

Birdnesting: Considerações sobre a guarda por aninhamento, mais uma modalidade (forma) de guarda

Jéssica Rabelo de Moraes¹, Cláudio Henrique Pedro da Rocha², Roberta Salvático Vaz de Mello³

Recebido em: 22.12.2024

Aprovado em: 13.12.2024

Resumo: o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo analisar a viabilidade da aplicação da guarda nidal nas rupturas conjugais, considerando o melhor interesse da criança e do adolescente. O estudo comparado com outros países pode fornecer subsídios valiosos para a construção de um modelo adaptado à realidade brasileira, priorizando sempre o melhor interesse da criança. Pesquisamos os princípios fundamentais do Direito das Famílias, especialmente no que tange a modalidades de guarda compartilhada previstas na constituição. Ademais, aprofundamos as espécies de guarda reconhecidas pela jurisprudência brasileira, incluindo a guarda por aninhamento, que, embora referida em determinadas doutrinas, requer uma análise mais aprofundada para sua ampla adoção pelas famílias brasileiras. Com base em uma análise das teorias que justificam a incorporação da guarda por aninhamento no ordenamento jurídico pátrio, propomos uma reflexão acerca das razões pelas quais essa modalidade não é amplamente disseminada no país, todavia, tem uma crescente adoção em diversas partes do mundo, conforme evidenciado em nossa pesquisa. Destacamos a iminente necessidade de uma mudança de perspectiva em relação à guarda por aninhamento, a fim de assegurar o respeito aos princípios do Melhor Interesse da Criança, da Dignidade da Pessoa Humana, do Afeto, da Solidariedade, da Liberdade e da Autonomia Privada.

Palavras-chave: birdnesting; guarda alternada; guarda compartilhada; guarda nidal. guarda unilateral.

Birdnesting: Considerations on nest custody, another modality (form) of custody

Abstract: this Course Completion Work aims to analyze the feasibility of applying child custody in marital breakdowns in Brazil, considering the best interests of the

¹ Aluna FAMIG.

² Aluna FAMIG.

³ Revisora e professora FAMIG.

child and adolescent. The study compared with other countries can provide valuable support for the construction of a model adapted to the Brazilian reality, always prioritizing the best interests of the child. We researched the fundamental principles of Family Law, especially with regard to shared custody arrangements provided for in the constitution. Furthermore, we delve deeper into the types of custody recognized by Brazilian jurisprudence, including custody by nesting, which, although referred to in certain doctrines, requires a more in-depth analysis for its wide adoption by Brazilian families. Based on an analysis of the theories that justify the incorporation of guardianship by nesting in the national legal system, we propose a reflection on the reasons why this modality is not widely disseminated in the country, however, it has a growing adoption in different parts of the world, as evidenced in our research. We highlight the imminent need for a change of perspective in relation to custody by nesting, in order to ensure respect for the principles of the Best Interest of the Child, Dignity of the Human Person, Affection, Solidarity, Freedom and Private Autonomy.

Keywords: birdnesting; alternate guard; shared custody; nidal guard; unilateral guard.

1 INTRODUÇÃO

O divórcio de um casal é sempre um fato muito duro e difícil de ser emocionalmente digerido, podendo alterar as etapas normais do desenvolvimento dos filhos. O bem-estar emocional e a adaptação social das crianças são os mais afetados pelo divórcio. Elas tendem a apresentar comportamentos antissociais, regressivos, baixa autoestima, sentimentos de dor, culpa e angústia. A reação ao divórcio varia de acordo com a idade e o nível de desenvolvimento.

Questões de ordem financeira, o temperamento e a idade da criança, problemas psicopatológicos dos pais como ansiedade e depressão, coparentalidade conflituosa e a intensidade e frequência do conflito interparental antes e após a separação são dimensões muito associadas ao melhor ou pior ajustamento da criança numa situação de divórcio ou separação dos pais.

A presença da figura materna e paterna são essenciais para o bom desenvolvimento dos filhos. Manter a convivência com ambos os pais é uma maneira considerável de ajudar as crianças a lidar com as implicações do divórcio. Pois isso gera segurança e equilíbrio emocional.

As relações entre pais e filhos, independentemente do motivo da dissolução conjugal, devem ser mantidas e cabe aos pais criar um ambiente em que os filhos possam se adaptar a uma nova realidade familiar.

A guarda nidal se configura como um tema de relevância social e jurídica, pois demonstra o compromisso do Direito de Família em se adaptar às novas dinâmicas sociais e buscar soluções que garantam o bem-estar das crianças em situações de separação parental.

Na doutrina brasileira a modalidade é difundida, em poucas doutrinas você encontra, inclusive, de forma comedida. Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias, há uma modalidade de guarda compartilhada que, além da perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de aninhamento ou nidação. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece, só que, nesta hipótese, há

necessidade de manutenção nas três residências. Além disso, quando comentada por outros doutrinadores, estes asseveram concomitantemente no sentido da pouca ou difícil aplicabilidade em decorrência da necessidade econômica depreendida pelo núcleo familiar para o custeio desta modalidade.

Dessa forma, a guarda por aninhamento continua a ser um assunto de estudos e debates, com o objetivo de reproduzir a necessidade de adaptação das normas jurídicas às dinâmicas contemporâneas da família, com o objetivo de atender às emergentes demandas sociais e promover o melhor interesse dos menores envolvidos.

Dessa forma, a guarda por aninhamento continua a ser um assunto de estudos e debates, com o objetivo de reproduzir a necessidade de adaptação das normas jurídicas às dinâmicas contemporâneas da família, com o objetivo de atender às emergentes demandas sociais e promover o melhor interesse dos menores envolvidos.

2 O QUE É BIRDNESTING?

A palavra birdnesting é originária do inglês, e em uma tradução mais livre quer dizer a “ninho de pássaro”. Tal palavra remete à situação de que as aves sempre mantêm e criam os filhotes dentro do ninho, e no birdnesting, os pais combinam o revezamento nas saídas, e alternam, assim, nos cuidados com seus filhos menores de idade. É semelhante à conhecida guarda compartilhada da lei brasileira, porque os filhos permanecem em casa – o ninho – e são os pais divorciados/separados que saem da casa e depois se deslocam para encontrá-los e passar um tempo com eles no “ninho” (Martinho, 2024). Assim discorre Shauna L. Quigley sobre que é o essa guarda por aninhamento:

O lar se torna o ninho onde os filhos ficam e os pais são como pássaros; eles entram e saem", disse Ann Gold Buscho, psicóloga clínica licenciada e autora de *O Guia dos Pais para Ninhos de Pássaros: Uma Solução Centrada na Criança para Co-Parentalidade Durante a Separação e o Divórcio*. "As crianças aprendem que sempre há um pai de plantão. É um conforto para eles não ter que deixar o cachorro ou acompanhar suas coisas em dois lugares. Há muitas maneiras de um pai configurar isso, dependendo de quanto contato eles desejam (Quigley, 2023; p. 01).

Esse no tipo de comportamento dos pais gera controvérsia, pois para alguns se trata de um novo modelo de divórcio, mas na realidade é um novo modelo de guarda, que é conhecido também pelas palavras: nesting (ninho), guarda nidai, nidação, nidificação ou guarda por aninhamento (Savage,2021).

Para juristas especializados em divórcio, foi observado um aumento na adoção da guarda por aninhamento nos países como Holanda, Austrália e Estados Unidos (Savage,2021).

No Brasil o birdnesting não constitui uma modalidade de guarda passível de imposições legais, porque não há previsão na lei nacional, o que torna sua natureza intrínseca a de um acordo celebrado entre os responsáveis. Existem necessidades, características e peculiaridades específicas que devem ser observadas para avaliar a viabilidade de sua aplicação. Conforme acordado entre as partes, cada um dos pais passará o tempo estabelecido com os filhos, a fim de cuidar das crianças. Esse novo arranjo exige dedicação e, por consequência, mudanças em vários aspectos da vida diária de ambos os lados (Freitas, 2024).

Os genitores devem ser considerar as vantagens da nidificação para todos, verificando se essa modalidade de guarda é a mais apropriada para todas as partes envolvidas, principalmente para os filhos. Confiança, flexibilidade e comunicação são as bases fundamentais para o sucesso do birdnesting (Freitas, 2024).

Apesar de mais praticado em países mais ricos, como por exemplo os Estados Unidos da América, a prática da guarda nidal é pouco abordada em análises doutrinárias ou julgados dos tribunais do Brasil. Porém, admite-se neste estudo a possibilidade da guarda nidal tornar-se possível e, ao mesmo passo, atenuar os efeitos negativos do divórcio e conferir aos filhos a igualdade de guarda entre os pais. Entretanto, como disse Maria Berenice Dias (2008, p. 389), esse modelo exige paz e equilíbrio entre os genitores e, também, de certa forma padrão econômico mais elevado. Dessa forma, nesse cenário de fragilidade econômica, como a vivenciada por maior parte da população brasileira, explica a pouca utilização do birdnesting no Brasil e sua pouca abordagem nos tribunais e pelos doutrinadores.

Rodrigo da Cunha Pereira (2021), ao abordar os impactos das mudanças constantes de residências dos filhos na guarda alternada, sugere o birdnesting como uma opção para não causar esse impacto negativo nos menores de idade, e diz que a guarda por aninhamento visa proteger os interesses da criança e do adolescente (Pereira, 2021). Assim disse o autor:

Se por um lado ocorre a alternância de residência dos filhos, por outro, pode ocorrer a mudança de residência dos pais. Neste caso, os filhos ficam na residência e são os genitores que se revezam. Esta modalidade, também chamada de nidação ou aninhamento, parece afastar, via de consequência, o referencial de moradia, que muitas vezes vira argumento para os que não defender a guarda alternada(...). Da mesma forma, esta modalidade visa resguardar o superior interesse da criança e do adolescente, preservando com isso a igualdade do equilíbrio parental (Pereira, 2021, p. 688).

Apesar de o autor apontar vantagens da nidação para os menores envolvidos, para o ex-casal adotar a nidificação, é de suma importância verificar a viabilidade financeira do arranjo, bem como estabelecer regras bem definidas sobre o orçamento do nesting (ninho), além de manter de acordos básicos sobre como a casa dos menores será mantida e sobre quem arcará com esta ou aquela despesa (Pereira, 2021).

Dessa forma, o birdnesting pode ser adotado pelo casal que está em crise, por ser uma solução transitória e adaptativa bem no início da separação, para preservação e proteção da saúde mental dos infantes; até que o casal compreenda seus sentimentos e tenha a convicção de que o divórcio é a melhor opção, e que a reconciliação não é possível. Nesse intervalo, os filhos permanecem na residência familiar (nesting/ninho), garantindo-lhes estabilidade em seu cotidiano e diminuindo o impacto da ruptura da união dos genitores. A utilização da nidificação exige considerável inteligência emocional e maturidade, a fim de evitar que os problemas conjugais interfiram na criação dos filhos ou que até mesmo gerem alienação parental.

Do exposto, percebe-se que a guarda nidal (birdnesting) é um tipo de guarda e convivência alternada, onde os filhos permanecem morando no imóvel anteriormente usado pela família, e os pais passam o tempo relativo a cada um lá, se alternando, sem qualquer alteração da sua rotina diária dos filhos, mantendo os compromissos culturais, sociais, escolares, atividades extracurriculares, amigos, etc, no mesmo lugar, além de evitar o estresse, o desgaste e o cansaço do deslocamento de uma casa para outra, o que, inevitavelmente, acontece na guarda compartilhada, sendo que quem alternaria da residência no lar comum, seriam os genitores, indo para outro destino no dia em que se encontrasse de “liberado” da maternidade/paternidade (Nascimento, 2021).

O arranjo estabelecido por essa modalidade de guarda parece priorizar o melhor interesse da criança, princípio norteador do Direito das Famílias, expresso na Constituição Federal (art. 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 3º).

3 A GUARDA POR ANINHAMENTO OU NIDIFICAÇÃO (NIDAÇÃO) NA DOUTRINA BRASILEIRA

A guarda por aninhamento, também conhecida por nidificação, que constitui o objeto central deste trabalho, é um tipo de guarda real e existente, mas pouco utilizada e conhecida no Brasil. Ela tem sido muito utilizada e apresenta um crescimento considerável em alguns países ocidentais e mais desenvolvidos economicamente, como: Reino Unido, Austrália, Suécia, Holanda e Estados Unidos (Savage, 2021).

Com a intenção de minimizar os impactos que sobrevêm do rompimento matrimonial dos pais, surge, tipo como uma da guarda alternada, aguarda nidal, de nidação, nidificação, aninhamento ou, ainda, “birdnesting”. Neste tipo de guarda existe um acordo de co-criação entre os genitores, onde as crianças continuam residindo no antigo lar familiar, e os genitores alternam entre si para prover os cuidados necessários aos menores, em dias e horários previamente acordados pelos responsáveis, num movimento de “as aves que entram e saem de seus ninhos” (Savage, 2021).

Na doutrina jurídica brasileira, essa modalidade de guarda é citada por poucos escritores e apenas a título exemplificativo, sendo considerada de difícil aplicabilidade, no Brasil, devido ao elevado investimento econômico dos pais que sua utilização requer. (Santos, 2024).

Vejamos alguns autores que, pelo menos, citam sua existência. Segundo Flávio Tartuce 2017, a guarda por aninhamento tem como figura central o “ninho”, que é a residência dos filhos, mas fala previsão legal dela no Brasil e encontra barreiras econômicas devido a manutenção do ninho e das próprias casas dos respectivos pais, assim diz o autor:

A expressão aninhamento tem relação com a figura do ninho, qual seja, o local de residência dos filhos. Além da falta de previsão legal, tal forma de guarda encontra resistências econômicas, eis que os pais manterão, além do ninho, as suas residências próprias (Tartuce; 2017; Pg. 1375.).

Stolze Gagliano e Pampona Filho confirmam que guarda por aninhamento é pouco comum nos julgados dos tribunais brasileiros, sendo mais utilizada na Europa. Acrescentam que o “birdnesting” serve para evitar que a criança fique num verdadeiro vai e vem da casa de um pai para o outro de acordo com a forma de visitas combinada. Nesse tipo de guarda por aninhamento a criança menor continua na casa em que vivia com o casal durante a existência do casamento e os genitores se revezam na companhia do menor na casa onde todos moravam anteriormente, conforme decisão da justiça. Afirmam que é um tipo de guarda pouco comum no Brasil, pois os responsáveis envolvidos devem ser muito ricos ou muito bem estabelecidos financeiramente para manterem o ninho e suas próprias casas, o que

demanda muita coragem e muito ânimo econômico para isso, (Stolze Gagliano e Pampona Filho, 2021), nesses termos:

(...) espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram. (Haja disposição econômica para tanto! (Gagliano e Filho, 2021, pág. 1981).

Maria Berenice Dias (2021, p. 386), por sua vez, diz que:

Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além da perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de aninhamento ou nidação. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece. Só que, nesta hipótese, há necessidade da manutenção de três residências (Gagliano e Filho, 2022, pág. 1983).

Para a autora (Dias, 2021), o “birdnesting” é uma modalidade de guarda compartilhada que exige perfeita coerência entre os pais e também padrão econômico diferenciado, chamada também de aninhamento ou nidação, os menores ficam no lar e os genitores saem e se revezam indo cada um deles para a casa (ninho) onde o filho permanece, havendo a necessidade bancar as contas das três moradias. A respeito da guarda nidial assim fala Cunha Pereira:

Se por um lado ocorre a alternância de residência dos filhos, por outro, pode ocorrer a mudança de residência dos pais. Neste caso, os filhos ficam na residência e são os genitores que se revezam. Esta modalidade, também chamada de nidação ou aninhamento, parece afastar, via de consequência, o referencial de moradia, que muitas vezes vira argumento para os que não defendem a guarda alternada(...). Da mesma forma, esta modalidade visa resguardar o superior interesse da criança e do adolescente, preservando com isso a igualdade do equilíbrio parental (PEREIRA, 2021, p. 688).

Nesse trecho, o autor (Pereira, 2021), diz que, se na guarda compartilhada, são os filhos que alternam de residência, há também a possibilidade de os pais alternarem de lar, ficando os filhos na casa família e os pais se revezam de moradia, essa

modalidade e conhecida por nidação ou aninhamento, a qual dá a impressão de afastar questão do referencial de moradia para os menores, o que é alegado pelos que não defendem a guarda compartilhada. Assim a guarda por aninhamento protege o interesse maior dos menores e preserva a igualdade do equilíbrio dos genitores.

Não obstante, o escrito (Pereira, 2021), afirma também que, por haver alternância dos pais na residência dos filhos (ninho), a guarda nidal costuma se confundir com a guarda alternada. Além disso, reafirma o autor que, apesar de pouco abordada no ordenamento jurídico brasileiro em razão de seus aspectos práticos aos responsáveis, a guarda por nidificação (aninhamento) não é proibida no Brasil.

Ademais ao se consultar (pesquisar) outros doutrinadores jurídicos nacionais, não foi encontrada nenhuma citação sobre a guarda por aninhamento, em ensinadores do Direito de Família (Gonçalves, 2021; Madaleno, 2022; Pereira, 2018; Venosa, 2015).

4 PERSPECTIVA SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO BIRDNESTING NO BRASIL

No sistema jurídico brasileiro a guarda deve ser compreendida sob os princípios da normatividade constitucional, com o objetivo de ressaltar o melhor interesse do menor, a fim de ser evitado o abandono e o descaso familiar, visando viabilizar o crescimento e desenvolvimento nos aspectos moral, social e em todos os âmbitos de sua vida.

O Birdnesting é uma proposta de regime de guarda e convivência alternada, na qual os filhos do casal permaneceriam residindo no imóvel da família, sem qualquer alteração de sua rotina, seja social ou escolar. A alternância está na presença dos pais no lar familiar, para o cuidado de seus filhos. (Martins e Silva, 2022)

Tal modalidade de guarda, em suma, visa reduzir conflitos e oferecer um lar consistente e estável para a criança ou adolescente, garantindo a estabilidade em sua rotina, o que tem relação direta com o que prevê os princípios constitucionais da solidariedade e da convivência familiar. É imprescindível que haja uma boa comunicação entre os genitores, além do equilíbrio emocional e integridade

financeira para que esta modalidade de guarda dê certo. O empenho e responsabilidade dos pais em seguir com essa modalidade é fundamental, pois envolve adaptações para todos os envolvidos. (Ribeiro, 2024).

4.1 Experiências internacionais

Em países estrangeiros, algumas famílias relataram que a modalidade de guarda ajuda a minimizar o impacto da separação nas crianças. Em cidades como San Francisco e Nova York, programas de mediação familiar têm incentivado a adoção desse modelo; no Canadá, em algumas províncias de Ontário, foram notadas algumas iniciativas do birdnesting. Pesquisas apontaram que essa abordagem pode diminuir a ansiedade e estresse nas crianças e melhorar o relacionamento dos pais. Na Austrália e no Reino Unido, o conceito tem sido abordado no cenário da mediação familiar, com os pais colaborando e sendo beneficiados de maneira significativa. Vale destacar que é necessária a celebração de acordos formais e uma comunicação clara para que haja êxito. (Savage, 2021).

4.2 Desafios da implementação no Brasil

É comum o entendimento do quão difícil e emocionalmente danoso um divórcio pode se apresentar, para o casal que se separa e para os filhos. Inevitavelmente os envolvidos experimentam sentimentos como frustração, culpa e tristeza.

O divórcio envolve vários aspectos. O primeiro deles é a ruptura dos laços emocionais entre o casal que se separa, causando um abalo em toda a estrutura afetiva da família. É sabido o quão difícil e emocionalmente danoso é esse processo, tanto para o casal que se separa, quanto para os filhos.

O segundo é de ordem patrimonial e financeira, logo, com a inevitável divisão dos bens, o padrão de vida de cada um dos ex-cônjuges fatalmente será abalado.

Por conta destes problemas, as partes envolvidas, o judiciário e os legisladores têm buscado alternativas que visam minimizar o aspecto emocional e patrimonial dos divórcios, principalmente naquilo que toca os filhos do ex-casal, como a parte mais vulnerável da questão.

Outro fator impeditivo da aplicação do birdnesting são as limitações materiais que o ex-casal pode sofrer, tendo em vista o ônus em obter um local compartilhado de residência para os filhos, sem poderem se desfazer do patrimônio comum, o qual às vezes, se resume ao lar da família que será mantido para a convivência com os filhos.

Devemos levar em conta também que, ante o caráter limitador da retomada da vida individual do ex-casal, o birdnesting se aplica com melhor resultado em caráter estritamente temporário, como uma fase de adaptação dos filhos à nova realidade em virtude do divórcio dos pais. (Neves, 2021).

4.3 Potencialidades e benefícios

Em tempos modernos, acompanhado de significativo progresso tecnológico e mudanças aceleradas, os casais divorciados cada vez mais buscam maneiras mais assertivas na criação dos filhos, e diante de tantas adversidades, muitos estão mantendo os filhos na antiga casa em que residia à família, enquanto eles (ex-consortes) deslocam-se pela propriedade livremente, com o objetivo de criar os filhos mais resilientes e saudáveis emocionalmente, sem mexer alterar a rotina da criança.

Em paralelo é uma proposta de guarda e convivência alternada, em que os filhos permaneceriam morando no imóvel anteriormente ocupado pela família, e os pais passem o tempo destinado a cada um lá, sem alterações no seu dia a dia, seja cultural, escolar ou social, além de evitar a pressão e cansaço do deslocamento de uma casa para outra, o que naturalmente acontece nas outras modalidades de guarda, visto que quem alternaria da residência seriam os genitores, indo para outro lugar no dia em que se "estivessem de folga" da maternidade/paternidade. (NASCIMENTO, 2021)

A escolha do birdnesting tem vantagens evidentes. De antemão, é a mais cômoda pelo fato de que os pais não precisam realizar mudanças dos pertences dos filhos, ora para a casa da mãe, ora para a casa do pai.

Tal modalidade de guarda propicia a criança ou adolescente a convivência com ambos os genitores e o exercício paritário do poder familiar. O empenho de cada um dos pais no compartilhamento da guarda é fundamental, tendo em vista que a efetiva

convivência através do contato completo com os filhos no cotidiano envolve adaptações e responsabilidades para todos os envolvidos.

Testemunhamos que o birdnesting visa preservar a rotina familiar, a fim de minimizar os impactos do divórcio com relação aos filhos. Diante disso, o objetivo dessa modalidade de guarda visa a proteção do bem-estar emocional e material dos filhos como a prioridade máxima, em prol de seu pleno desenvolvimento. (Neves, 2021).

4.4 Perspectivas futuras

No que tange os divórcios que envolvem casais com filhos menores, a discussão sobre a guarda dos menores é irremediável. É conhecido que na nossa legislação há a previsão de apenas duas modalidades de guarda: unilateral e compartilhada. No regramento legal, durante anos manteve-se na modalidade unilateral e com a mãe, somente em 2014 passou a ser compartilhada legalmente a partir da promulgação da Lei 13.058/14, o que foi um notório avanço no Direito de Família, pois garantiu a paridade de responsabilidade entre os genitores. Desta forma, o compartilhamento da guarda é, na maioria dos casos, muito positivo para pais e filhos, especialmente para a criança, já que visa garantir-lhe o direito de convivência com ambos os pais. (Martins e Silva, 2022)

Ademais, existem outras duas modalidades de guarda no Brasil sendo elas, a alternada e a por aninhamento ou nidação. A primeira, não é bem aceita pela jurisprudência em razão da instabilidade gerada na vida da criança ou adolescente por não ter um lar de referência, e a segunda, ainda é pouco discutida e explorada no judiciário devido a sua baixa adequação à realidade social e econômica do país.

Mediante a discussão jurisprudencial e doutrinária no Brasil no que concerne o tema, propõe-se analisá-lo intimamente à partir de periódicos e pesquisas estrangeiras, com fins a destacar esta modalidade para além de uma mera citação, como constata-se nos manuais de estudos do Direito de Família, para investigar a sua aplicabilidade no contexto atual.

O suporte psicológico e social é fundamental para o êxito na adoção da modalidade, logo, ajudará os pais a lidarem melhor com os desafios logísticos e emocionais. Uma

vez que o conceito for se tornando conhecido, é possível que haja uma redução do descrédito dado a essa modalidade de guarda, levando uma maior aceitação social dessa prática. É esperado um aumento da conscientização, pois com os crescentes debates sobre guarda compartilhada, os pais podem adotar o birdnesting como uma possibilidade de reduzir os impactos emocionais e sociais da separação em seus filhos. Essas direções podem realçar o futuro a guarda nidal no país e promoverem um ambiente saudável para pais e filhos após a separação. (Nascimento, 2021)

5 MODALIDADES DE GUARDA NO BRASIL

Primeiramente é importante saber que a Lei 10.406/2002 - o Código Civil Brasileiro – aborda e traz somente duas modalidades de guarda: compartilhada e a unilateral. Esses dois tipos de guarda podem ser fixados pelo Judiciário, sempre tendo como primazia o bem-estar da criança e do adolescente, além de considerar o e o direito deles de conviver com seus genitores.

O **Birdnesting** (objeto de estudo neste trabalho) e a guarda alternada não têm previsão legal expressa no Código Civil de 2002.

5.1 Modalidades de guarda no Código Civil

Veja o que diz o Código Civil brasileiro sobre guardas:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

(...)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

(...)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

Como dito anteriormente, o Código Civil de 2002 traz nos seus artigos aqui citados somente a guarda unilateral e a guarda compartilhada. A codificação civil brasileira define a guarda unilateral como aquela em que a Justiça atribui a só um dos pais ou a algum substituto destes; mas destaca que o outro (pai ou mãe), que não tenha a guarda, é obrigado a supervisionar os interesses dos filhos, podendo solicitar informações e/ou prestação de contas sobre assuntos referentes à educação, saúde física, mental, psicológica dos filhos. Também define que a guarda compartilhada é distribuição conjunta de responsabilidades e exercícios de direitos do poder familiar aos genitores que não vivam mais juntos, no mesmo lar. Diz ainda que na guarda compartilhada o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os pais, priorizando as situações fáticas e os interesses dos filhos, onde a moradia será o local que melhor atender os direitos dos filhos.

5.2 Guardas não previstas no código civil

A guarda alternada e a guarda por aninhamento não estão previstas expressamente no Código Civil brasileiro.

No caso da guarda alternada, há reconhecimento da doutrina e da justiça brasileira.

5.2.1 Guarda alternada

Além das modalidades de guarda previstas no Código Civil, alguns juízes vêm aceitando a adoção da guarda alternada, mesmo que não regulamentada por Lei. A Justiça adota este modelo quando, a partir da análise do caso concreto e das circunstâncias particulares do caso, não se verifica prejuízo ao menor.

Porém, esse novo modo de viver consiste em sucessivas trocas de guardas unilaterais entre os pais (alternam), invertendo-se a residência do menor, que fica um tempo com o pai, depois outro tempo com a mãe. Essa situação de alternância pode, alguns casos, dificultar na consolidação de hábitos e provocar variações

(instabilidades) no equilíbrio psicológico da criança; por isso a Justiça só a aplica em casos determinados e bem específicos.

STJ reconhece a existência da guarda alternada, veja o que diz o Informativo Jurisprudencial 698:

Inicialmente, importa consignar que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, tampouco com o regime de visitas ou de convivência.

(...)

Na guarda alternada, por outro lado, há a fixação de dupla residência, residindo a prole, de forma fracionada, com cada um dos genitores por determinado período, ocasião em que cada um deles, individual e exclusivamente, exercerá a guarda dos filhos (STJ, 2021).

Nesse informativo, o STJ ao abordar a guarda compartilhada faz distinção entre guarda compartilhada e a guarda alternada, onde define do ponto de vista do Tribunal, o que é a guarda alternada, dizendo que os filhos residiram de forma dividida com seus pais, durante um tempo, onde cada um dos pais exercerá de forma exclusiva a guarda dos filhos nesse período fracionado em que estiver com a prole.

5.2.2 Guarda por aninhamento (birdnesting)

Guarda nidal é um conceito novo para alguns pais, como o Brasil, mas tem ganhado mais influência nos últimos anos. A guarda por aninhamento leva em consideração a última residência em que os filhos viviam antes da separação dos pais, para que, mesmo que os pais não estejam mais juntos, o menor sofra o mínimo possível com as mudanças trazidas pela separação dos genitores (Freitas, 2024).

Esta nova abordagem de guarda, exige a colaboração entre os ex-cônjuges (companheiros) para que se crie um ambiente seguro e agradável para o bem-estar dos seus filhos menores. Dessa forma, todos os detalhes da guarda nidal devem ser acertados com antecedência em um acordo que inclua a regulamentação de visitas, para não haver abuso ou desavenças entre as partes. Além disso, é importante que as partes envolvidas estejam em harmonia para que esse tipo de guarda compartilhe da (guarda nidal) seja boa e válida e para que possam ter um diálogo constante para que tudo seja tratado e resolvido de maneira pacífica e

harmônica. Dessa forma, os genitores têm a chance continuar a fazer parte da vida e do crescimento dos filhos, contribuindo para seu desenvolvimento saudável. Como visto, a guarda nidal não é mencionada pelo Código Civil, porém a doutrina recente do Direito de Família assenta a ideia de que ela existe e pode ser possível, mesmo no Brasil (Freitas, 2024).

5.3 Aspectos positivos e negativos da guarda por aninhamento

De acordo com o ensinado pelos autores no capítulo dois deste trabalho, Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p.688-692), Stolze Gagliano e Pampona Filho (2022, p.

1983) e Maria Berenice Dias (2021, p. 386), é possível concluir o motivo pelo qual a guarda nidal é pouco abordada no ordenamento jurídico brasileiro: os elevados custos financeiros de manutenção dessa guarda. Para piorar vejam-se os dados atuais do endividamento no Brasil:

Os brasileiros ficaram mais endividados na passagem de abril para maio, mas o nível de inadimplência manteve-se estável, segundo a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). A proporção de famílias com contas a vencer passou de 78,5% em abril para 78,8% maio, o terceiro mês seguido de crescimento, apontou a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) (PEIC, 2024).

A prática da nidificação, embora considerada por alguns como uma maneira de proteger as crianças da dura realidade da separação dos pais, é questionada por críticos, que a descrevem como uma experiência "estranha e confusa" (Savage, 2021) Assim considera Saunders:

Aqui estão algumas das desvantagens:

1. É uma medida paliativa que não proporcionará uma abordagem de longo prazo;
2. Uma pessoa nunca cumpre as ordens e não sai deixando a outra parte ter que fazer um desacato;
3. Cria contas domésticas para três casas;
4. Não há chance de seguir em frente, você fica preso em uma rotina;
5. Isso causa confusão nas crianças sobre o motivo pelo qual os pais não estão juntos;

6. É apenas uma solução temporária e pode criar um acordo de custódia quando as partes tiverem dois lares separados;

7. Vocês ainda têm que brigar para ver quem limpa a casa e administrar a casa juntos

Tendo me divorciado, sinto que a melhor maneira de seguir em frente é seguir em frente e não apenas viver no purgatório. Faça as coisas difíceis – mude-se, consiga um novo lugar e se separe. Quanto mais cedo isso for feito, mais rápido você e seus filhos poderão se ajustar a um “novo normal” (Saunders, 2015; p. 01),

Além das dificuldades financeiras, para a implementação da Guarda nidal no Brasil, existe, ainda, a necessidade de que a relação entre os genitores seja muito pacífica e harmoniosa, com a finalidade de colaborar com o interesse de seus filhos. Para Sanders, em uma relação anteriormente rompida em razão de desavenças, desgastes e conflitos, é possível que dívidas e gastos para manter “três casas” e demais aspectos domésticos possam ensejar outros conflitos e piorar a situação.

O principal objetivo e ponto positivo da guarda por aninhamento é a garantia de mínima intervenção na vida dos filhos menores, quando ocorre a ruptura da convivência. Além disso, é positivo também o desenvolvimento de uma relação harmoniosa entre o ex-casal na qual os filhos menores são tratados como o centro da preocupação e do respeito, poupando-os de dificuldades maiores, poupando-os e levando-os a terem uma formação social mais saudável e mentalmente estruturada.

6 CONCLUSÃO

Um modelo clássico de guarda nidal, conhecida internacionalmente como birdnesting, os pais se alternam entre residências e na convivência de um local previamente constituído para este fim. Este local pode ser tanto um outro imóvel da família como um bem especialmente locado para este fim, podendo até mesmo ser uma pequena parte da residência da família adaptada para esta finalidade.

O birdnesting, seria, assim, uma proposta de um regime de guarda e convivência alternadas, no qual os filhos do casal permaneceriam residindo no imóvel da família, sem qualquer alteração de sua rotina, seja escolar ou social. A alternância está na presença dos pais no lar familiar, para a criação dos filhos.

Tal modelo visa preservar a rotina familiar, fazendo com que os impactos do divórcio sejam minimizados com relação aos filhos, colocando o ônus da adaptação à realidade da separação nas mãos do ex-casal. Em vista disso, temos a proteção do bem-estar emocional e material dos filhos como prioridade no processo de separação, em prol do seu pleno desenvolvimento físico, mental e social.

No entanto, poucos são os casos nos quais esta modalidade de guarda se aplica. Este de fato seria o cenário ideal, todavia devemos ter o senso realista de que as questões econômico-sociais, com seu grave viés cultural, a impede.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a guarda compartilhada como a regra, calcado na premissa de que ambos os pais têm igual direito de exercer a guarda de filho menor, uma vez que tal exercício demonstra-se saudável à formação da criança e do adolescente.

Vários são os aspectos envolvidos em um divórcio. O primeiro deles é o rompimento dos laços emocionais entre o casal que se separa, causando um abalo em toda a estrutura afetiva da família. O segundo aspecto é de ordem patrimonial e financeira, pois com a inevitável divisão dos bens, o padrão de vida de cada um dos ex-cônjuges fatalmente cairá.

Devido a estes problemas, as partes envolvidas, os legisladores e o judiciário têm buscado alternativas visando minimizar o aspecto emocional e patrimonial

dos divórcios, principalmente no que diz respeito aos filhos do ex-casal, como a parte mais vulnerável da questão. Fica nas mãos dos pais a responsabilidade sobre a vida dos filhos. Isto é: cuidar, sustentar, educar. Em outras palavras, fazer tudo dentro das condições que possuem para dar aos filhos, a melhor criação. A analogia da guarda nidai é que, como os pássaros cuidam dos filhotes no ninho, os pais têm o dever de somar esforços e revezarem o apoio, um ao outro, para que nada de mal aconteça aos filhos, e que suas vidas, mesmo depois de adultos e fora do ninho, sejam plenas na realização de seus sonhos.

A disposição de novas modalidades no exercício da guarda das famílias se mostra com uma necessidade crescente, considerando que cada família tem suas peculiaridades e demandas específicas que, muitas vezes, não são atendidas pelas

modalidades de guarda já existentes. Apesar da liberdade dos pais em adaptá-las às suas características, o não conhecimento das demais possibilidades mitiga-lhes, de certa forma, a uma modalidade de guarda mais adequada.

Deste modo, o birdnesting possibilita a experiência conjunta dos genitores com os filhos a fim de possibilitá-los, ainda que como algo transitório, uma melhor adaptação no processo de divórcio, para haver, desde o início, a divisão das responsabilidades com os filhos, e estes também terão a oportunidade de convivência com ambos os genitores, possivelmente não sentindo abruptamente o impacto da separação. Todavia, tudo irá depender das necessidades e peculiaridades da família em questão, pois, assim como qualquer outro tema neste ramo do Direito, não se trata de uma fórmula pronta que se adequa a qualquer situação.

A ressalva da presente pesquisa não é convencer ou persuadir, propõe-se apenas a promover uma expansão de horizontes quanto ao tema, que se faz presente na realidade de vários brasileiros. Mesmo que não seja para aplicabilidade imediata no sistema jurídico brasileiro como vem acontecendo em outros países, a disseminação e divulgação da guarda por aninhamento, conhecida internacionalmente como birdnesting, pode trazer muitos benefícios para as famílias recém separadas, inclusive a ressignificação da coparentalidade

REFERÊNCIAS

AWAD, Dora. **Como minimizar os impactos do divórcio para os filhos?** Disponível em << [BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dez. 1977.** Disponível em <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm\)>. Acesso em 01/10/2024.](https://osnossos.com.br/como-minimizar-os-impactos-do-divorcio-para-os-filhos/#:~:text=As%20crian%C3%A7as%20que%20passam%20pelo,Behrman%E2%80%9D>> Acesso em 06/11/2024.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 2002.** Código Civil . Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>>. Acesso em: 15/09/2024.

BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de jun. 2008.** Institui e disciplina a guarda compartilhada. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 09/09/2024.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm> Acesso em 19/08/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13/10/2024.

BRASIL. STJ - **Informativo de Jurisprudência n. 698** - 31 de maio de 2021. REsp 1.878.041-SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma. Disponível em <[CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4. Ed. Coimbra. 2000.](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27018175%27>> Acesso em 19/10/2024.</p></div><div data-bbox=)

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2021. p. 1-1056.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

DRISCOLL, Amanda. **Nesting: The Modern Era Convenience for Divorce**. 2017. Disponível em: < <http://lawdebsmith.com/nesting-modern-era-convenience-divorce/>>. Acesso em 25/10/2024.

FREITAS, Thiago Silva. **Artigo: Guarda Nidal** – Birdnesting e sua aplicação como melhor interesse da criança e adolescente. Disponível em << <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/3871/1/Thiago%20Silva%20Freitas.pdf>>> Acesso em 27/07/2024.

Galvão e Silva. **O que é Guarda Nidal?** disponível em: <<<https://www.galvaoesilva.com/blog/direito-da-familia/guarda-nidal/>>> consulta em 20/10/2024).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das Famílias**. São Paulo. Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1-902.

MARTINS E SILVA, Jemima. **O birdnesting Como Uma Opção De Modalidade De Guarda No Contexto Das Famílias Residentes No Distrito Federal Sob A Ótica Dos Princípios Constitucionais Da Solidariedade E Da Convivência Familiar**. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/<https://repositorio.idp.edu.br/bit>

stream/123456789/4264/1/ARTIGO_JEMIMA%20MARTINS%20E%20SILVA_GRADUACAO%20DIR_2022.pdf>> Acesso em 05/11/2024

NASCIMENTO, Gisele. **Birdnesting**: o novo divórcio. Portal Migalhas. 14 set. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/351606/birdnesting--onovo-divorcio>>. Acesso em: 13/10/2024.

NEVES, Claudia. Birdnesting – **A essência da guarda alternada dos filhos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6670, 5 out. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92849>>. Acesso em: 13/10/2024.

PEIC - **Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor**.

Disponível em <<<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2024/06/10/endividamento-das-familias-sobe-a-788-em-maio-e-inadimplencia-estabiliza-em-286-diz-cnc.htm?cmpid=copiaecola>>> consulta em 20/10/2024

RIBEIRO, Nuno Cardoso. **Birdnesting**: uma solução de habitação para o pós-divórcio? Disponível em: <<<https://www.publico.pt/2024/03/05/impar/opinioao/birdnesting-solucao-habitacao-posdivorcio-2082438>>> Acesso 2003/11/2024.

QUIGLEY, Shauna L. **The New Post-Divorce Trend**: Nesting. Disponível em: <<<https://www.bucksfamilylawyers.com/blog/the-new-post-divorce-trend-nesting>>> Acesso em 01/11/2024.

SANTOS, Géssica Guimarães. **Aspectos relevantes da guarda nidal**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/400784/aspectos-relevantes-da-guarda-nidal>> Acesso em 19/10/2024.

SAUNDERS, Amy. 2015. “**Nesting and Divorce? It is For the Birds.**” Legal Solutions 2015. Disponível em: <https://hansonsaunders.com/nesting-and-divorce/>>> Acesso em: 18/07/2024.

SAVAGE, Maddy. (2021, 5 de agosto). **Birdnesting**: a tendência do divórcio em que os pais revezam as casas. Disponível em:

<<<https://www.bbc.com/worklife/article/20210804-birdnesting-the-divorce-trend-in-which-parents-rotate-homes>>> . Acesso em: 10/10/ 2024.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2022.

TARTUCE, Flávio; **Direito de Família**. Editora Forense. Vol 5. Rio de Janeiro. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família / Sílvio de Salvo Venosa. -. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.