

## O PODER FAMILIAR E SEU REFLEXO, SOBRE A GUARDA DE MENORES.

Nathalia Ghiraldelo YARAIAN<sup>1</sup>

**RESUMO:** O poder exercido sobre os incapazes em âmbito familiar, possui algumas características para que se possa ser exercida judicialmente e adequadamente; A guarda sobre estes que ainda não podem responder absolutamente ou relativamente seu direitos e deveres perante o âmbito processual criminal e nem cível. As crianças e adolescentes, são protegidas por o estatuto criado em 1990, mais conhecido como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seus artigos elaborados, está a forma de como esta criança ou adolescente deve ser representada judicialmente, e seus direitos e deveres como cidadãos em formação. Pelo fato de existir o poder familiar, que é o poder que existe entre pais e os filhos, diretos deveres e obrigações recíprocas. O estatuto da criança e do adolescente veio, para o ordenamento estabelecer quais os deveres, direitos e obrigações que estes possuem perante a vida em comunidade e em família, no qual a titularidade do exercício deste poder é cônjuges ou companheiros. Neste trabalho, o seu desenvolvimento decorre com base sobre o poder familiar e o poder exercido sobre os titulares, sobre os incapazes. Principalmente, desenvolvido para melhor análise, e explicação dos tipos de guarda existente no nosso ordenamento Brasileiro.

**Palavras-chave:** Direitos. Família. Incapazes. Guarda.

### 1 INTRODUÇÃO

O poder familiar foi trazido pelo código civil de 1916, segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, trata-se de "filhos que adquirem direitos e bens, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e para este fim, representados em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada poder parental ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais". Sendo que também o poder familiar se

---

<sup>1</sup> Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail nathaliagyaraian@gmail.com.

encontra na Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo nº 226, §7; fundamentada no princípio da paternidade responsável, sendo que é um livre direito do casal o exercício do poder familiar. Porém somente com advento do código de 2002, o poder familiar é exercido por ambos os pais, sendo que no anterior código de 1916 o poder familiar era somente de exercício do pai. Desta forma, os filhos menores, estão sujeitos este poder desde que não violem os direitos e garantias garantidos por estes ECA.

O poder exercido, quanto a seu conteúdo que estes possuem o dever, direito de ambos os responsáveis; tendo o seu conteúdo quanto aos filhos e aos bens dos filhos. No qual será tratado especificamente sobre a guarda e dos menores e sua característica de cada espécie.

Basicamente o poder de guarda, é poder e dever dos pais quantos aos filhos, sobre os cuidados, proteção dos filhos, em prestar assistência material, moral e educacional; porém, hoje o poder familiar não possui mais a característica como no primórdio da concepção do poder familiar do código civil de 1916.

## **2 SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA.**

O direito de família está interligado com vários ramos do direito, porem, este se encontra mais ligado a própria vida; no qual os indivíduos estão vinculados durante toda a sua existência sendo um vínculo sanguíneo, unidas por vínculo de afinidade, adoção, conjugal e parentesco. A família se vincula a um âmbito sociológico, onde que se apresenta de forma necessária e até como forma de respeito pela sociedade, tendo assim, ampla proteção do Estado.

### **2.1 O Conteúdo que Abrange o Direito de Família**

Os conteúdos sobre o direito familiar, estão vinculados ao Direito Civil, sendo que diferem do conteúdo “direito das obrigações”, pelo fato que o direito familiar vem como forma de abranger em seu conteúdo um fim “moral e ético”. Pelo fato que no Direito das Obrigações e no Direito de Família, existir resoluções de

conflitos e sanções diferenciadas, mesmo havendo entre eles o mesmo direito relativo, que é a qual forma de exercer contra determinada pessoa. Pelo simples fato de que as infrações do Direito das obrigações, são por perdas e danos; já o Direito Familiar é resolvido por diversas forma de extinção ou suspensão do poder familiar.

### **3 O PODER FAMILIAR.**

O poder familiar, foi denominado como forma exercida pelo titular do Direito de Família, no qual são de forma mais comum, os Pais sanguíneos ou que possuem algum tipo de vínculo.

Este poder teve seu advento no Código Civil de 1916, o código anterior ao vigente hoje (Código Civil de 2002), este poder era exercido unicamente pelo “pai de família” ou também chamado de “pátrio poder”, aonde que com o surgimento da Constituição Federativa do Brasil em 1988, esta ficou em desacordo pelo fato de haver o conflito de algumas normas da nova constituição com o código recepcionado por esta, pelo fato que segundo a constituição que se adentrava passava se que ambos responsáveis, tanto homens como as mulheres, possuíam os mesmo direitos e deveres perante os filhos e a sociedade. Ao longo do século XX, mudou substancialmente a evolução das relações familiares, afastando a sua função originaria, que era somente o “pátrio poder”, pois, com o advento da nova constituição a mudança foi muito intensa, na medida pela qual o interesse dos pais estava condicionado ao interesse do filho e com sua formação social e étnica. Porém, foram necessários 26 anos para se consumir a igualdade de direitos e deveres na família deste o Estatuto da mulher casada (Lei nº 4.121/62) a o advento da constituição de 1988. Tendo como sua consequência o fim com a distinção que havia do poder marital e o poder pátrio,

Com a chegada do novo código a evolução foi gradativamente maior com o tempo, pelo fato da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação os filhos, assim, como o resultado o poder familiar é um ônus dos pais, aonde que uma sociedade organizada a eles atribui, pela virtude de existir uma circunstância de interesse dos filhos.

### 3.1 Do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a Ótica do Poder Familiar

A constituição Federativa de 1988, trouxe especialmente os direitos fundamentais da criança e do adolescente, em seu artigo nº 227, a redação específica que é dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar a criança e ao adolescente a absoluta prioridade de uma vida social confortável, segura, livre de exploração, violência, opressão e crueldade. Assim, para melhor aprofundamento dos tais direitos da redação do artigo nº227, foi promulgada a lei nº 8.069/90, que traz o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que foi considerada um marco para proteção das crianças e adolescentes, no qual tinha como razão reforçar a principal contexto que trazia a constituição Federativa do Brasil de 1988.

Em sua redação o Estatuto da Criança e do Adolescente, traz o poder familiar, que é trazido em duas orbitas a dedicada ao direito de convivência familiar e comunitária nos artigos nº 21 a 24; E, no capítulo dedicado aos procedimentos relativos a perda e a suspensão do poder familiar, nos artigos nº 155 a 163.

Quando os direitos são desrespeitados ou se interrompem por alguma razão, podendo haver a suspensão, extinção ou a perda do poder familiar. Trazendo o próprio ECA, as regras processuais quando há propositura de uma ação por um legitimado que tenha legítimo interesse ou proposta pelo Ministério Público, aplicando-se posteriormente as normas do Código processual Civil. Proferida a sentença em até o máximo de 120 dias após ser ouvidas as testemunhas e todo o procedimento a sentença pode ser pela suspensão do poder familiar ou a perda deste.

A suspensão do poder familiar é uma forma de restrição do exercício da função dos pais, que perdura enquanto for necessária aos interesses dos filhos. De artigo 1.637 do Código Civil, *“Se o pai ou mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o ministério Público, adotar a medida aquele pareça reclamada pela segurança do menos e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”*.

Já a perda, é a mais grave pois está há uma desvinculação do poder familiar, que determinada por decisão judicial, estabelecida no artigo nº 1.638 do Código civil. Esta perda pode-se dar pelas faltas reiteradamente do artigo 1.637.

E a extinção do poder familiar é um termo judicial que aplica a situação que se dá a interrupção definitiva do poder familiar. Pode-se ocorrer em casos como, a morte de um dos pais, emancipação de filhos, maioridade, adoção ou pela perda da virtude de uma decisão no âmbito judiciário.

### **3.2 A Separação ou Divórcio dos Titulares do Poder Familiar e a Relação entre Pais e Filhos**

O poder familiar durante o casamento ou união estável, são de competência aos pais, pois, uma das características da entidade familiar é dada pela razão relativa ao poder familiar aplicado durante sua vigência. Porém, não é um requisito necessário a convivência dos pais para a titularidade do poder familiar, podendo ocorrer uma variação no exercício e na titularidade deste poder familiar.

Havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união, o poder familiar se mante não modificando os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Salvo a única exceção é, sendo que podasse haver que em casos haja o impedimento de alguma da parte dos titulares de exercer este poder, a qual ficará exclusivamente sobre o exercício do outro o poder familiar, sendo assim, este que fica impedido não podendo exercer ou ser titular.

Desta forma com a dissolução da sociedade conjugal, é realizado uma ação para se decidir quem será o guardião sendo este aquele que revelar melhores condições para exercera, e o que não for terá não apenas o direito de visitar os filhos e os ter em sua companhia, como também ter o poder de fiscalizar sua educação, alimentação e todas as características que o poder familiar. Assim, desta forma temos a melhor forma de presença constante dos ambos pais, apesar da separação deste, sempre visando o melhor para seus filhos.

## **4 O PODER FAMILIAR E SEU REFLEXO NA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS.**

No código civil de 2002, em seu livro referente ao Direito de família, o capítulo XI (nove), referente a proteção da pessoa dos filhos. Em seus artigos decorrentes, nº 1.583 a 1.590, foi a substituição do artigo 9º a 16 da Lei. 6515/77, que se tratava sobre as relações dos filhos com os pais que tenham sido casados, tratando de hipóteses de separação judicial litigiosa ou por mutuo consentimento.

Com a chegada da lei nº 11.698 de julho de 2008. Alterando a redação original do Código civil de 2002, para disciplinar e instituir a guarda compartilhada, a definindo e regulamentando-a para qualquer tipo de organização familiar e não unicamente para a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo conjugal. Ressalvando a responsabilidade conjunta do poder familiar de ambos os pais.

### **4.1 Da Guarda de Menores**

O poder familiar exercido com a prole, enquanto estes ainda são incapazes ou relativamente incapazes, que são os menores de 18 anos. É um poder igualitário perante ambos os genitores, cabendo-lhes o encargo de cuidar, proteger, administrar os bens deste... A guarda constitui uma pequena forma de autoridade parental, o guardião não é necessariamente um dos genitores (pais), assim, como uma mera guarda não garante a este titular o poder familiar.

A guarda por estar ligada ao poder familiar, hoje vem sofrendo com a evolução social, havendo assim uma mudança no conceito que tínhamos sobre o poder familiar estar vinculado aos “direitos dos pais sobre os filhos”, desta forma hoje já se tem a ideia que é o conceito mais adequado seria o “conjunto de deveres dos pais com relação aos seus filhos”. Desta forma a guarda passou a ser um dever dos pais e não um direito destes em relação a sua prole.

Pelo fato que como alguns fatores como o reconhecimento dos direitos de conviver com os ambos genitores, podemos se dizer que com a ruptura do casamento ou da união estável, dá o direito de visita e de acompanhamento sobre o filho. Podendo se conceituar este instituto como sendo um conjunto de princípios

que dão direitos e deveres aos pais em relação ao seu filho, com a finalidade de zelar sempre o bem-estar e os interesses deste, sendo exercidos em condições iguais.

#### **4.1.1 Espécies de guarda de menores**

O Nosso ordenamento jurídico brasileiro prevê várias espécies de guarda, aonde que se deve sempre observar o melhor interesse que é o menor, assim, as dentre os tipos de guarda as principais são:

a. Guarda unilateral: Este tipo de guarda tem como sua característica principal, determinada atribuição a um só dos genitores ou a alguém que a estes substituem, visando assim, evitar conflitos entre os pais sobre a vida e educação da criança ou adolescente, impedindo que seja usada como arma nos conflitos entre os genitores.

A determinação pela opção por este meio de guarda pode ser de comum acordo dos pais ou mediante decisão judicial. Neste tipo de modelo, não se exige sequer que o guardião consulte o outro genitor sobre questões importantes a tomar sobre o menor. E o fica impedido o não guardião direta ou indiretamente, gozar de questões sobre a educação do menor, ficando este com o direito de visitação e de convivência, e também como o direito de supervisionar os interesses dos filhos.

b. Guarda compartilhada: Por guarda compartilhada entende-se como a responsabilidade conjunta dos genitores no exercício dos direitos e deveres, daqueles que não vivem sobre o mesmo lar, assim, tomando decisões importantes relativas aos filhos menores de forma igualitária. Implicando na divisão do tempo de convivência flexível do filho com cada um de seus pais; desta forma a guarda compartilhada possui um termo de dupla custódia sobre os genitores, como elas a custódia legal e a custódia física.

A custódia legal, é um acordo no qual os pais dividem as responsabilidades e as decisões relativo a prole, inclusive na educação social,

educação religiosa, problemas de saúde do menor... E a custódia física, ou também denominada como custódia partilhada, é uma forma na qual os pais partilham a educação dos filhos, os lares deste separadamente, sendo que guarda compartilhada pode ser estabelecida em qualquer momento

Desta forma a sua principal essência do acordo é refletir o compromisso dos genitores com os filhos, mesmo havendo dois lares, e ambos cooperar com a tomadas de decisões perante seus filhos, na sua criação.

c. Guarda alternada: sua caracterização dá-se pela a possibilidade de os genitores deter a guarda do menor alternadamente, seguindo um determinado espaço-temporal que pode ser um ano, um mês, a parte de um dia e entre outras possibilidades de tempo que podasse combinar, sempre com a finalidade de não prejudicar a prole com esta mudança de ambientes.

Desta forma quando um dos genitores exercem a guarda temporariamente que lhe foi reservado, ao outro se transfere o direito de visita.

d. Guarda comum: Este tipo de guarda é dividido entre os genitores igualmente na constância do casamento ou da união estável... consistindo está na convivência e na vida diária de uma família. Não dependendo está de qualquer intervenção Estatal ou Judicial, sendo este algo natural do âmbito familiar.

e. Guarda originaria: *É aquela correspondente aos pais, integrados ao poder familiar, sendo um direito e dever destes a plena convivência com suas proles e a convivência destes com seus genitores. Possuindo sua finalidade o exercício de assistência ao menor, a vigilância, a educação...*

f. Guarda Desmembrada: É a intervenção do Estatal exercida pelo Juiz da infância e da juventude, passando a guarda para quem não é possuinte deste ou quem não possui o poder familiar, para assim, haver a definida proteção do menor em casos quando os genitores estão em conflitos.

g. Guarda Delegada: Decorrente este da intervenção Estatal, são aquele utilizadas em caso de menores abandonados, ou em casos destes em estado de perigo, o Estado exerce a função de proteger, zelar e cuidar deste.



Delegando assim, uma pessoa ou instituição em nome do Estado para fornecer condições melhores para este.

*h. Guarda derivada:* a denominação se refere ao motivo de ser derivada da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil. Através de seus artigos 1729 a 1734, sobre a quem é exercida a tutela do menor.

*i. Guarda de provisória:* Este é atribuído quando está em andamento o processo de separação ou divórcio, surgindo assim, a necessidade a guarda para um dos genitores.

*j. Guarda Definitiva:* É a guarda após estabelecidos todos os critérios de exames para análise de qual será o melhor para a prole, é estabelecido qual genitor é capacitado.

*k. Guarda peculiar:* O ECA prevê este tipo em casos de suprimir a falta dos pais, assim, nomeando um guardião para proteger, zelar e cuidar de todos os interesses do menor.

*l. Guarda por terceiros:* Em casos que o juiz verificar que o filho não deve permanecer sobre guarda de seus genitores, será definida por sentença uma pessoa que compatibilize com o menor, que assim, possa prestar assistência a este.

## **5 CONCLUSÃO**

O reflexo do poder familiar exercido durante o vínculo entre os conjugues durante o casamento ou união estável, e seus direitos durante esta convivência, permanecem os mesmos em relação a prole, depois da separação ou a dissolução da união.

Hoje podemos afirmar que com a evolução social, traz conceitos diferentes daqueles antes da constituição de 1988, que trouxeram para o ordenamento direitos e deveres iguais a homens e mulheres na sociedade e no seio familiar. Sendo que antes somente o homem tinha direitos perante os filhos, o

chamado de pátrio poder, que anteriormente somente o homem tinha o posto de “chefe da família”.

Com a necessidade de buscar soluções que melhor refletiam a realidade do século XX, pelo fato da mulher estar afrente no mercado de trabalho e o homem mais no âmbito familiar. Tendo assim, um compartilhamento de obrigações, direitos e deveres dos genitores com sua prole.

Assim, com separação dos genitores, anteriormente a guarda não era tão em volta do interesse dos menos como hoje se tem. Aonde que basicamente surgiram dois modelos de guarda principais e sendo espécies distintas, sendo a guarda compartilhada e a guarda alternada.

A espécie de guarda alternada, não tem tanta satisfação na maioria dos casos, pelo fato de trazer incerteza quanto ao domicílio e várias outras dificuldades como o fato de estabelecer o domínio, a instabilidade emocional do menor.... Enquanto a guarda compartilhada, por outro lado, este modelo traz inúmeras vantagens, como a proximidade dos genitores, mesmo após a ruptura destes, sendo esta a que melhor se adequa pelo fato de buscar o interesse do menor.

Concluo que certamente haverá situações em que guarda compartilhada não será o melhor para ser indicada. Assim, com diversas possibilidades de espécies, deve-se sempre se adequar a realidade da família, e sempre entender o melhor para o interesse do menor.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopse Jurídica**. Ed. 21. 2014.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, Tutela e Guarda**. Ed. 3. 2005.

Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – **Código Civil**.

NERY, Nelson e Rosa Maria de Andrade – **Código Civil Comentado**. Ed. 8. 2011

RODRIGUES, Silvio. Direito civil – **direito de família**. Ed. 28. 2004.