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

⁵DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, p. 19.

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

Os direitos dispostos para a proteção da personalidade humana estão voltados para a proteção do conjunto de caracteres⁸ físicos, psíquicos e morais⁹ desse 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.

Extraí-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 artigo 1º, da Carta Maior, tem em seu núcleo a própria dignidade do indivíduo, pois corresponde, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ à,

[...] 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

⁶CCB, art. 1634 – “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”.

⁷BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro** – Parte Geral, v. 1 (arts. 1º a 103). ArrudaAlvim e TerezaAlvim (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39.

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

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

¹⁰GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 131.

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

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

¹³SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 137.

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

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

¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

peessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante 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 a sua violação, pois 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.

2 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 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 inadequado, alvo de severas críticas da doutrina. Paulo Luiz Netto Lôbo argumenta que, em razão do interesse dos pais estarem 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 o poder*

¹⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 12ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 106.

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

¹⁹RAMOS, 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: Lúmen Júris, 2005, p. 27.

*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 as relações parentais e que os traços de poder que possam permear a expressão “autoridade”, no caso em tela, se traduz 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 extensivo 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 e do 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 da figura do guardião, atributo previsto no Código Civil art. 1634, inciso, II²⁸.

Plácido e Silva, ensina que o termo guarda é,

Derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warde* (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 administração²⁹.

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”.

²⁰LÔBO, 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.

²¹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, op. cit., p. 05.

²²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit. p. 05. “Autoridade parental” é utilizado pelo legislador francês, desde 1970.

²³Nesse sentido: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 05; 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**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 27.

²⁴ECA, 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”.

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

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

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

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 judicial³¹.

Necessário se faz, entretanto, 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 dispõe os arts. 1566 IV³⁴ e 1724³⁵ do Código Civil Brasileiro, operando-se um desmembramento da guarda, que será deferida a um dos pais, ou de menores em situação irregular ou abandonado, com o objetivo de regularizar uma situação de fato, e possibilitar a colocação da criança e do adolescente em família substituta, na forma em que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 33³⁶, 34³⁷ e 35³⁸.

Todavia, em ambos os casos, o conceito de guarda não se altera. Entretanto, a 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), o mesmo não se investe das faculdades inerentes ao poder familiar³⁹.

²⁶ CCB/2002, art. 1634 – “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos: (...); II - tê-los em sua companhia e guarda”.

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

³⁰ SILVA, Plácido e., op. cit., p. 365 e 366.

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

³² VIANA, Marco Aurélio S., op. cit. p. 39.

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

³⁴ CCB, art. 1566 – “São deveres de ambos os cônjuges: (...); IV – sustento, guarda e educação dos filhos”.

³⁵ CCB, art. 1724 – “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

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, op. cit., p. 20.

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

3 EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE GUARDA

Ponto a ser, previamente, esclarecimento, é quanto ao exercício do direito que difere conforme seja 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 que por não terem a capacidade de exercer por si os seus direitos, tem a titularidade desse direito investida na pessoa do seu representante legal.

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

Concernente a essa vertente, faz-se 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 frequentes entre a lei e a realidade que não mais correspondem às aspirações sociais atuais⁴².

A doutrina diverge entre duas correntes: a subjetivista que 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; e a objetivista pela qual o abuso de direito se evidencia pelo critério econômico, que demanda exercício de um direito sem legítimo interesse; e o teleológico, segundo o qual o direito foi exercido em desconformidade com sua destinação econômico ou social⁴⁶.

Importa, ainda, esclarecer que, em nosso sistema jurídico, o abuso de direito restou pacificado, na doutrina e na jurisprudência, sob a forma do artigo 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,

⁴⁰GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 112.

⁴¹Ibid., p. 113.

⁴²Ibid., p. 114 e 115.

⁴³Ibid., p. 114.

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

⁴⁵GOMES, Orlando. Op. cit. p. 114.

⁴⁶GOMES, Orlando. Op. cit., p. 114.

⁴⁷**CCB/1916, art. 160** – “Não constituem atos ilícitos: I - Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – (...)”.

haja vista, que não sendo o ato praticado com o referido intuito, constituir-se-ia em ato ilícito⁴⁸.

Entretanto, o novo 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 artigo 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.

Assim sendo, baseada 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, ambos fulcrados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Muitas são as situações em que é dado visualizar-se o abuso de direito no ambiente sócio-familiar. Dentre as muitas possibilidades, as que envolvem as questões relativas à guarda do menor são das mais cruéis e violadoras dos direitos fundamentais do menor, 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 artigos 1.586⁵⁰, 1637⁵¹, ambos do Código Civil, propõem desde medidas paliativas que zelem pela segurança do menor, bem como, suspensão do poder familiar, porquanto, nesses casos, quem suporta o peso da lide é o menor, e em muitos casos a inversão da guarda não realiza o melhor interesse do menor, até a reparação indenizatória por danos morais.

Todavia, se faz necessário salientar que, embora originária da esfera dos direitos patrimoniais com o fito que de impor sanção reparatória por prejuízo causado em razão do abuso de direito por ato ilícito, a aplicabilidade da teoria do abuso de direito, ao migrar 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.

⁴⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 6ª ed. atual. e ampl. Editora Saraiva - 1995.

⁴⁹A doutrina do abuso de direito está difundida na maioria dos ordenamentos jurídicos das grandes nações, notadamente no Direito Italiano, Russo, Argentino e Português, tendo este último, influenciado o Código Civil brasileiro de 2002.

⁵⁰**CCB, art. 1586** – “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**CCB, art. 1637** – “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”.

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 ou compensa o amor, carinho e 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, psicológicos 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, baseado 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 coração do mesmo, 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, se entende produziria uma multa por dia de abuso do direito.

4 A PRIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E 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, sendo que o trinômio família, Estado e sociedade estão incumbidos de assegurar esse direito, posicionamento reafirmado pelo Estatuto da criança e do adolescente em seu art. 19 e seguintes.

Sob esse 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. 1589⁵³ do Código Civil Brasileiro, 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 independente de grau, os

⁵²RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. cit., p. 109.

⁵³CCB, art. 1589 - "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."

⁵⁴FRAGA, Thelma, op. cit., p. 36.

parentes espirituais, como os padrinhos e até as pessoas estranhas ao parentesco⁵⁶, mas que lhes são queridas e, portanto, imprescindíveis à convivência com o menor.

Assim, dispõe, enfaticamente, o art. 227⁵⁷ da Constituição Federal sobre a prioridade à convivência familiar como dever imposto a família, a sociedade e o 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. 4^{o58}, 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 dificulta ou faz 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 face do não guardião sendo que 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 mesmos⁶¹”, haja vista, que “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 fundamentadas⁶²”.

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 responsável⁶³”, e é pautado nessa atmosfera familiar harmoniosa “[...] que

⁵⁶Nesse 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”. BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**, 3ª ed. São Paulo: Leud, 1984, p.120-126.

⁵⁸BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p.120.

⁵⁷CF, 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”.

⁵⁸ECA, 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*.

⁵⁹ECA, 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”.

⁶⁰FIGUEIRÉDO, Luiz Carlos de Barros. **Guarda , estatuto da criança e do adolescente – Questões controversas**, 1ª ed., 4ª. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 53.

⁶¹CARBONERA, Silvana Maria. **A guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 75.

⁶²BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. 131.

⁶³FRAGA, Thelma, op. cit., p. 22.

*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 este recairá o repúdio da lei e da moral, mas “[...] *nem sempre serão condenados pelo filho*⁶⁵”, porquanto, é sobre o menor que pesará todas as conseqüências sócio-psicológicas.

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 deles⁶⁶.

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 a 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 do mesmo têm o fito de dificultar, sem justificativa, o acesso do não guardião ao menor.

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 pode se 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 desenvolvimento sadio e a auto-estima do menor, do que decorrerá a ausência de traumas, muito comuns nos casos separação familiar.

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 os mesmos, um referencial de normas comportamentais.

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

⁶⁵BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., 129.

⁶⁶Ibid., p. 133.

⁶⁷DIREITO 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 dos avós de visitarem os netos e 88 TJRS – AC 70.002.994.366 – 7a C. Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – J.03.10.2001.

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 formação deste, mas também o é a aparência de descumprimento das funções daquele, 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 obrigue 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, emocionalmente, muitos seriam os benefícios 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, é baseado na prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente que a Constituição Federal priorizou a proteção dos mesmos, lhes assegurando e garantindo os direitos fundamentais dentre os quais a convivência no seio familiar e comunitário, ainda que seja por meio de visitas regulamentadas em processo judicial, relação paterno-filial que com razão, necessita de maior atenção.

5 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.

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

A manifestação de reconhecer uma proteção especial para a infância a nível internacional se fez constar na Declaração de Genebra, já em 1924, após, 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 ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 99.710/1990 que, expressamente, faz referência ao princípio do melhor interesse da criança⁷⁰.

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

⁶⁹RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. cit., p. 96.

⁷⁰RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, op. cit., p. 98.

Constitucionalmente a proteção integral, ou melhor, interesse da criança⁷¹ está assegurada na forma do artigo 227, *caput*. Nos mesmos parâmetros essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), nos artigos 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 família, da sociedade e do Estado zelar pela prioridade e efetivação desses direitos.

No âmbito do Código Civil, o dispositivo 1583 confere aos cônjuges, diante de separação ou divórcio consensual, a liberdade de acordarem sobre a guarda de filhos, sendo que não havendo acordo a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la, de acordo com o disposto no art. 1.584 do Código Civil Brasileiro, e interpreta-se “melhor condição” do ponto de vista do de que é melhor para o menor. O novo diploma civil, também, relegou a culpa na separação do casal, como fator influenciador no tangente a 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 todas as situações a que os dispositivos infraconstitucionais remetem, a situação do menor deve ser priorizada.

Assim, é imperioso que ao reputar-se 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 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 interessa da criança e do adolescente, deve, necessariamente, estar relacionado às necessidades essenciais e indispensáveis do menor, devendo ser priorizado o bem estar do mesmo 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.

6 DIREITO AO ACOMPANHAMENTO DO DESENVOLVIMENTO E 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

⁷¹O 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.

⁷²PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit., p. 28.

⁷³FRAGA, Thelma, op. cit., p. 21.

familiar, e do direito dos genitores em acompanhar o seu desenvolvimento e formação, físico, intelectual e moral.

O acompanhamento do desenvolvimento e 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 a soberania absoluta de chefe de família, alçando a mulher, a sua real condição, a de colaboradora e não de subordinada do homem, como outrora. No compasso desse posicionamento o Estatuto da Criança e do Adolescente, também, preceitua em seu artigo 21, a igualdade de condição entre os genitores do menor em relação ao pátrio poder⁷⁵.

Partindo desse prisma, claro está que os direitos e obrigações relativos as crianças e aos adolescentes devem ser exercidos em igualdade de condições pelos pais, afim 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 incs. III e IV do art. 1.556, que atribui, de forma igualitária, a ambos os cônjuges, os deveres concernentes a prole, considerando as possibilidades patrimoniais e pessoas de cada um. Da mesma forma o art. 1.631 concede aos pais, independente da forma de entidade familiar, o poder familiar paritário, possibilitando a qualquer deles, recorrer a solução judiciária, diante de desacordo, e o art. 1.634 ao elencar 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

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 às 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”. **NCCB – Art. 1.589** – “O pai ou a mãe, 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, 226 § 5º CF** - “Todos são iguais perante a lei (...): I – homens mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

⁷⁶A 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 lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

igualdade dos pais, o direito ao poder familiar, bem como fere de morte, na esfera do menor, o princípio da convivência familiar, o direito a paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao poder familiar, vale lembrar que, o mesmo é exercido no proveito, interesse e proteção dos menores e é conferido aos pais, simplesmente porque, o ser humano, naturalmente, necessita, durante sua infância, 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 do 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.

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, sob a forma de restrição de seu uso e direitos dos pais e limitação, no tempo, desse poder, afim 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 e se tratando da dignidade de menor, pessoa, pessoalmente, incapaz na defesa dos seus direitos.

CONCLUSÃO

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 responsável.

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, haja vista, ser a família a base social, e na maioria das vezes, o fio condutor da harmonia e do ambiente propício ao desenvolvimento e 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, bem como, se a tentativa de adequá-lo se furtar, e as penalidades legais, como a multa, a inversão da guarda, a indenização, dentre outras

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, (...)”.

⁷⁸ Vide **art. 1.589 do NCCB**, nota de rodapé n. 65.

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, 3ª ed. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2000, t. IV, p. 188.

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

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 205 e 208. *Apud*, BARRETO, Wanderlei de Paula. *In* ARRUDA ALVIM e ALVIM Tereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro – Parte Geral**, v. 1 (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**, 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro – Parte Geral**, v. 1 (arts. 1º a 103). Arruda Alvim e Tereza Alvim (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade – De acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos o Brasil Comentado**, comentários ao art. 384. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

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

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**, 3ª ed. São Paulo: Leud, 1984.

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

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

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, 3ª ed., T. IV. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2000.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, 1ª ed. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil**, 18ª 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**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Guarda , estatuto da criança e do adolescente – Questões controversas**, 1ª ed., 4ª. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

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

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 7ª 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**, 20ª 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.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**, in O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Tânia da Silva Pereira (Coord.). 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: Lúmen Júris, 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**, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 12ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**, vs. I e II, 4ª ed. Edição Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, 2ª 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**, 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey.

Artigo recebido em: Julho/2008

Aceito em: Novembro/2008

