



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
DIREITO

ANA LUÍSA RAMOS MELO CARNEIRO

**A POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DA MODALIDADE DE GUARDA NIDAL A
PARTIR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

BRASÍLIA
2024

ANA LUÍSA RAMOS MELO CARNEIRO

A POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DA MODALIDADE DE GUARDA NIDAL A
PARTIR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Costa
Ribeiro Neto.

BRASÍLIA

2024

Dedico este trabalho aos meus pais, José Carneiro e Neusa Ramos. Queria que todas as crianças do mundo tivessem pais como vocês e uma família como a nossa. Se assim fosse, temas como esse nem precisariam existir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por sua fidelidade, pois sua constância nessa jornada tortuosa me sustentou até aqui. À tua bondade eu devo a vida e é pela tua misericórdia que meus dias ainda são contados. A tua graça me alcançou e hoje eu te louvo pelo milagre que fez na minha vida.

Aos meus pais, José e Neusa, por todos os sacrifícios que me impulsionaram a chegar até aqui. Por sempre lutarem por mim, muito obrigada. Agradeço por secarem minhas lágrimas, serem luz na minha escuridão, porto seguro na tempestade e pelo colo sempre disponível. Obrigada pelo exemplo que são.

À minha irmã Júlia pelas risadas, conversas e cumplicidade. Obrigada por ser meu riso diário e válvula de escape nestes últimos tempos. Que bom que eu nem consigo me lembrar de como é a vida sem você.

À minha irmã de coração Ludmila Victória, por se fazer sempre presente mesmo à distância. Suas ligações me deram força e consigo sentir o seu amor mesmo estando separadas por quilômetros. Sinto a sua falta todos os dias.

Agradeço ao meu amado Bruno por me acolher e me amar; pela aceitação e pelo remédio que é a sua presença; pela calma que é viver contigo. Obrigada por escolher ficar, compartilhar a vida ao meu lado e sempre acreditar em mim. Você foi a melhor coisa que me aconteceu.

À Sofia, meu raio de sol, pela amizade e amor que cultivamos ao longo desses anos. Agradeço por ser meu maior presente proporcionado pela graduação, pelo apoio incondicional, pelos medos superados e pelas memórias compartilhadas. Obrigada por sempre estar ao meu lado.

Às minhas amigas Stefanny, Vitória, Blenda, Michaele, Brenda, Sara e Paloma por serem enviadas por Deus para mim, pelo amor, zelo e afago. Agradeço pelas orações e por sempre terem uma palavra de ânimo e conforto durante nossa caminhada. Vocês me fazem ter certeza de que existem amizades que nos aproximam dos céus. Seremos nós até a volta de Cristo.

À Camila Cristina, pela amizade tardia, mas fundamental. Que bom que agora posso te chamar de amiga e partilhar minha vida com você. Ao grupo de amigas mais lindo da UnB: obrigada Lorena, Maria Clara, Ana Bia, Carol, Lu Gatto, Clara e Louisy por tantas risadas e pelo alívio em dias difíceis.

Agradeço ao Gabriel pelo companheirismo e por tantas idas à biblioteca. Sua presença nessa reta final foi fundamental. Ao Victor, por apoiar esse tema e me ajudar a dar o pontapé inicial. Dividir marmitas e o horário de almoço com você foi essencial. Ao João Victor e à Mariana, pelo companheirismo desde o início da faculdade.

Ao Professor João Costa-Neto por aceitar esse desafio e proporcionar-me aprendizados de uma vida inteira. Obrigada por me apresentar o prazer da docência e o amor ao Direito das Famílias, pelo apoio e pela confiança neste trabalho.

À minha querida Universidade, o meu muito obrigada. Por ser um sonho alcançado, realizado e vivido plenamente. Por tudo o que representa para a juventude brasileira e por todos os ensinamentos, dentro e fora da sala de aula. Obrigada por resistir. Defender-te-ei para sempre.

“15 Acabou-se, pois, o muro aos vinte e cinco de elul, em cinquenta e dois dias.

*16 E sucedeu que, ouvindo-o todos os nossos inimigos, temeram todos os gentios que havia em roda de nós e abateram-se muito em seus próprios olhos; **porque reconheceram que o nosso Deus fizera esta obra.**”*

Neemias 6: 15-16 (Bíblia Sagrada)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar o instituto da guarda nidal. Pretende-se melhor compreender a aplicabilidade desta modalidade de guarda e a possibilidade de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. De início, apresenta-se uma contextualização sobre a evolução do instituto da família, tanto como termo quanto como de sua estrutura. Do mesmo modo, são demonstrados os efeitos da constitucionalização da família e a forma de aplicação dos princípios sobre ela, além de explicitar-se o conjunto de normas jurídicas principiológicas aplicadas ao objeto de estudo. Em seguida, buscar-se entender melhor o significado do conceito de guarda nidal e a sua forma de atuação no âmbito internacional, perpassando por toda a sua conceituação e aplicação. O último capítulo deste trabalho apresenta a possibilidade de inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, da modalidade de guarda nidal a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por fim, o trabalho constrói a argumentação conclusiva de que é possível aninhá-la no Brasil a partir dos princípios constitucionais já institucionalizados.

Palavras-chave: Direito das famílias. Modalidades de Guarda. Guarda Nidal. Princípios Constitucionais. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to analyze the legal institute of the bird's nest custody. It aims to better understand the applicability of this arrangement and the possibility of its implementation in the Brazilian legal system considering the principle of the best interest of the child and adolescent. Initially, the research presents a contextualization of the evolution of the family, both in terms of its concept and its structure. Similarly, it demonstrates the effects of the constitutionalization of the family as a legal category and the application of a myriad of principles to it, detailing each one of them. Following, the text also seeks to better understand the meaning of bird's nest custody and its implementation on an international level, covering its entire conceptualization and application. The last chapter of this research presents the possibility of introducing the bird's nest custody arrangement based on the principle of the best interest of the child and adolescent. Finally, the paper presents the argument that it is possible to implement birdnesting in Brazil based on the already institutionalized constitutional principles.

Keywords: *Family Law. Custody Arrangements. Bird's Nest Custody. Constitutional Principles. Principle of the Best Interest of the Child and Adolescent.*

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
1. A EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS	12
2. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	17
2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO PROCESSO DE GUARDA PARENTAL	19
2.1.1 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana.....	20
2.1.2 Princípio Da Solidariedade Familiar	21
2.1.3 Princípio Da Igualdade Entre Cônjuges E Companheiros.....	22
2.1.4 Princípio Da Parentalidade Responsável	23
2.1.5 Princípio Da Convivência Familiar.....	25
2.1.6 Princípio Da Afetividade	26
2.1.7 Princípio Da Não Intervenção Estatal.....	27
2.1.8 Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Do Adolescente	28
3. GUARDA NIDAL.....	31
4. A GUARDA NIDAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS.....	56

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao falarmos sobre famílias, sempre surgem diversos questionamentos sobre sua continuidade e importância na sociedade. Considerada uma das primeiras formas de agrupamento e de organização social, o instituto da família enfrentou e ainda enfrenta diversas mudanças e transformações. Seja em sua composição, forma ou significado da palavra, a família se altera segundo o meio em que está inserida.

Muitas dessas alterações vieram para trazer dignidade aos componentes dela, tornando-os cidadãos e detentores de direitos constitucionalizados. A elevação do status que mulher e filhos obtiveram dentro da instituição família os tira da posição de meras propriedades do homem, com seu pátrio poder, e torna-os componentes ativos e importantes na estruturação da casa.

A destituição do pátrio poder e sua substituição pela autoridade parental, agora exercida por ambos os genitores, representa a evolução da matéria de família no Brasil. O protagonismo feminino, manifesto principalmente a partir da inserção da mulher no mercado de trabalho e em atividades da vida civil sem a tutela masculina, faz com que alterações repercutam dentro da vida familiar.

O Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio se tornam importantes institutos normativos para a mudança da visão sobre a família. A institucionalização do divórcio traz consigo discussões fortes, cheias de opiniões e estudos, que fazem com que o Direitos das Famílias evolua rapidamente.

Ao falarmos de divórcio de um casal com menores, obrigatoriamente precisamos falar sobre a instituição da guarda parental. Anteriormente concedida a quem não tivesse culpa no divórcio, a criança era tratada como um mero objeto, *coisificada* e sem espaço para expressar suas opiniões ou o que sentia em relação ao seu guardião. Após anos, entendeu-se que a criança era uma extensão da mãe e que esta seria a melhor guardiã por sempre ter tido o papel de cuidado e o pai se tornava um mero visitante para a criança.

Contudo, a partir da constitucionalização do poder parental e da evolução do pensamento na sociedade, entende-se que ambos os genitores possuem responsabilidades de cuidado e de afeto para com os filhos, o que obriga a justiça e a doutrina brasileira a repensarem as formas de implementação da guarda no Brasil.

Atualmente, o ordenamento brasileiro acolhe as modalidades de guarda unilateral e compartilhada, que estão previstas no Código Civil e, doutrinariamente, a

modalidade de guarda alternada. Embora todas essas modalidades prezem pela aplicação de todos os princípios concernentes ao Direito das Famílias, entende-se que nada impede a aplicação de uma modalidade nova que tem como objetivo central a proteção integral do menor.

A guarda nidal se apresenta como essa modalidade que tem o desenvolvimento da criança, o seu melhor interesse e a sua proteção como o centro de toda a discussão. A partir do princípio do melhor interesse da criança, norteiam-se as discussões sobre a aplicação e a funcionalidade desta modalidade de guarda.

Apoiado em uma profunda pesquisa bibliográfica, este trabalho envolve a análise da literatura já existente e pretende sustentar a possibilidade da inserção da modalidade nidal no Brasil, propondo-se a entender melhor a funcionalidade da guarda nidal e a possibilidade de sua aplicação a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1. A EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS

A partir das transformações sociais mundiais do século XX, é possível observar o surgimento de uma nova dinâmica de sociedade, de mercado, de economia e de trabalho. Considerando, em uma análise das mudanças ocorridas dentro da esfera pública da humanidade, não é razoável cogitar a ideia de que o ambiente familiar se conservaria nos exatos moldes anteriores.

A manutenção da família – pai, mãe e filhos – apenas dentro da esfera privada era completamente incompatível com o modelo de sociedade previsto para o novo tempo do Direito. É incorreto afirmar que essa mudança de esfera foi algo repentino, haja vista o longo caminho que a família precisou percorrer para se tornar uma entidade constitucionalizada e digna de proteção integral.

Cynthia Sarti, ao dissertar sobre o conceito de família e sobre a sua alteração ao longo do tempo, afirma que

A variabilidade histórica da instituição família desafia qualquer conceito geral de família. O termo família tem designado instituições e agrupamentos sociais bastante diferentes, entre si, do ponto de vista de sua estrutura e junções que não tiveram necessariamente a reprodução cotidiana ou geracional como função específica ou exclusiva e, em muitos momentos, desempenharam, simultaneamente e prioritariamente, funções políticas e econômicas¹

Portanto, não é razoável que se comece a falar de família a partir exclusivamente da visão atual que se tem sobre a instituição, tendo em vista todo o arcabouço histórico que o termo e a própria instituição em si carregam.

Nesta contextualização sobre a evolução do conceito de família, pretende-se utilizar o que lecionam Arnold Wald e Priscila Fonseca em seu curso “Direito de Família” ao afirmarem que “a família brasileira, como hoje a conceituamos, sofreu as influências da família romana, da família canônica e da família germânica”².

Os autores afirmam que a família romana poderia ser conceituada como um conjunto de pessoas que se encontravam sob a *patria potestas*³, sendo assim, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional⁴. Os ideais romanos para a

¹ SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). **A Família Contemporânea em Debate**. São Paulo: Cortez, 2000.

² WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa de. Direito de família. – 20.ed. – São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023. p. 26.

³ Poder jurídico exercido pelo *pater familias* (pai de família) sobre os descendentes não emancipados e sobre a esposa.

⁴ Ibid. p. 26.

família se estendem ao longo dos séculos, exercendo profunda – e significativa – influência quanto ao pátrio poder. Contudo, durante a Idade Média, o Direito Canônico passa a reger todas as relações familiares, tornando reconhecido apenas o casamento religioso.

A instituição do casamento como um sacramento passa a estabelecer a indissolubilidade do matrimônio, tornando-o um assunto de competência exclusiva da igreja católica e não mais sendo preciso o *affectio* como elemento necessário para a união matrimonial.⁵

A partir dessa contextualização, é possível identificar as fontes e referências que o Código Civil brasileiro de 1916 utilizou para legislar sobre a família brasileira. Apesar de afirmar que as mudanças do século XX foram determinantes para as alterações em questões familiares no Ocidente, ao citarem Pontes de Miranda, os autores afirmam que

[...] o Código Civil/1916 revelou um Direito “mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da Nação”, tendo mantido, num Estado leigo, uma técnica canônica, e, numa sociedade evoluída do século XX, o *privativismo doméstico* e o patriarcalismo conservador [...]⁶

O referido Código utilizou em seus artigos os mesmos moldes utilizados pelo Direito Canônico em assuntos referentes ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impedientes, às nulidades e anulabilidades e à indissolubilidade do matrimônio. além de manter o ideário do pátrio poder em benefício da paz doméstica.⁷

Sobre as escolhas que o legislador do Código de 1916 fez, Gustavo Tepedino entende que

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugado à figura do cônjuge-varão – justificava-se em benefício da paz doméstica. [...].O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.⁸

⁵ Ibid. p. 28

⁶ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito de Família**. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, Malheiros, 2023, p. 35.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 48.

⁸ Ibid. p. 49.

Mesmo com todo esse retardo no que concerne aos direitos, à proteção e ao reconhecimento dos outros componentes da família – esposa e filhos –, é necessário considerar os avanços legislativos a partir da década de 1960, com ênfase na Lei nº 4.121/1962⁹ e na Lei nº 6.515/1977¹⁰. Não era viável que o Brasil seguisse reproduzindo comportamentos retrógrados enquanto os demais países do Ocidente experimentavam outro momento para a família.

Wald e Priscila Fonseca, apesar de considerarem os avanços como positivos para a sociedade, entendem que toda essa transformação radical do ambiente social e dos valores perpetuados por ela, foram pensados sob uma óptica de modificações particulares e não sob uma busca real por uma reforma ampla da sociedade brasileira, o que acarreta um sistema incoerente e desorganizado.¹¹

A partir da Constituição Federal de 1988, a instituição – família – ganha um novo patamar, sendo elevada ao status de base da sociedade e recebendo uma proteção especial do Estado¹². Gustavo Tepedino leciona sobre uma mudança na tutela jurisdicional a partir de uma alteração axiológica trazida pela Constituição Federal.

O autor entende que, mais do que uma modificação no ponto de vista fenomenológico, o centro da tutela constitucional deixa de ser apenas o casamento (como formalidade) e passa a ser as relações familiares dele resultantes. A esse respeito, o autor Gustavo Tepedino leciona no sentido de que “[...] a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”.¹³

⁹ BRASIL. **Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/4121.htm. Acesso em: 17. abr. 2024.

¹⁰ BRASIL. **Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 17. abr. 2024.

¹¹ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito de Família**. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, Malheiros, 2023, p. 37.

¹² “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 abr. 2024.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 8.

É importante salientar que a Constituição Federal de 1988 surge com a premissa de se eleger como uma Constituição democrática e social, visando o bem-estar de todos os tutelados pelo Estado.

Ainda seguindo a linha de Tepedino, o autor entende que a Constituição passa a se importar com a funcionalização da família a fim de que haja um desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros componentes dessa organização familiar, acreditando na conservação dessa comunidade apenas como um instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.¹⁴

Portanto, ao analisar o conteúdo dos artigos 226 a 230 da Constituição, é possível perceber, na prática, o que se afirmou acima. A proteção não se aplica mais somente às famílias consideradas “tradicionais” ou “naturais” – pai, mãe e filhos. Agora, entendem-se protegidas também as entidades não fundadas a partir do casamento (artigo 226, §3º), as famílias monoparentais (artigo 226, §4º) e, posteriormente, as famílias homoafetivas, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre equiparar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, admitindo assim a união homoafetiva como mais uma forma de núcleo familiar.¹⁵

Ao destrinchar mais o artigo 226, podemos ver claramente a nova vitrine de valores e conceitos defendidos pelo constituinte, que apresenta a igualdade de direitos e de deveres entre homens e mulheres dentro da unidade familiar (artigo 226, §5º), a possibilidade de divórcio sem comprovação de culpa (artigo 226, §6º), a liberdade para que haja o planejamento familiar fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, §7º) e, por fim, a intervenção estatal em casos de violências ocorridas dentro do ambiente familiar (artigo 226, §8º).

Analisando esse contexto, é possível compreender que as famílias não são – e não devem ser – grupos homogêneos, com apenas uma forma de estrutura e organização. Elas variam de composição conforme fatores externos e internos, como formas de atuação, contexto histórico, contexto social e afins, fazendo com que seja

¹⁴ Ibid. p. 51

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**. Requerente: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 13/10/2011. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 14/10/2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

necessária uma atuação abrangente e inclusiva do Estado, a fim de promover políticas públicas, proteção e respeito para o máximo de famílias possíveis.

2. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Após ser acusada de atravessar uma crise de existência e ter seus conceitos remodelados, a família brasileira passa a ser denominada como “família democrática”¹⁶. Sobre a crise na família, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar única, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder.”¹⁷

Ao lecionar sobre a família democrática, a autora inicia afirmando que a democracia pode ser iniciada a partir de pequenos grupos e conceitua dizendo que “o método de deliberação é tido como democrático quando os membros do grupo detêm iguais e adequadas oportunidades de falar e são capazes e querem ouvir. [...] Democracia se faz através de diálogo, não há instâncias superiores a quem recorrer”¹⁸. Sendo assim, é possível falarmos sobre democracia em um espaço tão pequeno como uma instituição familiar, haja vista a afirmação de que qualquer decisão envolvendo mais de uma pessoa pode ser feita pelo método democrático.

Contudo, é possível propiciar um espaço seguro e democrático dentro de uma esfera tão privatista e intransigível como a família? Maria Celina, amparando-se em estudos do sociólogo Bruno Lasker, afirma que “há uma enorme diferença entre aceitar o ideal democrático para a sociedade como um todo e estar disposto a aceitá-lo como um guia para a conduta pessoal diária de cada um”¹⁹. A partir desse entendimento, é possível afirmar que a democracia incitada na esfera pública poderia coexistir com a autocracia no espaço privado, a saber, o espaço familiar em nome do bem-estar da instituição.

Ao constitucionalizar a família e transformá-la em um ente de proteção e de tutela constitucional, cria-se – não automaticamente, é claro – um movimento de ampliação dos espaços de autonomia, de crescimento individual, de diálogo e de

¹⁶ DE MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: **Anais do V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, Belo Horizonte (MG), 29 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2024, p. 2.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibid. p. 3

¹⁹ DE MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: **Anais do V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, Belo Horizonte (MG), 29 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2024, p. 4.

responsabilização de cada membro de um grupo familiar. Vale enfatizar que esse movimento de mudança não surge da noite para o dia, mas resulta de fatores históricos e de eventuais modificações no âmago da família, como já visto anteriormente.

De todo modo, somente a constitucionalização da família seria insuficiente para uma transformação social efetiva no que se relaciona ao tema. Por isso, é importante atentar aos diplomas legislativos precursores e iniciantes dessa alteração social, a saber, o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio. Tepedino entende que a partir dessas leis,

Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos - tendo por origem não apenas o casamento - e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.²⁰

Isso porque a família é um reflexo das mudanças que ocorrem na sociedade e, por ser uma das bases dela, também atua efetivamente nessas mudanças. Reitera-se a capacidade da família de representar o espaço privado e de dialogar com o âmbito público ao mesmo tempo, e, por isso, transforma-se em um ponto central da vida social.

Tendo em vista toda essa movimentação democrática e constitucional, é de se entender que, além de direitos garantidos e protegidos, a família agora é resguardada por princípios constitucionais, princípios estes que irão nortear e balizar toda a relação entre a instituição família, seus componentes de forma individualizada e o Estado.

Maria Goreth Valadares afirma que “a consciência de que não há como prever por meio de regras todas as situações fáticas capazes de serem vivenciadas pelo ser humano, fez com que os princípios ganhassem um lugar de destaque no cenário jurídico”²¹ e, a partir desse cenário de destaque, cria-se as teorias que desenvolvem melhor a ideia dos princípios e sua aplicação nos ordenamentos.

Antes de entrar propriamente dentro dos princípios norteadores do Direito das famílias, faz-se necessário uma contextualização sobre a questão dos princípios

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. A **disciplina civil-constitucional das relações familiares**. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 49.

²¹ VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as novas relações parentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 27

constitucionais e toda a sua forma de aplicação no direito brasileiro, a partir do texto de Marcelo Campos Galuppo – “Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação”²².

Inicialmente, Galuppo categoriza três principais teorias que permeiam o tema dos princípios. A primeira é acolhida por Norberto Bobbio e Del Vecchio, que entendem os princípios como normas gerais (ou generalíssimas) de um sistema; os autores compreendem os princípios como fruto de processos de generalização do direito²³.

A segunda teoria é defendida por Robert Alexy, que compreende os princípios a partir de sua não aplicação integral e plena em qualquer situação corriqueira. O autor entende que os princípios são identificados com “mandados de otimização”²⁴, além de entender que eles veiculam o conteúdo normativo jurídico de que algo deve ser realizado na maior medida possível²⁵.

A terceira e última teoria identificada pelo autor é tratada pelos autores Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, ao admitirem que os princípios são como normas das quais as condições de aplicação não são pré-determinadas²⁶ e a conclusão que ambos chegam é a de que “os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados”²⁷. Essa contextualização sobre as teorias pretende demonstrar a importância dos princípios para o ordenamento jurídico brasileiro e como a sua aplicação é certa na busca dos direitos constitucionalizados.

2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO PROCESSO DE GUARDA PARENTAL

Dentro da complexidade das relações familiares, faz-se necessário o uso de princípios específicos para cada tema proposto, enaltecendo, assim, o caráter democrático da família constitucionalizada. É importante lembrar que, além da

²² GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos No Estado Democrático De Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a, v. 36, p. 191-210, jul. – set. 1999.

²³ Ibid., p. 192.

²⁴ Ibid, p. 192.

²⁵ Ibid, p. 192.

²⁶ Ibid. p. 195.

²⁷ Ibid. p. 199.

Constituição, o ordenamento infraconstitucional também é de suma importância na aplicação justa dos princípios jurídicos.

Diferentemente de outros ramos do Direito, o direito das famílias apresenta um destaque para a importância primordial de elementos sociais e éticos, provenientes da evolução histórica, dos princípios e da moralidade social, sem que se esqueça os avanços tecnológicos. Todo esse panorama gera uma interferência direta na escala de valores e moralidade do direito das famílias, ao compreender que o direito é também um produto do meio.

Sobre os princípios, Maria Goreth Valadares leciona que a aplicação dos princípios é parte indispensável na seara o direito das famílias por conta das particularidades e singularidades das situações encontradas, podendo essas situações encontrar, ou não, previsão dentro das regras, e, por conta dessa imprevisibilidade das ocorrências familiares, os princípios ganham um lugar de destaque especial.²⁸

Com o objetivo de, posteriormente, usá-los na argumentação sobre a possibilidade de conceder a guarda nidal como alternativa às instituições de guarda existentes, alguns princípios ganham maior prestígio.

2.1.1 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

O artigo 1º, inciso III, da Carta Magna prevê que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República brasileira e do Estado Democrático de Direito. Esse princípio é tratado como o princípio dos princípios, vide ser absolutamente inafastável a sua aplicação em todo o ordenamento, caso se busque uma justiça verdadeiramente justa.

Apesar de ter um conceito legal indeterminado, esse princípio é o norte principiológico da aplicação do Direito por quem quer que o esteja operando, e é necessário que seja analisado a partir da realidade fática de cada ser humano – de forma individualizada – dentro do seu contexto social. Os juristas Jorge Miranda e Rui de Medeiros, que fundamentam os ensinamentos de Flávio Tartuce, conceituam a dignidade humana afirmando que

²⁸ VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as novas relações parentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.²⁹

A partir do trecho acima, é possível compreender a dignidade da pessoa humana como algo real, fático e individualizado. O firmamento de teses como o abandono afetivo (teoria do desamor), o direito à busca da felicidade, o reconhecimento da igualdade entre as paternidades socioafetiva e biológica e a possibilidade de multiparentalidade são alguns exemplos do uso efetivo do princípio da dignidade humana como fonte de argumentação.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, partindo de uma tentativa de conceituar este princípio, afirmam que “a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das relações sociais”³⁰.

2.1.2 Princípio Da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade familiar se é fundamentado pelo artigo 3º, I, da Constituição, constituindo-se em um dos objetivos fundamentais da República e na base para um estado de direitos. Em termos exatos, o princípio leciona que a solidariedade deve estar presente em todos os relacionamentos pessoais, não só dentro do ambiente familiar.

Dentro da seara do direito das famílias, o princípio se baseia na ideia de que membros do mesmo núcleo familiar devem se apoiar mutuamente e compreender a importância do cuidado, do respeito e da responsabilidade uns com os outros. Se entendemos que a nova função da família é garantir a proteção e o desenvolvimento de todos os membros que a compõem, a solidariedade é base fundante para que isso ocorra da melhor forma possível.

A solidariedade familiar não deve só se apresentar em relações subjetivas, como responsabilidade e cuidado, mas também quando se tratar de assuntos de cunho patrimonial e financeiro. Este princípio deve ser entendido de modo amplo,

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

³⁰ GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. Barueri: SRV Editora, 2023.

tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual³¹. Esta solidariedade deve ser exercida de forma mútua e recíproca, tanto entre os cônjuges ou companheiros, quanto como pelos pais em relação aos filhos – e os filhos aos pais, por óbvio.

Gabriela Machado entende que “o princípio da solidariedade representa a negação dos valores individualistas mantidos pelo Estado Liberal, à medida que incumbe tanto à sociedade quanto a cada integrante desta reconhecer a responsabilidade pela existência de cada pessoa que compõe o corpo social”³².

2.1.3 Princípio Da Igualdade Entre Cônjuges E Companheiros

O princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros se encontra respaldado não só na Constituição (artigos 5º, inciso I, e 226, §5º), mas também no Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.511³³. Como já dito anteriormente, a elevação da família ao status de base da sociedade e sua mudança axiológica não ocorreu repentinamente. Muito pelo contrário, houve diversos eventos ao longo dos anos que possibilitaram a promulgação de uma igualdade de gênero dentro das relações familiares.

Ao estabelecer que todas as pessoas são iguais perante a lei, a Constituição reafirma seu comprometimento com uma sociedade mais igualitária e equiparada. Quando, no artigo 226, §5º, da Constituição Federal e no artigo 1.511, do Código Civil, expressam a igualdade de direito e deveres dentro de um casamento, enterra-se de vez a velha ideia do pátrio poder, trazendo assim, isonomia nas relações familiares. Vale ressaltar que, a partir do princípio da igualdade, as uniões estáveis também se igualam a casamentos, em termos jurídicos.

Para além da relação entre cônjuges e companheiros, o princípio também traz igualdade entre filhos havidos dentro da constância do casamento e filhos havidos

³¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

³² MACHADO, Gabriela S. L. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>. Acesso em: 18 abr. 2024.

³³ “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

fora do casamento. A propósito, este vocábulo empregado apenas para fins didáticos, pois, conforme a maioria da doutrina e também da jurisprudência pátrias, todos devem ser considerados filhos, sem distinção quanto à condição de nascimento no âmbito do casamento ou fora dele).

Essa igualdade se estende também a filhos adotivos. Em caso de dissolução familiar, de necessidade de divisão de bens, de pensão alimentícia e de guarda dos filhos, todos devem ser tratados como filhos igualmente, sem favorecimento de uns em detrimento de outros, por razão alguma.

Pode-se perceber na prática a aplicação do princípio quando se analisa o artigo 1.631³⁴ do Código Civil brasileiro. Extrai-se que a isonomia da chefia familiar pode – e deve – ser exercida tanto pelo homem como pela mulher, e a possibilidade de ser exercida por apenas um dos dois só é aceitável caso haja impedimento ou a falta de um deles. Dessa forma, substitui-se a hierarquia pela diarquia³⁵, em que os pais exercem o poder familiar a partir de um regime democrático de colaboração, podendo também os filhos fazerem parte das decisões e da dinâmica da família, criando, assim, a já citada *família democrática*.

Sobre o princípio da igualdade, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno lecionam que “o princípio da igualdade constituiu-se a base de todos os movimentos sociais que possibilitaram o nascimento de uma nova face de um direito de família bem mais atento ao ideal de equilíbrio das funções parentais.”³⁶

2.1.4 Princípio Da Parentalidade Responsável

Preliminarmente, ao utilizar o termo *parentalidade responsável*, pretende-se um alcance mais amplo e uma abordagem mais justa do princípio, ao passo que, como já visto anteriormente, cabe a ambos os pais o dever de exercer a autoridade parental.

Extraído do artigo 226, §7º³⁷ da Carta Magna, o princípio da parentalidade responsável implica a responsabilidade do homem e da mulher que decidem procriar,

³⁴ “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

³⁶ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 25.

³⁷ “Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”.

sendo essa responsabilidade entendida de forma individual e social. Entende-se, alicerçado neste princípio, que os pais têm o dever de garantir o bem-estar material e imaterial à prole, priorizando o desenvolvimento dos aspectos físico, emocional e psíquico dos filhos. Os pais então, até segunda ordem, vinculam-se aos filhos em todas as situações jurídicas e patrimoniais existentes, para além das situações rotineiras da vida civil.³⁸

Não obstante, este princípio enfatiza a necessidade de responsabilização e planejamento familiar, já que os pais se tornam protagonistas na vida dos filhos, performando como suporte, oferecendo e concedendo tudo aquilo que a prole precisa. É importante entender também que o princípio da parentalidade responsável não é algo apenas para o presente, mas deve ser considerado como um investimento para o futuro, haja vista que os pais devem estar presentes nas escolhas de seus filhos e guiá-los pelo melhor caminho possível.

A parentalidade responsável decorre diretamente da autoridade parental, de forma que é importante frisar que ela deve ser exercida independente da situação conjugal dos genitores, pois a mesma “consiste em um conjunto de responsabilidades e incumbências de natureza patrimonial e existencial, atribuído conjuntamente aos pais.”³⁹

As autoras Marília Xavier e Maici Colombo, com amparo em excerto de lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, doutrinam no sentido de que, dentro das situações familiares, a autoridade parental não contribui apenas para o desenvolvimento das crianças, mas também contribui para a evolução dos pais, resultando em um processo mútuo de “realização de projeto de vida de cada indivíduo inserida na família, pois, “ao auxiliar no desenvolvimento da personalidade dos filhos, educando-os, estarão os pais satisfazendo o desenvolvimento de sua própria personalidade.”⁴⁰

³⁸ MACHADO, Gabriela S. L. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais++infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>. Acesso em: 18 abr. 2024.

³⁹ XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). **Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 40.

⁴⁰ Idem.

Ainda sobre a autoridade parental independente da situação marital dos pais, Rolf e Rafael Madaleno entendem que:

Dessa forma, é possível concluir que tal encargo atribuído simultaneamente aos pais não decorre do casamento ou da união estável, sendo inerente ao estado de filiação desde o nascimento do filho, e resulta da paternidade, constituindo um atributo irrenunciável (exceto na hipótese do art. 66 do ECA), intransferível, inalienável e imprescritível, sendo imperioso frisar que as obrigações decorrentes desse vínculo são personalíssimas.⁴¹

2.1.5 Princípio Da Convivência Familiar

Dentro da perspectiva de proteção da criança e do adolescente, cabe destacar o princípio da convivência familiar como um dos meios para garantir essa proteção. A preocupação com o bem-estar da criança, sua proteção e o seu desenvolvimento integral e harmoniosa fez com que diversos institutos fossem oficializados nesse sentido, a saber, a Convenção de Genebra sobre os Direitos da Criança (1924) e a Declaração sobre os Direitos da Criança, recebida pela Assembleia das Nações Unidas em 1959 e, posteriormente, reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Entende-se que a convivência familiar é muito mais do que viver em família, e, fundado nisso, Viviane Prospero leciona que

A convivência familiar envolve um feixe de circunstância que possibilita o desenvolvimento saudável da fase infantil e juvenil. Isso permite à criança a percepção de que é amada, de que alguém dela se ocupa e com ela se preocupa. Envolve esse direito mais do que a possibilidade de ter pai e/ou a mãe, a prerrogativa de receber deles atenção, cuidados e carinho. Importa na possibilidade de ter espaço para se ser criança, ou seja, para brincar, pois essa é a forma salutar de o mundo infantil se desenvolver, e compreender o que o cerca e também de se fazer por ele compreender.⁴²

Desta forma, entende-se que a convivência familiar é um dos pilares para o desenvolvimento infantil, tornando o acolhimento e a proteção peças centrais dessa convivência.

É imprescindível entender que a convivência familiar não implica necessariamente estar em sua família natural, sua família biológica. A convivência familiar é direito assegurado para que a criança e o adolescente se desenvolvam em

⁴¹ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 25.

⁴² PROSPERO, Viviane Girardi. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003, p. 104

um ambiente familiar saudável, mesmo que isso implique colocá-los em uma família díspar da sua biológica⁴³. Segundo Wladimir Paes de Lira, o que se extrai de melhor deste princípio é

[...] a importância assinalada à unidade familiar como suporte para o crescimento social e emocional, harmônico e saudável da criança, atribuindo aos pais ou outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de proporcionar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança (art. 27, item 2).⁴⁴

Desta forma, entende-se que o princípio em questão deve ser analisado dentro do contexto social e conjuntamente com outros princípios usados na seara familiar, além de ser necessário perceber que, a partir da mudança da sociedade, o Direito também se altera.

2.1.6 Princípio Da Afetividade

O princípio da afetividade é um princípio implícito do ordenamento brasileiro, mas muito bem construído e fundamentado na doutrina e jurisprudência do país. Com esse princípio, entende-se que “o afeto é um elemento caracterizador da entidade familiar”⁴⁵, sendo utilizado para embasar o reconhecimento de entidades familiares e vínculos de parentesco, como a socioafetividade e a multiparentalidade a partir do afeto.

Atualmente, o afeto representa o principal fundamento para a caracterização de relações familiares⁴⁶ e considera-se que esta movimentação provém da constante valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Não obstante, é importante frisar a necessidade de observar os princípios pela óptica de outros, a fim de compreender a grande teia de princípios de forma completa.

Por mais que o afeto seja uma acepção subjetiva — relacionado ao sentir, psicologicamente, afeição por outro indivíduo — juridicamente, o afeto deve ser observado a partir de uma acepção objetiva, ou seja, “decorre da percepção social do

⁴³ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. *Direito Civil*. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2022.

⁴⁴ LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da criança e do adolescente à convivência familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2011, p. 34.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 1.215.

⁴⁶ Como eram nas famílias romanas, segundo Wald (WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito de Família**. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, Malheiros, 2023).

convívio entre os indivíduos”⁴⁷. Doutrinariamente, o princípio da afetividade, mesmo sendo alvo de pequenas críticas, já é aceito e amplamente difundido.

Sobre a juridicidade do princípio, a Ministra Nancy Andrighi possui um rico julgado sobre o tema, a saber:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito da procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010).

2.1.7 Princípio Da Não Intervenção Estatal

Fundamentado no artigo 1.513⁴⁸, do Código Civil brasileiro, o princípio da não intervenção pode ser chamado de várias formas distintas, mas todas trazendo o mesmo significado e peso jurídico. Pode ser chamado de princípio da liberdade, princípio da autonomia ou princípio da menor intervenção estatal. Independentemente de como é referido, o princípio representa o limite entre a esfera pública e a esfera privada da família.

A dicotomia entre o público e o privado ganha força dentro deste princípio, pois, apesar da família ser a base da sociedade e poder ser transformada por ela, ainda assim, é um ente privado e suas questões dizem respeito apenas aos membros da instituição familiar. Apesar dessa dicopodia, é preciso entender que a família é um ente excepcional pois consegue transitar entre as duas esferas, dialogando com ambas sem prejuízo de valor.

⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 1.215.

⁴⁸ “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

O §7º do artigo 226 da Carta Magna e o artigo 1.565, §2º, do Código Civil⁴⁹ assegura aos cidadãos a real possibilidade de um planejamento familiar com liberdade, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e sem intervenção oficiais ou privadas, competindo ao Estado apenas os recursos educacionais e científicos para a efetiva execução desse direito.

Contudo, é necessário ter cuidado na leitura e interpretação desses artigos, acreditando que “a possibilidade de intervenção estatal não ser apenas uma intromissão na esfera de outrem, e sim uma concessão ao governo para que esse tutele a primeira inter-relação entre seres humanos, que é a família, uma vez que decisões ali tomadas possam vir a ter reflexo sobre toda a coletividade”.⁵⁰

Mariana Sousa, lecionando sobre o princípio da autonomia entende que “a intervenção deve respeitar os valores individuais de seus nacionais, que são livres para gerir seus interesses conforme suas convicções, embora sejam obstados de agir completamente no tocante ao seu ser social”⁵¹. Wald e Priscila Fonseca entendem que “a doutrina moderna discute sobre o caráter publicista do Direito de Família, pelo fato de ser composto por normas cogentes e imperativas que causam impactos não só na vida dos seus membros, como também na sociedade”.⁵²

Reconhece-se a relação direta do princípio da não intervenção com o princípio constitucional da autonomia privada, onde o fundamento é a liberdade — que deve estar presente no Direito de Família -, contudo, esse princípio carece ser observado com lentes de outros princípios.

2.1.8 Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Do Adolescente

Presente em diversos diplomas normativos, tanto constitucionais como infraconstitucionais, o princípio do melhor interesse se tornou central dentro do Direito das Famílias e é pilar indispensável para a proteção e para o desenvolvimento de crianças e adolescentes brasileiros.

⁴⁹ “Art. 1.565, §2º. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

⁵⁰ SOUSA, Mariana Almirão de. **A intervenção estatal em novas organizações familiares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵¹ Ibid. p. 27.

⁵² WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito de Família**. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, Malheiros, 2023, p. 24.

Este princípio encontra sua previsão central no artigo 227⁵³ da Constituição Federal, mas pode ser respaldado por diversos outros dispositivos, como os artigos 3º ao 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além de estar presente também no artigo 3.1⁵⁴ na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, promulgado com força de lei no Brasil desde 1990. Ademais, a Lei nº 13.257/2016, que rege sobre as políticas públicas para a primeira infância, em seu artigo 4^{o55} — mais especificamente em seus três primeiros incisos — também fundamenta o princípio do melhor interesse.

Com efeito, é possível comprovar na prática a mudança de paradigma sobre o lugar da criança e do adolescente na família. Agora, eles passam a ser sujeitos de direitos e deveres, protegidos e tutelados pelo Estado, tendo o seu local como cidadão e as suas opiniões, os seus sentimentos e os seus desejos levados em consideração. Sobre este princípio, Paulo Lôbo leciona que

O princípio do melhor interesse significa que a criança - incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.⁵⁶

⁵³ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *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.”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 abr. 2024.

⁵⁴ “Art. 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”. UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: Instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 17. abr. 2024.

⁵⁵ “Art. 4º. As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

III - respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais.”. UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: Instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 17. abr. 2024.

⁵⁶ MACHADO, Gabriela S. L. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>. Acesso em: 18 abr. 2024.

Ainda sobre essa elevação de status da criança e do adolescente, saindo de um estado de objeto de direitos para ser sujeito de direitos, Viviane Girardi, em suas palavras, entende que

a revelação sociológica da significativa contribuição da prole para o crescimento e satisfação pessoal dos pais ajudou a abrir espaço no cenário familiar para o reconhecimento do filho (criança ou adolescente) como sujeito de direitos dotado de autonomia pessoal e ética, pois, na medida em que merece e recebe especial atenção dos demais membros familiares como ser em desenvolvimento, ao crescer e expandir-se vai transformando a família à qual pertence e dotando a vida dos pais de novos sentidos e significados.⁵⁷

Agora que os princípios norteadores do Direito das Famílias e toda a principiologia deste trabalho já estão delimitados, entende-se por bem fazer uma breve e pequena contextualização sobre o advento do divórcio e as modalidades já existentes de guarda parental no Brasil, haja vista que, para além de ser o tema central deste trabalho, não há como se falar em guarda parental de menores sem que haja um divórcio ou uma dissolução de união estável.

⁵⁷ PROSPERO, Viviane Girardi. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003, p. 95.

3. GUARDA NIDAL

Pouquíssimo comentada pela doutrina brasileira, a guarda nidal tem surgido como um novo modo de ver o divórcio, a guarda parental e a posição do menor nessas situações. Cerne desta pesquisa, a guarda nidal também pode ser chamada de nidação ou guarda por aninhamento. Conhecida mundialmente como *birdnesting* ou apenas *nesting*, está se popularizando com grande força em países europeus, como a Alemanha, a Estônia, Holanda, Suécia e o Reino Unido, além da Austrália, dos Estados Unidos e do Canadá⁵⁸.

Como já dito anteriormente, a doutrina brasileira não apresenta grande interesse na discussão sobre a guarda nidal por considerá-la inviável, principalmente do ponto de vista financeiro. As poucas obras que mencionam essa modalidade de guarda, ou o fazem a título de curiosidade, ou a citam apenas como exemplo, quase sempre manifestando no sentido de considerá-la, supostamente, inaplicável, como se verá adiante.

Das obras em que menções à guarda nidal pode ser encontrada, cabe citar o manual do doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira, que, além de trazer a origem da expressão nidal, afirma que a expressão em questão “traz consigo o sentido de que os filhos permanecerão no ‘ninho’, e os pais é quem se revezarão, isto é, a cada período, um dos pais ficará com os filhos na residência original do casal.”⁵⁹ Flávio Tartuce entende que

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.⁶⁰

Todavia, a literatura internacional já se movimenta em direção à escrita de artigos e livros que estudam melhor a guarda nidal e a sua aplicação, além de já haver alguns exemplos com os resultados da aplicação dessa modalidade. No Brasil, há pouquíssimos artigos que versam sobre o tema, mas que são de fácil acesso. Nenhum deles efetivamente aprofunda no estudo direto do objeto em comento, mas apresentam visão ampla sobre a nidação.

⁵⁸ SAVAGE, Maddy. BBC News. Birdnesting: The divorce trend where parents rotate homes. **BBC News**, 5 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/worklife/article/20210804-birdnesting-the-divorce-trend-in-which-parents-rotate-homes>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 441.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

É importante ressaltar que essa é uma modalidade de guarda “importada” de outros países ocidentais, e que sua aplicação se altera e se adapta a partir da legislação e do país que a recebe, inalterando-se apenas a essência e o conceito mor da modalidade nidal. É mister compreender que, a partir da globalização e da conexão do mundo atual, o Direito Comparado e a inserção de novos institutos a partir do mesmo são inevitáveis, e ignorar essa realidade pode gerar um atraso imperdoável para a legislação do país que assim o fizer.

Entende-se que o *nesting* começou a ser idealizado e utilizado a partir dos anos 2000, nos Estados Unidos, quando a corte do estado da Virgínia entendeu que a melhor solução para duas crianças era permanecer na casa da família. Amanda Driscoll afirma que essa ideia atravessou o Atlântico pois, a partir daí, houve um encorajamento da corte britânica para guarda compartilhada de alguma forma⁶¹.

A autora afirma ainda que as cortes ao redor do mundo nunca forçaram o uso do *birdnesting*, mas que, em 2003, no Canadá, em um caso excepcional, o juiz decretou que o *birdnesting* fosse utilizado para que os pais parassem de tratar as crianças como “frisbees”⁶². Recentes estudos feitos pela Coop Legal Services afirmam que 11% dos casais que estão se divorciando, se inclinam para o uso do *nesting* no Reino Unido e na Suécia, talvez pela naturalidade da igualdade de gênero quando o assunto é guarda parental, encontram-se dados de que a rotação entre os pais tenha começado por volta dos anos de 1970⁶³.

Como já conceituado, a guarda nidal consiste em modalidade de guarda em que se observa a residência da família como um ninho, e, ao invés de a criança se adaptar a morar com os dois pais separadamente após o divórcio, o menor é instalado na casa da família e os pais se alternam em ir e vir à casa, como pássaros que pousam e partem de seus ninhos, revezando nos cuidados com o menor⁶⁴. Entendido como

⁶¹ DRISCOLL, Amanda. Nesting: The Modern Era Convenience for Divorce. **Law Deb Smith**, 20 de março de 2017. Disponível em: <<http://lawdebsmith.com/nesting-modern-era-convenience-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁶² DRISCOLL, Amanda. Nesting: The Modern Era Convenience for Divorce. **Law Deb Smith**, 20 de março de 2017. Disponível em: <<http://lawdebsmith.com/nesting-modern-era-convenience-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁶³ BIRDNESTING: The Divorce Trend Where Parents Rotate Homes. 2023. **CRS For Life**. Disponível em: <<https://crsforlife.com/birdnesting-the-divorce-trend-where-parents-rotate-homes/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁶⁴ KRUK, Edward. “**Bird’s nest**” **Co-Parenting Arrangements**. 2013. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201307/birds-nest-co-parenting-arrangements>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

uma alternativa às modalidades de guarda já existentes, vale a pena ressaltar as peculiaridades e especificidades da guarda nidai e de sua forma de aplicação.

É sabido que a experiência do divórcio é dramática e pode gerar sérias consequências no futuro, principalmente para a criança, se não for tratada da forma correta, a saber, com respeito, empatia e solidariedade entre as partes envolvidas. Por mais respeitoso que seja esse divórcio, para a visão infantil, tudo pode se tornar muito pior do que realmente é. Sobre o impacto do divórcio nos sentimentos da criança, a advogada especialista em divórcio e guarda, Julie Fowler, afirma que

Divorce can be both psychologically and emotionally hard on the parents. It is often even more so on the children. Children often aren't told why their parents are divorcing. Even if they think they know the cause, divorce is often a difficult concept to comprehend. Sometimes children blame themselves when their parents get a divorce. It is not uncommon for children to think that they have made the leaving parent angry or believe the parent no longer loves them as much. It is also common for children to feel divided loyalties between their parents. Sometimes children feel they need to side with one parent or the other.^{65/66}

Julie segue afirmando que não é incomum a criança acabar se tornando superprotetora do familiar que estiver mais próximo a ela neste período e se sentir abandonado pelo outro familiar. Além disso, afirma ainda que muitas crianças reproduzem e adotam a visão negativa que o guardião possa ter sobre o ex-cônjuge, fazendo com que a criança tenha um genitor preferido mesmo sem ter a intenção⁶⁷.

A autora entende que a maior causa do estresse para o menor durante o divórcio é a nova realidade de ter que conviver em duas casas e alternando entre os pais, sempre com alterações na rotina e na vivência. Sobre a quebra de rotina e de regularidade que o divórcio pode acarretar, a autora entende que

Children are often psychologically most at ease and feel most safe when there are routines and their schedules are mostly predictable. The frequent packing and unpacking and the uncertain emotions about exchanges can put the

⁶⁵ WHAT Is Birdnesting in a Divorce? **Law Office of Julie Fowler**, 25 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://kellylegalfirm.com/2022/01/25/what-is-birdnesting-in-a-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁶⁶ “O divórcio pode ser difícil tanto psicologicamente quanto emocionalmente para os pais. Muitas vezes, é ainda mais difícil para as crianças. As crianças frequentemente não são informadas sobre o motivo do divórcio dos pais. Mesmo que pensem que sabem a causa, o divórcio é, muitas vezes, um conceito difícil de compreender. Às vezes, as crianças se culpam quando seus pais se divorciam. Não é incomum que as crianças pensem que fizeram o pai ou mãe que saiu ficar chateado, ou que acreditam que os pais não as amam tanto quanto antes. Também é comum que as crianças sintam a sua lealdade dividida entre seus pais. Às vezes, as crianças sentem que precisam tomar partido de um dos pais.” (tradução livre).

⁶⁷ WHAT Is Birdnesting in a Divorce? **Law Office of Julie Fowler**, 25 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://kellylegalfirm.com/2022/01/25/what-is-birdnesting-in-a-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

children on an emotional roller coaster, especially until the exchanges between the homes just starts to become part of their normal routine.^{68/69}

A partir dessa visão, pode-se empreender que o divórcio e toda essa insegurança gerada pode afetar não só a convivência familiar do menor, mas outras áreas da vida da criança. Julie entende que um dos maiores impactos é sentido na performance escolar e na convivência com os amigos, já que a frustração de não pertencimento e de ter que sempre se realocar pode gerar grandes ressentimentos⁷⁰. Estudos apontam que a experiência das crianças com pais em processo de divórcio faz com que elas tenham um desenvolvimento emocional, psicológico, comportamental e social diferenciado, além de menores aspirações educacionais e mais dificuldade em atingir os níveis escolares.⁷¹

As pesquisadoras Rafaela Lehtme e Karmen Toros trazem uma série de exemplos de estudos que expressam essa instabilidade e insegurança infantil que valem a pena ser citados, a saber:

For example, Braver et al. (2003) discuss how in most child outcomes, the ones whose parents moved are significantly disadvantaged and greater weight should be given to the child's separate interests in deciding such cases. Kelly and Lamb (2003) state that moving away from the other parent often stresses and disrupts parent-child relationships, and this may in turn have adverse consequences for children. Meanwhile, McLanahan and Sandefur (1996) emphasize that moving can be a very painful experience for a child, disturbing their stability, causing different adjustment problems and lower school performance. As Boyle et al. (2008) note, moving can influence psychological well-being and cause depression^{72/73}

⁶⁸ WHAT Is Birdnesting in a Divorce? **Law Office of Julie Fowler**, 25 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://kellylegalfirm.com/2022/01/25/what-is-birdnesting-in-a-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁶⁹ “As crianças geralmente se sentem mais tranquilas psicologicamente e mais seguras quando há rotinas e seus horários são, em grande parte, previsíveis. As frequentes idas e vindas e as emoções incertas sobre as trocas podem colocar as crianças em uma montanha-russa emocional, especialmente até que as trocas entre as casas comecem a fazer parte de sua rotina normal.” (Em tradução livre para o português).

⁷⁰ WHAT Is Birdnesting in a Divorce? **Law Office of Julie Fowler**, 25 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://kellylegalfirm.com/2022/01/25/what-is-birdnesting-in-a-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024, p. 3.

⁷¹ LEHTME, Rafaela; TOROS, Karmen. Bird’s nest parenting as a child-centered solution in the context of shared parenting. 2022. In: WOLFE, Boyd (Ed.). **The Child Welfare System: perspectives, challenges and future directions**. Nova Iorque: Nova Science Publishers, 2019.

⁷² LEHTME, Rafaela; TOROS, Karmen. Bird’s nest parenting as a child-centered solution in the context of shared parenting. 2022. In: WOLFE, Boyd (Ed.). **The Child Welfare System: perspectives, challenges and future directions**. Nova Iorque: Nova Science Publishers, 2019.

⁷³ “Por exemplo, Braver et al. (2003) discutem como, na maioria dos resultados das crianças, aquelas cujos pais se mudaram são significativamente prejudicadas e maior peso deve ser dado aos interesses separados da criança ao decidir esses casos. Kelly e Lamb (2003) afirmam que mudar-se para longe do outro pai frequentemente estressa e desorganiza as relações entre pais e filhos, e isso pode, por sua vez, ter consequências adversas para as crianças. Enquanto isso, McLanahan e Sandefur (1996) enfatizam que a mudança pode ser uma experiência muito dolorosa para uma criança, perturbando sua estabilidade, causando diferentes problemas de adaptação e menor desempenho escolar. Como Boyle

Toda essa contextualização sobre o estado do menor dentro do divórcio não deve alimentar a ideia de que a família deve se manter a qualquer custo, haja vista que, uma criança pode ser vítima de um lar disfuncional e desestruturado mesmo tendo os pais convivendo maritalmente.

Vale sublinhar que essas pesquisas são resultados de divórcios altamente conflituosos — por óbvio que os sentimentos podem ser compartilhados por crianças que passaram por divórcios amigáveis também. Crianças de pais divorciados que não apresentam um relacionamento conflituoso apresentam melhores níveis de ajuste, a longo prazo, do que crianças que os pais permanecem juntos em uma convivência altamente conflituosa⁷⁴.

Esta pesquisa não tem a menor intenção de digladiar com os outros institutos de guarda — unilateral, alternada ou compartilhada — e sim apresentar uma nova modalidade que pode mirar com as angústias e consequências negativas que o divórcio pode ocasionar. A guarda nidal se apresenta como essa opção de reduzir os impactos negativos do desfazimento da convivência da criança com os pais de forma marital.

Entende-se que os legisladores e o judiciário sempre caminham para que haja alternativas visando amenizar os efeitos emocionais, psicológicos e até patrimoniais dessa dissolução, principalmente naquilo que concerne ao menor em questão⁷⁵. Objetivando manter na criança o mínimo de senso de pertencimento enquanto seus pais se divorciam, o *birdnesting* se apresenta como uma possibilidade de se acabar com o casamento sem, necessariamente, acabar com a convivência familiar.⁷⁶

Jones Goldberg, advogado especializado em divórcio para homens, afirma que “*the idea behind birdnesting increases stability for children in a notoriously unstable time. They don't have to memorize complicated, ever-changing schedules. In this scenario, they don't have to worry about leaving their home, packing their stuff,*

et al. (2008) observam, a mudança pode influenciar o bem-estar psicológico e causar depressão. (tradução livre)”.
⁷⁴ DIAZ, Miguel Clemente. **Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos**. Madrid: Sínteses, 2014.

⁷⁵ NEVES, Claudia. Birdnesting: a essência da guarda alternada dos filhos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6670, 5 out. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92849>. Acesso em: 18 abr. 2024.

⁷⁶ GO GOLDBERG, Jones. Birdnesting: Co-parenting questions and concerns. Child Custody: What is birdnesting? **Goldberg Jones: Divorce for Men**, 2021. Disponível em: <https://www.goldbergjones-sandiego.com/chil-custody/birdnesting-concerns/>. Acesso em: 17 abr. 2024.

and they know where they're going to sleep each night^{77/78}. Sob essa óptica, a ideia central da nidação é colocar a criança à frente de qualquer outra coisa que os pais estejam focados.

A modalidade de guarda nidial é entendida com a nova solução completamente centrada na criança e focada no melhor interesse do menor e em seu completo bem-estar. Além de ter a finalidade de manter os pais sempre por perto, visa preservar a rotina familiar e a proteção do emocional e material do menor como prioridade, acima dos interesses individuais dos pais, em prol do desenvolvimento da criança, com o bônus de minimizar os impactos causados pela separação.⁷⁹

Ann Gold Buscho, referência na área, especialista em divórcio e coparentalidade e autora do livro “*The Parent’s Guide to Birdnesting: A Child-Centered Solution to Co-Parenting During Separation and Divorce*”⁸⁰ — que é baseado em sua própria experiência com a nidação aplicada em sua casa — pontua cinco benefícios centrais, para os pais, ao aplicarem o *birdnesting*:

1) *Nesting can support the creation or continuation of your children’s positive and secure attachment to each of you; 2) Nesting will help you adjust to being a single parent; 3) You’ll know what your children will experience in the future if you plan to have them move from one place to another as you co-parent them; 4) Nesting gives you time and space to deal with your emotions; 5) Successful nesting will ease your children’s stress in the short term*.^{81/82}

Lehtme e Koros entendem que o aninhamento se utiliza de todas as vantagens da guarda compartilhada ao mesmo tempo que se propicia de suas particularidades para prevenir os desarranjos que o divórcio e a guarda compartilhada podem causar. As autoras entendem que o *birdnesting* é o mais perto que se pode

⁷⁷ GOLDBERG, Jones. Birdnesting: Co-parenting questions and concerns. Child Custody: What is birdnesting? **Goldberg Jones: Divorce for Men**, 2021. Disponível em: <<https://www.goldbergjones-sandiego.com/chil-custody/birdnesting-concerns/>>. Acesso em: 17 abr. 2024, p. 2.

⁷⁸ “A ideia por trás do *birdnesting* é aumentar a estabilidade das crianças em um momento notoriamente instável. Elas não precisam memorizar horários complicados e sempre em mudança. Nesse cenário, elas não precisam se preocupar em deixar sua casa, fazer as malas e sabem onde vão dormir a cada noite” (tradução livre).

⁷⁹ NEVES, Claudia. Birdnesting: a essência da guarda alternada dos filhos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6670, 5 out. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92849>. Acesso em: 18 abr. 2024.

⁸⁰ BUSCHO, Ann Gold. **The Parent’s Guide to Birdnesting: a child-centered solution to co-parenting during separation and divorce**. Avon, Massachusetts: Adams Media, 2020.

⁸¹ Ibid. p. 20-21.

⁸² “1) O *nesting* pode apoiar a criação ou continuação do apego positivo e seguro de seus filhos a cada um de vocês; 2) O *nesting* ajudará você a se ajustar a ser um pai ou mãe solteiro(a); 3) Você saberá o que seus filhos irão experimentar no futuro se planejar que eles se mudem de um lugar para outro enquanto vocês compartilham a criação; 4) O *nesting* lhe dá tempo e espaço para lidar com suas emoções; 5) O *nesting* bem sucedido aliviará o estresse de seus filhos a curto prazo.”. (tradução livre)

chegar de uma modalidade de guardar efetivamente interessada no melhor interesse da criança e em seu bem-estar, haja vista que pretende proporcionar um lar estável, a continuidade de seu estilo de vida anterior e a possibilidade de conviver com ambos os pais.⁸³

Entendem que o principal objetivo dessa modalidade é evitar a perturbação na vida das crianças, mantendo a rotina, a continuidade e a permanência na casa da família, as amizades escolares e a vizinhança já conhecida, e, principalmente, mantendo o relacionamento com ambos os pais, sem maiores interrupções nas principais áreas da vida da criança. Flannery leciona que

[...] most practical advantage to a birdnesting arrangement is the simple consistency and predictability for the child in performing the necessary tasks of his or her daily routine. Children naturally feel emotionally safer, more comfortable, and less stressed in the familiar environment of their own neighbourhood, their own home, and even their own room; this sense of security and consistency is not only beneficial for the child in general, but it is particularly poignant at a time when children are experiencing the confusion, stress, and instability of parents separation, which naturally and negatively affects the child on so many different levels.^{84/85}

Buscho afirma que cada casal tem suas próprias razões para tentar o *birdnesting* mas pontua algumas razões que acredita ser norteadoras para a modalidade, a saber, “1) *To offer a solid structure to your family life despite the parents’ separation; 2) To provide safety and stability for your children; 3) To end the marital strife*”.^{86/87}

Contudo, apesar de ser entendida como uma solução para os possíveis traumas o divórcio e a manutenção da convivência familiar, é cediço que esta modalidade de guarda não pode ser aplicada a todos os casais em processo de

⁸³ LEHTME, Rafaela; TOROS, Karmen. Bird’s nest parenting as a child-centered solution in the context of shared parenting. 2022. In: WOLFE, Boyd (Ed.). **The Child Welfare System: perspectives, challenges and future directions**. Nova Iorque: Nova Science Publishers, 2019.

⁸⁴ LEHTME, Rafaela; TOROS, Karmen. Bird’s nest parenting as a child-centered solution in the context of shared parenting. 2022. In: WOLFE, Boyd (Ed.). **The Child Welfare System: perspectives, challenges and future directions**. Nova Iorque: Nova Science Publishers, 2019, p. 5.

⁸⁵ “A vantagem prática mais significativa de um arranjo de *birdnesting* é a simples consistência e previsibilidade para a criança ao realizar as tarefas necessárias de sua rotina diária. As crianças naturalmente se sentem emocionalmente mais seguras, mais confortáveis e menos estressadas no ambiente familiar de seu próprio bairro, sua própria casa e até mesmo seu próprio quarto; esse senso de segurança e consistência não é apenas benéfico para a criança em geral, mas é particularmente marcante em um momento em que as crianças estão vivenciando a confusão, o estresse e a instabilidade da separação dos pais, o que naturalmente e negativamente afeta a criança em muitos níveis diferentes.” (tradução livre)

⁸⁶ BUSCHO, Ann Gold. **The Parent’s Guide to Birdnesting: a child-centered solution to co-parenting during separation and divorce**. Avon, Massachusetts: Adams Media, 2020, p. 18-19.

⁸⁷ “1) Oferecer uma estrutura sólida para a vida familiar, apesar da separação dos pais; 2) Proporcionar segurança e estabilidade para seus filhos; 3) Acabar com os conflitos conjugais.” (tradução livre)

separação. Entende-se que para a aplicação desta modalidade, os pais precisam, de certa forma, conviver com uma proximidade respeitosa e, ocasionalmente, ver e estar na presença do ex-cônjuge sem que haja grandes embaraços.

Kruk entende que o *birdnesting* funciona apenas quando os pais exercem a coparentalidade, opondo-se ao modelo normalizado onde um pai é o cuidador integral e o outro é apenas um visitante, sem autoridade. O autor entende que a nidação opera melhor quando os pais se comprometem a separar a coparentalidade e suas responsabilidades parentais dos conflitos matrimoniais e se comprometem com a cooperatividade, para o bem-estar da criança⁸⁸.

Diversos dos autores citados compartilham da mesma opinião sobre a possibilidade do *birdnesting* ser a melhor forma de guarda à luz do melhor interesse da criança, mas não ser aplicável a todos os casais. Goldberg traz algumas considerações que devem ser feitas pelos pais antes de implementar a modalidade de nidação. O autor⁸⁹ apresenta quatro apontamentos centrais que podem nortear a decisão e a possibilidade de aplicação, a saber: “1) *How amicable are you and your ex?*; 2) *How close do you live to each other?*; 3) *Where to live?*; 4) *How sustainable is this approach?*”.^{90/91}

Já Ann Buscho apresenta a possibilidade de aplicação a partir de perguntas feitas sobre a criança, questionando não a condição dos pais e sim da criança de ser aninhada. A autora entende que a nidação é a uma solução centrada no melhor para o menor, então se torna necessário observar se a criança tem capacidade e deseja que esse modelo seja implementado. A autora pontua alguns fatores que devem ser considerados durante essa observação: “1) *Their age*; 2) *Their current state of mind*; 3) *Their developmental needs*; 4) *Their relationships with each of you*; 5) *Any special needs*; 6) *Any special newborn circumstances, such as breastfeeding*”.^{92/93}

⁸⁸ KRUK, Edward. “Bird’s nest” Co-Parenting Arrangements. **Psychology Today**, 2013. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201307/birds-nest-co-parenting-arrangements>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁸⁹ GOLDBERG, Jones. ***Birdnesting: Co-parenting questions and concerns***. Child Custody: What is *birdnesting*?. Goldberg Jones Divorce for Men. 2021.

⁹⁰ Ibid. p. 2-4.

⁹¹ “1) Quão amigáveis são você e seu ex?; 2) Quão perto vocês moram um do outro?; 3) Onde morar?; 4) Quão sustentável é essa abordagem?” (tradução livre).

⁹² BUSCHO, Ann Gold. ***The Parent’s Guide to Birdnesting***: a child-centered solution to co-parenting during separation and divorce. Avon, Massachusetts: Adams Media, 2020, p. 35-36.

⁹³ “1) A idade deles; 2) Seu estado mental atual; 3) Suas necessidades de desenvolvimento; 4) Seus relacionamentos com cada um de vocês; 5) Quaisquer necessidades especiais; 6) Quaisquer circunstâncias especiais de recém-nascidos, como a amamentação.”. (tradução livre)

Todos esses questionamentos, apontamentos e observações devem ser feitos antes da aplicação da modalidade nidal, para que haja um resultado efetivo do método. É possível observar que os fatores observados não dizem respeito apenas aos filhos, mas também aos genitores, haja vista que eles precisam estar em sintonia, terem ideias parecidas sobre parentalidade e criação, além da responsabilidade com os acordos firmados com o ex-cônjuge.

Para que a guarda nidal seja efetiva e produza os efeitos esperados, ambos os pais precisam concordar com as regras da casa — que serão impostas por eles e não por um juiz — e das responsabilidades com as tarefas domésticas e, principalmente, com os gastos e as finanças. Driscoll entende que uma das maneiras de evitar a tensão entre os ex-cônjuges no *birdnesting* é estabelecer regras rígidas — e possíveis de serem realizadas — quando se tratar de tarefas domésticas e horários.⁹⁴

A autora afirma ainda que

There needs to be a clear-cut plan that can be followed consistently in order to end the nest, providing closure for both partners while maintaining the nesting arrangement until closure can be attained for both the parents and children alike. Nesting should never be used indefinitely.^{95/96}

Com muitíssima propriedade sobre o tema, Ann Gold Buscho afirma que

The nesting agreement consists of the following: 1) The on-duty/off-duty schedule and the related logistics; 2) Keeping the children out of the middle, not using them as confidants, messengers, or spies; 3) The condition in which you will each care for the home and how you will leave the home when you go off duty; 4) Agreements about dating and new relationships; 5) Commitments around privacy, private space, computers, mail, and social media; 6) Respecting and not using or removing personal property and papers; 7) How to deal with damage to the home or personal property; 8) How bills and other expenses will be paid; 9) How decisions will be made and what do if you don't agree; 10) When, what, how and how much you will communicate with each other; 11) Agreements that either of you can ask to reassess how the plan is working and change it by agreement only; 12) Agreements about how nesting will be ended.^{97/98}

⁹⁴ DRISCOLL, Amanda. “**Nesting: The Modern Era Convenience for Divorce**”. 2017.

⁹⁵ Ibid. p. 2.

⁹⁶ “É necessário haver um plano claro que possa ser seguido de forma consistente para encerrar o *birdnesting*, proporcionando um fechamento para ambos os parceiros, enquanto mantém o arranjo de *birdnesting* até que o fechamento possa ser alcançado tanto para os pais quanto para as crianças. O *birdnesting* nunca deve ser usado de modo indefinido.” (tradução livre)

⁹⁷ BUSCHO, Ann Gold. **The Parent’s Guide to Birdnesting: a child-centered solution to co-parenting during separation and divorce**. Avon, Massachusetts: Adams Media, 2020, p. 147-148.

⁹⁸ “O acordo de *birdnesting* consiste no seguinte: 1) a programação de quando estiver com os filhos/quando não estiver e a logística relacionada; 2) Manter as crianças fora do meio, não as usando como confidentes, messageiras ou espãs; 3) A condição em que cada um cuidará da casa e como a deixará quando estiver fora; 4) Acordos sobre namoro e novos relacionamentos; 5) Compromissos em relação à privacidade, espaço privado, computadores, correio e redes sociais; 6) Respeitar e não usar

Para além dos acordos e da cooperação mútua entre os ex-cônjuges, a parte financeira é colocada como o maior obstáculo para a implementação da guarda nidal, não só no Brasil, mas em todos os lugares que se dispõem a aninhar. É inegável que todo esse arranjo exige um planejamento financeiro impecável, onde não há espaço para excessos e prodigalidade.

Erroneamente, os poucos manuais brasileiros que comentam sobre a guarda nidal estabelecem um grande poder aquisitivo como pré-requisito para haver a possibilidade de aninhar. Contudo, é possível que haja aninhamento mesmo quando as partes envolvidas não sejam ricas ou numerosamente abastadas.

Sempre que a guarda nidal é comentada, o primeiro empecilho é a necessidade de manter três casas — a da criança e duas separadas para os pais. Contudo, é possível encontrar exemplos em que o arranjo realizado não envolvia a manutenção de três casas necessariamente. Niklas Björling, com 38 anos à época, morador de Estocolmo, aninhou os filhos por oito meses após seu divórcio, afirma que morou em um quarto na casa da mãe durante os períodos em que não estava na casa onde estavam suas crianças, enquanto sua ex-esposa morava em um quarto em uma casa compartilhada.⁹⁹

Edward Kruk afirma que, por colocarem as necessidades dos filhos acima das suas, não há problemas em os pais morarem em casas modestas, um apartamento de um quarto ou compartilhado, ou até um estúdio menor para se alocar. O autor entende que o fato de não precisar comprar sempre dois conjuntos das mesmas coisas — brinquedos, roupas, comida e afins — faz com que o planejamento financeiro se torne mais simplista¹⁰⁰.

ou remover bens e documentos pessoais; 7) Como lidar com danos à casa ou bens pessoais; 8) Como as contas e outras despesas serão pagas; 9) Como as decisões serão tomadas e o que fazer se não houver acordo; 10) Quando, o quê, como e com que frequência vocês se comunicarão; 11) Acordos de que qualquer um de vocês pode pedir para reavaliar como o plano está funcionando e alterá-lo apenas por acordo mútuo; 12) Acordos sobre como o *birdnesting* será encerrado.” (tradução livre)

⁹⁹ BIRDNESTING: The Divorce Trend Where Parents Rotate Homes. 2023. **CRS For Life**. Disponível em: <<https://crsforlife.com/birdnesting-the-divorce-trend-where-parents-rotate-homes/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

¹⁰⁰ KRUK, Edward. “Bird’s nest” Co-Parenting Arrangements. **Psychology Today**, 2013. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201307/birds-nest-co-parenting-arrangements>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

Já Goldberg¹⁰¹ e Julia Fowler¹⁰² compartilham a opinião que os pais podem dividir uma única casa, separada da casa da criança, já que os dois — teoricamente — não estarão no mesmo lugar pois um sempre estará com a criança. Fowler apresenta ainda a ideia de que os pais podem morar, temporariamente, com amigos, membros da família ou com um novo parceiro, durante o tempo que estão fora da casa das crianças.

Sherri Sharma, sócia da Aronson Mayefsky & Sloan, LLP, escritório de advocacia especializado em matrimônios, afirma que, nos casos em que viu o aninhamento acontecer, as pessoas não mantinham três casas, pois, até os clientes significativamente ricos não achavam essa arrumação necessária ou viável. Sharma disse ao *NBC News BETTER* que, geralmente, os pais mantêm a casa das crianças e compartilham um apartamento separado, quando não em estão “em casa”¹⁰³. Obviamente, essa condição não precisa ser definitiva, mas somente enquanto se organizam de forma melhor e enquanto o divórcio está em andamento.

A partir de todos esses apontamentos, é possível extrair a máxima de que, definitivamente, a guarda nidal não é para todo mundo. Essa modalidade exige compreensão, respeito e, acima de tudo, que se coloquem os interesses e as necessidades da criança como prioridade. Por mais admirável que seja a ideia de aninhar a criança pelo bem-estar dela, é preciso analisar minuciosamente as condições pessoais dos pais em realizar todos os pré-requisitos dessa modalidade.

Indiscutivelmente, durante o alinhamento sobre o aninhar ou não, é necessário estipular se essa condição será definitiva ou apenas temporária, e se for temporária, até quando durará ou o que farão para que o estado de aninhamento acabe. Aninhando desde 2007, Amy Giese e seu ex-marido começaram a modalidade quando os filhos tinham quatro e seis anos apenas. Em 2018, quando foi entrevistada pela *TJM4 News*, seus filhos estavam com 14 e 17 anos, e ela afirma que, apesar das

¹⁰¹ GOLDBERG, Jones. ***Birdnesting: Co-parenting questions and concerns***. Child Custody: What is *birdnesting*?. Goldberg Jones Divorce for Men. 2021.

¹⁰² WHAT Is Birdnesting in a Divorce? **Law Office of Julie Fowler**, 25 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://kellylegalfirm.com/2022/01/25/what-is-birdnesting-in-a-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

¹⁰³ SPECTOR, Nicole. ‘Birdnesting’ gives kids one stable home after a divorce. Does it work? **NBC News Better**. 2018. Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/better/health/birdnesting-gives-kids-one-stable-home-after-divorce-does-it-nca935336>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

dificuldades e pessimismos do início, a família conseguiu fazer o *birdnesting* funcionar e planejavam mantê-lo até que o filho mais novo se formasse no ensino médio.¹⁰⁴

Sobre o tempo de duração, Ann Buscho entende que o *birdnesting* se finda naturalmente em um certo tempo. A autora leciona que

Often the nesting ends somewhat naturally when a certain milestone is reached. For example, some parents have nested until a previously nonworking spouse was able to find a job, a child graduated from middle or high school, or until the family home had been sold. Many end the nesting when the legal part of the divorce is finished and you have clarity about where you each stand financially.^{105/106}

Portanto, entende-se a critério da família o tempo de duração da guarda nesta modalidade.

É inegável, após compreender a filosofia e forma de funcionamento da guarda nidai, que ela não seja uma das maiores — se não a maior — opções de modalidade de guarda com o melhor interesse da criança como caráter absolutamente central. Vale ressaltar que a maioria dos autores citados neste capítulo entendem o *birdnesting* — a guarda nidai — como a única modalidade que efetivamente tem a criança e o seu melhor interesse centralizados na discussão.

Contudo, a partir dessa análise feita sobre a nidação, seu conceito e formas de efetivação, é possível haver uma inserção desta modalidade no ordenamento jurídico brasileiro à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente?

¹⁰⁴ TJM4 News. **Divorced couple making it work for their kids by 'nesting'**. Youtube, 19 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y9fXTAxEmtE&list=LL&index=6>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

¹⁰⁵ BUSCHO, Ann Gold. **The Parent's Guide to Birdnesting**: a child-centered solution to co-parenting during separation and divorce. Avon, Massachusetts: Adams Media, 2020, p. 214.

¹⁰⁶ "Muitas vezes, o *birdnesting* termina de forma um tanto natural quando um determinado marco é alcançado. Por exemplo, alguns pais fizeram o *birdnesting* até que o cônjuge que anteriormente não trabalhava conseguisse encontrar um emprego, um filho se formasse no ensino médio ou no ensino fundamental, ou até que a casa da família fosse vendida. Muitos encerram o *birdnesting* quando a parte legal do divórcio é concluída e você tem clareza sobre sua situação financeira." (tradução livre)

4. A GUARDA NIDAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

“Por mau vizinho, não desfaças o teu ninho”¹⁰⁷

Fundamentado ao longo do artigo 227 da Constituição Federal, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente foi inquestionavelmente incorporada ao cenário jurídico brasileiro. Ao estender à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, a Constituição oficializa, de fato, a inserção desses atores como efetivos cidadãos dignos de direito e deveres.

A intenção da redação do caput do artigo 227 é muito clara ao utilizar a expressão *com absoluta propriedade* antes de descrever os direitos que devem ser assegurados a estes sujeitos tutelados. No §3º do mesmo artigo, o legislador ainda assegura que, sob alguns aspectos descritos nos incisos, é possível que haja uma *proteção especial* ao menor em questão. É importante atentar para a ideia de que toda essa prioridade e proteção especial se dá a partir do reconhecimento da condição de desenvolvimento em que o menor se encontra.

Essa condição de desenvolvimento, contudo, não deve ser entendida apenas como aquilo que a criança não sabe, não tem condições de fazer ou não é capaz¹⁰⁸. Ora, se o legislador entendeu que, mesmo em desenvolvimento, a criança e o adolescente podem — e devem — ser protagonistas de suas histórias e de seus direitos, é preciso atentar então para que essa proteção não deslegitime o papel central da criança na atuação de seus próprios direitos.

Antônio Carlos Gomes da Costa leciona que

[...] a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.¹⁰⁹

Kátia Maciel, contudo, adiciona que, apesar do respeito que se deve haver a opinião da criança e ao seu local de fala, o interesse de criança “não corresponde

¹⁰⁷ Ditado popular português.

¹⁰⁸ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Título I – Das disposições preliminares In. CURY, Munir; AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do; MENDEZ, Emílio Garcia. (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

¹⁰⁹ Ibid. p. 39.

necessariamente àquilo que a criança deseja, pois dependerá do grau de maturidade em que crianças e adolescente se encontrem”¹¹⁰. Camila Gonçalves, ao ser citada por Kátia Maciel, afirma que há uma diferença entre a autonomia e a liberdade, que estão de um lado, e a prevalência da voluntariedade infantil, que está do outro lado — não como inimigas, mas como opostas-. Gonçalves conclui esta distinção afirmando que:

Nesse contexto, em que se reconhece a liberdade e a autonomia como valores relevantes para a formação infantojuvenil, de rigor incluir a participação da criança e do adolescente no processo de definição de seu melhor interesse, a fim de definitivamente ultrapassar a concepção da criança como objeto de proteção e dar efetividade à sua posição de pessoa, com status de valor central do ordenamento.¹¹¹

Toda essa transformação paradigmática traz uma nova visão e uma nova roupagem a criança e ao adolescente, oferecendo a eles o poder e o direito de escolhas, não só dentro do seio de suas famílias — agora, como seres individuais e detentores de direitos — mas também como civis, membros da sociedade brasileira. Salieta-se que a absoluta prioridade mencionada pelo artigo 227 não se limita apenas àquele rol taxativo de direitos descritos no artigo, mas, doutrinariamente, entende-se que o menor tem prioridade em seus assuntos em todas as áreas de atuação.

Portador de direitos e deveres, o menor ganha uma nova doutrina de proteção à sua infância e aos seus direitos a partir da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em julho de 1990. O ECA surge como uma avalanche doutrinária, fincando de vez no ideário brasileiro a doutrina da proteção integral e superando o que Mário Volpi¹¹² chama de sequestro social¹¹³, a partir da revogação do Código de Menores.

Nelson Rego entende toda essa proteção da Constituição para com as crianças como uma convocação do princípio da dignidade da pessoa humana. O autor

¹¹⁰ MACIEL, Kátia Regina F. L. Andrade. Em defesa do superior interesse da criança como princípio constitucional e sua interpretação pelas cortes superiores no Brasil nas demandas de relações parento-filiais. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 47, jan. – mar. 2013, p. 109-110.

¹¹¹ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Revistas Jurídicas LEX*. n. 56 - Mar/Abr 2012, p. 22-24 apud MACIEL, Kátia Regina F. L. Andrade. *Em defesa do superior interesse da criança como princípio constitucional e sua interpretação pelas cortes superiores no Brasil nas demandas de relações parento-filiais*. 2013.

¹¹² À época (2018), coordenador do programa Promoção de Políticas de Qualidade para a Infância do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) do Brasil, ligado à Organização das Nações Unidas.

¹¹³ CONSTITUIÇÃO de 1988, um novo olhar sobre a criança e o adolescente. **Agência CNJ de Notícias**, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constituicao-de-1988-um-novo-olhar-sobre-a-crianca-e-o-adolescente/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

afirma que, ao serem inseridos na Constituição Federal dentro da categoria de direitos sociais, os direitos das crianças e dos adolescentes passaram a se tornar direitos fundamentais¹¹⁴.

Pérez Luño, citado por Nelson Rego, entende que a positivação dos direitos fundamentais não possuem apenas um caráter de reconhecimento de direitos, como meras declarações de valores jurídicos, mas, também constitutivo, ou seja, em certa medida, os direitos fundamentais dão vida, no ordenamento jurídico, a normas que regulam situações subjetivas, com conteúdo material independente e com fontes próprias.¹¹⁵ Entende-se então que, ao constitucionalizar os direitos das crianças e dos adolescentes, logo, eles passam a fazer parte do rol de direitos fundamentais, tornando-se um marco para a construção do direito infantil.

A coroação para o reconhecimento do direito das crianças e sua proteção no âmbito internacional se dá a partir da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil em 21 de novembro de 1990. Sobre o reconhecimento desta Convenção e o princípio da dignidade da pessoa humana, Garrido de Paula entende que

Os princípios da Carta das Nações - liberdade, justiça e paz no mundo - se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, que deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e ser educada especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Expressamente consigna que, “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.”¹¹⁶

A partir dessa visão de constitucionalização de direitos, elevação do direito das crianças e máxima proteção a elas, é possível compreender de forma mais sólida

¹¹⁴ REGO, Nelson M. de Moraes. Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente, Vulnerabilidade e Gênero no Sistema de Direito Brasileiro: algumas reflexões dialogais. **Os Constitucionalistas**, 2012. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/protecao-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

¹¹⁵ REGO, Nelson M. de Moraes. Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente, Vulnerabilidade e Gênero no Sistema de Direito Brasileiro: algumas reflexões dialogais. **Os Constitucionalistas**, 2012. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/protecao-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

¹¹⁶ REGO, Nelson M. de Moraes. Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente, Vulnerabilidade e Gênero no Sistema de Direito Brasileiro: algumas reflexões dialogais. **Os Constitucionalistas**, 2012. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/protecao-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

a necessidade de seriedade e proteção quando falamos sobre guarda nidal e o princípio do melhor interesse da criança. Entende-se por necessário fazer uma melhor conceituação do princípio do melhor interesse da criança e como ele poderia ser utilizado para a inserção da guarda nidal no ordenamento brasileiro.

Segundo Tânia Pereira¹¹⁷, a origem deste princípio se dá a partir do instituto do *parens patriae*, inicialmente utilizado no Inglaterra como prerrogativa para proteger as pessoas que não podiam fazer isso por elas mesmas¹¹⁸. O termo foi sendo utilizado pelos primeiros juízes sempre que havia casos em que o bem-estar da criança era colocado acima das controvérsias do caso apresentado. Tânia leciona que o princípio do *parens patriae*, nos EUA, está diretamente ligado ao princípio do *best interest*.

A autora afirma que o princípio “emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes. O poder, outrora conferido ao rei, foi agora transferido para cada Estado”¹¹⁹. Ao explicitar sobre a aplicação e a incorporação do princípio ao ordenamento brasileiro, a autora elenca as três principais correntes doutrinárias que se relacionavam com a proteção da criança desde o séc. XIX no Brasil. Inicialmente, a doutrina do Direito Penal do menor usava a pesquisa do discernimento, que “consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso”.¹²⁰

A segunda corrente apresentada é a do menor em situação irregular, que passou a vigorar a partir do Código de Menores de 1979. Sobre o referido código e o menor em situação irregular, Amaral e Silva leciona que:

O Juiz não julgava o menor, definia a ‘situação irregular’ aplicando ‘medidas terapêuticas’. O Ministério Público, inclusive, quando pleiteava internação, como resposta pela prática de atos delinqüentes rotulados de desvio de conduta, de ato anti-social, etc. estava defendendo o menor. A defesa e o superior interesse justificaram tudo. Serviam para tudo, inclusive para limitar e, até impedir a participação do Advogado, figura praticamente desconhecida do ‘Direito do Menor’.¹²¹

¹¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 6, 2000.

¹¹⁸ Inicialmente utilizado para crianças e pessoas loucas. A partir do séc. XVIII, distinguiram as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das outras proteções.

¹¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 6, 2000, p. 217.

¹²⁰ Ibid. p. 218.

¹²¹ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 6 apud PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. 2020.

Contudo, Alyrio Cavallieri entende que o alcance do Direito do Menor — entendido como o conteúdo basilar da situação irregular do menor — não abrangia todas as crianças pois se restringia a tratar apenas dos menores em situação irregular¹²². A Constituição de 1988 inaugurou um novo tempo, trazendo consigo a doutrina da proteção integral. Efetivamente, a doutrina da situação irregular do menor só foi substituída com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990.

A doutrina da proteção integral, já mencionada neste trabalho, entende que

[...] a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos. A proteção, *com prioridade absoluta*, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: *é um dever social*. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem *pessoas em condição peculiar de desenvolvimento*.¹²³

A partir dessas três correntes, e, principalmente, da Constituição de 1988 e o ECA, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi efetivamente implementado e consolidado como direito fundamental do menor. Sobre a atual aplicabilidade do princípio dentro das searas envolvendo menores, Tânia leciona que

Identificamos o “melhor interesse da criança”, nos dias de hoje, como uma norma cogente e não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto 99.710/90¹²⁴), mas também porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma.¹²⁵

Como já dito anteriormente, o ECA inaugurou um novo tempo para o direito brasileiro e para a doutrina, pois, agora, passa a abranger todas as crianças e adolescentes, em toda e qualquer questão ou situação que as envolve, e não mais apenas menores em situação irregular. Por consequência, o princípio do melhor interesse da criança passa a ser norteador de todas essas situações também, tendo que ser observado antes de qualquer decisão a ser tomada, com caráter de prioridade absoluta. É possível afirmar então que a doutrina não só ratificou o princípio do melhor

¹²² CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. (Série Direito: Perguntas & Respostas).

¹²³ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. 2000. p. 220.

¹²⁴ BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 17 abr. 2024.

¹²⁵ Ibid. p. 224.

interesse como critério hermenêutico como também lhe outorgou uma natureza constitucional.¹²⁶

Ante o exposto, não é difícil perceber a importância deste princípio para a estipulação da guarda parental. Como já exposto anteriormente, para que haja guarda parental é preciso que tenha havido um divórcio ou uma dissolução de união estável e que haja menores envolvidos nessa lide. O uso do princípio é imprescindível para que não se caia no erro já superado de presumir que a mãe é sempre a melhor escolha e o pai como um mero visitante ou para que se presuma dimensões que não são reais.

O artigo 3.1 da Convenção de 1989 afirma que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”¹²⁷. Extrai-se, portanto, que o princípio é base norteadora para impasses envolvendo crianças e adolescentes e que, caso haja qualquer conflito de princípios, este em questão deve ser balizador e prevalecer sobre pessoas e/ou instituições.¹²⁸

Dentro da disputa de guarda, pensar e discutir o princípio do melhor interesse não é uma tarefa fácil. A disputa de guarda, mesmo sem que haja grandes desavenças entre os genitores, está imersa em um contexto de crise, em sentimentos controversos e desafiadores. O divórcio é um período de incertezas não só para o menor, mas principalmente para os ex-cônjuges, que passam a lidar com a frustração, com o fim dos sonhos conjugais, com a angústia e com a necessidade de reelaborar os próprios planos e a vida como um todo.

Uma pesquisa feita pelos psicólogos Josimar Antônio de Alcântara Mendes e Julia Sursis Nobre Ferro Bucher-Maluschke¹²⁹ sobre o litígio e a disputa de guarda atribuiu aos atores jurídicos — em questão, juízes, promotores, advogados,

¹²⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A Família da Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); OAB-MG: Del Rey, 2000.

¹²⁷ “No texto original, a expressão usada é “*best interest*”, traduzida literalmente como melhor interesse. Ao ser incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, entendeu-se por bem o termo “maior” ou “superior” interesse da criança. Contudo, para este trabalho em questão, prefere-se o termo “melhor”, pois, valoriza-se mais a dimensão qualitativa do princípio do que a dimensão do termo “maior”, meramente quantitativa.”

¹²⁸ MENDES, Josimar Antônio de Alcântara; BUCHER-MALUSCHKE, Julia Sursis N. Ferro. Famílias em litígio e o princípio do melhor interesse da criança na disputa de guarda. **Interação em Psicologia**, vol. 23. n. 03., Curitiba, 2019.

¹²⁹ MENDES, Josimar Antônio de Alcântara; BUCHER-MALUSCHKE, Julia Sursis N. Ferro. Famílias em litígio e o princípio do melhor interesse da criança na disputa de guarda. **Interação em Psicologia**, vol. 23. n. 03., Curitiba, 2019.

psicólogos e assistentes sociais — a árdua tarefa de delimitar o que faz e o que não faz parte do princípio, nas palavras dos autores “delimitar algo que tem as idiossincrasias de um princípio que se pretende norteador de ações e julgamentos no âmbito da Justiça”¹³⁰.

Os autores entendem que “o desafio que se configura para esses atores é conciliar e harmonizar as demandas da Justiça — que se referem ao rito do processo e a resolução do conflito -, favorecer o bem-estar e a reorganização familiar e, principalmente, manter os interesses da criança/adolescente em primeiro lugar.”¹³¹

Para lá de ser norteador e base da proteção e bem-estar da criança, Guilherme Gama entende que o princípio do melhor interesse da criança representa uma mudança nas relações familiares, em que o filho agora se entende como detentor de direito e parte efetiva da família, não mais apenas um “objeto para ser alçado a sujeito de direito”. O autor entende que o menor sai de um papel renegado e passa a ser um “importante modificador das relações intrafamiliares”.¹³²

Alicerçado em todo esse embasamento sobre o princípio e sua atuação, entende-se que a guarda nidal poderia sim ser incorporada como mais uma opção de modalidade de guarda parental no Brasil. Natalie Nikolina, que tem sua área de estudo voltada para a esquematização da coparentalidade, afirma que o princípio do melhor interesse da criança dá respaldos concretos à implementação da coparentalidade e à centralização do relacionamento entre pais e filhos, independente do estado civil dos genitores¹³³.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente já é pavimentado não só no Brasil, mas também internacionalmente e é critério primário quando se trata da determinação de guarda após um divórcio ou dissolução. Entende-se este princípio como o principal quando se trata da implementação do *birdnesting*, pois, ele se encaixa perfeitamente dentro da filosofia da nidação e dá ênfase a importância de colocar a criança e seus interesses em primeiro lugar, além de focar no bem-estar do

¹³⁰ Ibid. p. 394.

¹³¹ Idem.

¹³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança adolescente e idoso. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

¹³³ NIKOLINA, Natalie. The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting Emerging Trends in International and European Instruments. **Utrecht Law Review**, Utrecht, n. 8, p. 122-144, jan. 2012.

menor, que é uma das principais razões para escolher o aninhamento como modalidade de guarda.¹³⁴

Considerando que é o princípio do melhor interesse da criança que norteia e dita todas as regras de modalidades de guarda, a escolha do melhor regime de guarda que se encaixe na realidade de cada família deve ser feita a partir de condições fáticas e “tomando os cuidados necessários para que os direitos do infante sejam garantidos, acima de qualquer dever-direito que os pais possam ter.”¹³⁵ Edward Kruk entende que “*parents who opt for this type of living arrangement are to be commended, as they are clearly placing their children’s needs and their responsibilities to those needs above their own interests*”^{136 137}.

A autora Camila Colucci entende que, além do princípio do melhor interesse, deve prevalecer a doutrina do *tie breaker*, que consiste em observar todos os fatores envolvidos no processo de guarda e divórcio, onde tudo deve ser cuidadoso e igualmente considerado para que no fim haja a prevalência do melhor interesse.¹³⁸ Haja vista que todas as modalidades de guarda já se utilizam do princípio do melhor interesse, o que realmente diferencia a guarda nidal das outras neste quesito?

A partir da pesquisa feita, compreende-se que a guarda nidal é a única que efetivamente coloca o princípio do melhor interesse como centro da escolha de guarda, não sendo apenas um princípio subsidiário ou obrigatório, mas, sim, um princípio medular para esta modalidade de guarda. A guarda nidal compreende e abarca todas as dimensões do melhor interesse e seu objetivo principal é o bem-estar e a proteção do menor, que também é o objetivo do princípio demonstrado.

Ao optar por aninhar, os pais entendem que o bem-estar da criança está acima de qualquer outra coisa relacionada ao divórcio ou a eles mesmos, e se esforçam para

¹³⁴ DALTON e HOULT, 2016; HURWITZ, 2016; LUSCOMBE, 2011. apud LEHTME, Rafaela; TOROS, Karmen. **Bird’s nest parenting as a child-centered solution in the context of shared parenting**. 2022.

¹³⁵ DINIZ, Emily Costa; SCHWARTZMAN, Paulo. É possível o Direito brasileiro aninhar a guarda? **Migalhas**, 12 de junho de 2024. Migalhas de Peso: No Ar: Migalhas nº 5.832. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/358005/e-possivel-o-direito-brasileiro-aninhar-a-guarda>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

¹³⁶ KRUK, Edward. “Bird’s nest” Co-Parenting Arrangements. **Psychology Today**, 2013. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201307/birds-nest-co-parenting-arrangements>>. Acesso em: 17 abr. 2024, p. 4.

¹³⁷ “Os pais que optam por esse tipo de arranjo de moradia merecem ser elogiados, pois estão claramente colocando as necessidades de seus filhos e suas responsabilidades em relação a essas necessidades acima de seus próprios interesses.” (tradução livre).

¹³⁸ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança**: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 121.

que essa criança tenha o mínimo de impacto possível e seja acolhida, amada e possa usufruir da presença dos dois pais sem que haja grandes mudanças ou comoções, priorizando a estabilidade. A obrigação fundamental do juiz e de todo o sistema judiciário é, em qualquer modalidade de guarda existente, identificar e fomentar o princípio do melhor interesse da criança.

Obviamente que dentro do processo de guarda, não se observa apenas o melhor interesse, mas também diversos outros princípios, como já citado. Os princípios da convivência familiar e da afetividade ganham destaque dentro da guarda nidal, pois o que se objetiva é a permanência da união familiar e do afeto, para além dos laços maritais desfeitos. Como resultado da pesquisa feita por Josimar Mendes e Julia Bucher-Maluschke,

[...] os atores jurídicos entendem a garantia da convivência familiar, com o pai e a mãe descasados (a exemplo do modelo hegemônico de família), como a principal forma de manutenção e asseguramento dos interesses da criança/adolescente nos casos de disputa de guarda. Para eles, a criança e o adolescente precisam das referências e dos cuidados de ambos os genitores para poder ter um desenvolvimento congruente.¹³⁹

Segundo lecionam as autoras Marília Xavier e Maici Colombo, o princípio do melhor interesse não pode ter a aplicação engessada como se fosse uma regra, e “não pode ser a regra a determinar o conteúdo do princípio de forma abstrata, sem margem para que, no caso concreto, seja encontrada a melhor solução a atender o interesse da criança”¹⁴⁰. Portanto, se se entende a guarda nidal como uma boa alternativa de cumprimento do melhor interesse da criança, não há impedimentos para a implementação desta modalidade no Brasil. A celeuma sobre o aninhamento se dá, principalmente, por falta de conhecimento e referência sobre o tema, a falta de previsão legal no ordenamento jurídico também dificulta — e muito — a aplicação desta modalidade.

Contudo, apesar de não haver uma previsão legal expressa, entende-se que o princípio do melhor interesse, somado aos princípios da convivência familiar, da afetividade, da parentalidade responsável e da não intervenção estatal, além dos benefícios já comprovados para a saúde psicológica e o desenvolvimento da criança

¹³⁹ MENDES, Josimar Antônio de Alcântara; BUCHER-MALUSCHKE, Julia Sursis N. Ferro. Famílias em litígio e o princípio do melhor interesse da criança na disputa de guarda. *Interação em Psicologia*. 2019. p. 397.

¹⁴⁰ XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). **Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 46.

se tornam argumentos comprobatórios o suficiente para a implementação da modalidade de guarda nidal. Sobre este tema, Euclides Oliveira leciona que

A definição sobre a guarda dos filhos e de que maneira vão permanecer em relação aos próprios pais e outros membros do seu grupo de vivência é questão a ser decidida, prioritariamente, por acordo dos genitores ou, por decisão do juiz, questão essa que demanda a atenção ao princípio da proteção integral devida à criança e ao adolescente, dentro da comunidade familiar, como dever da família, da sociedade e do Estado.¹⁴¹

A omissão legal não deve ser fator determinante para a não fixação da guarda nidal, haja vista todos os benefícios de sua implementação. Wald e Fonseca entendem que

[...] ainda que não esteja contemplado pela Carta Magna e pela nova lei civil o extenso rol de situações familiares que, com a modernidade e a globalização, têm surgido, tais diplomas legais recepcionaram e regulamentaram o novo e dinâmico conceito de família.¹⁴²

Desta maneira, é possível que o ordenamento brasileiro acolha a modalidade de guarda nidal e que, a partir de toda a literatura e referencial já existente — e o que ainda está por vir —, compreenda que esta modalidade é uma importante forma de aplicação daquilo que se objetiva a partir do princípio do melhor interesse da criança e da doutrina da proteção integral, implementada pela Constituição e pelo ECA.

Em abril de 2023, um acordo inédito para a jurisprudência brasileira foi firmado no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. No Centro de Conciliação e Mediação de Família do Fórum Desembargador Sarney Costa, em Calhau, foi homologado um acordo de guarda em modalidade nidal resultado de uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável com guarda e alimentos, proposta por um casal com duas filhas menores — uma com seis e outra com dois anos de idade.

Em acesso à decisão, a juíza Joseane de Jesus Corrêa, ao homologar o acordo, afirma que, “ainda que o aninhamento não esteja previsto de forma cristalina no ordenamento jurídico nacional, é fato que o menor necessita da estabilidade domiciliar, ponto de referência social e centro de apoio para dirimir suas atividades.”¹⁴³

¹⁴¹ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In - *Tratados de Direitos das Famílias*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 326.

¹⁴² WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito de Família**. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, Malheiros, 2023, p. 20.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Homologação de Transação Extrajudicial n.º 0866577-02.2022.8.10.0001**. Sentença n.º 88318673. Juíza Joseane de Jesus Corrêa Bezerra. Órgão Julgador: Centro de Conciliação e Mediação em Família de São Luís. Publicado em: 31/03/2023.

A juíza segue a sentença destacando a responsabilidade dos pais e relembando o papel crucial de consultar a criança e respeitar suas decisões e limites, afirmando que a modalidade em questão não se aplica a todos os casais, mas que, em casos específicos “em que as partes colocam a criança à frente de toda e qualquer necessidade do casal e, principalmente, acima do divórcio.”¹⁴⁴

Ao findar a sentença, a juíza Joseane assim escreve:

Assim, prezando ainda pelos princípios da Solidariedade e Convivência familiar e, principalmente, pelo Melhor Interesse do Menor, observo que não há óbice para o reconhecimento e concessão da Guarda Nidal, por entender benéficas às infantes, visto que as partes, em comum acordo e por possuírem uma boa relação, não enfrentam problemas vitais [...] assim como demonstram que a presente modalidade parental atenderia da melhor forma o princípio do melhor interesse das menores, beneficiárias da guarda em tela. [...] Por fim, verifico que a modalidade possui características que se inferem do que é norteado pela Constituição Federal e pelo Código Civil, com a paridade de direitos e deveres dentre os responsáveis, bem como aludir aos princípios que conduzem o Direito das Famílias, ao visar o melhor interesse e a proteção integral do menor, atinente às condições fáticas concretas.¹⁴⁵

A doutora Joseane entende que, mesmo que não exista uma grande discussão jurisprudencial brasileira sobre o tema, nada impede a regulamentação da guarda nidala baseada no princípio do melhor interesse das menores e nos outros princípios citados, haja vista que as “discussões das demais modalidades de guarda também vieram a tona através do estudo do estudo do direito comparado.”¹⁴⁶

Portanto, comprova-se o entendimento apresentado por Kruk, quando o autor afirma que

as with all co-parenting arrangements, it is vital that social institutions — such as the courts and legal system, school systems, and social welfare institutions — actively support co-parenting in bird nesting arrangements. This is of paramount importance if parents are going to achieve success to the benefit of their children.^{147/148}

¹⁴⁴ Ibid. p. 4.

¹⁴⁵ Ibid. p. 5.

¹⁴⁶ Ibid. p. 5.

¹⁴⁷ KRUK, Edward. “Bird’s nest” Co-Parenting Arrangements. **Psychology Today**, 2013. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201307/birds-nest-co-parenting-arrangements>>. Acesso em: 17 abr. 2024, p. 4.

¹⁴⁸ “Como em todos os arranjos de coparentalidade, é vital que instituições sociais - como tribunais e o sistema jurídico, os sistemas escolares e as instituições de bem-estar social - apoiem ativamente os coparentes em arranjos de *birdnesting*. Isso é de fundamental importância se os pais desejam alcançar o sucesso em benefícios de seus filhos.”. (tradução livre)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste trabalho, não é custoso compreender onde o legislador gostaria de chegar com a proteção e com o cuidado dispensados ao infante. Ao se consagrar como uma Constituição social, a Constituição Federal de 1988 traz grandes e inéditas transformações para o cenário jurídico brasileiro, que não se ateve apenas ao Direito Público, mas também, no que pôde, constitucionalizou o Direito Privado.

A inserção e a constitucionalização do Direito das famílias trouxeram um novo olhar para a instituição família. A transformação paradigmática que a família sofreu a torna, agora, uma nova entidade, com uma nova funcionalidade e significado, não firmada apenas no casamento civil ou no dogma religioso, mas sim em uma instituição de procura pela felicidade, pelo companheirismo e unida pelo afeto, procurando sempre resultar no desenvolvimento de todos os integrantes da família e na satisfação plena.

Atualmente, este é o propósito maior ao se constituir uma família: a busca do desenvolvimento pleno dos integrantes e a felicidade máxima de todos. E, para isso, é necessário que o direito e a sociedade trilhem um caminho que efetivamente conceda isso a todos, por isso, a importância dos princípios constitucionais como baliza e norte da instituição.

Os princípios devem ser utilizados visando o melhor para as famílias, sempre procurando justiça e o menor impacto negativo possível. A afirmação da autoridade parental e da responsabilidade dos pais, independentemente de estarem casados ou não, torna-se dinamizador para entender como as famílias funcionam a partir de uma óptica onde todos são importantes, cidadãos e detentores de direitos e deveres.

Nesse sentido, entende-se que, agora, as crianças e adolescentes também são partes da família, integrantes efetivos e atuantes em seus próprios direitos e deveres. Não é mais concebível a ideia de que os filhos são apenas uma extensão de seus pais, objetos de realização de seus próprios interesses e desejos egoístas. Os filhos são seres dotados de cidadania, de humanidade, de direitos e devem ser protegidos como tal.

Sendo assim, dentro da perspectiva de um divórcio, o menor deve ser ouvido, atendido e tutelado da melhor forma possível para que os impactos negativos dessa nova arrumação familiar não os afetem tanto. É preciso sempre buscar o melhor

interesse para a criança, que deve ser ouvida e ter a sua opinião levada em consideração.

Portanto, a partir de toda a leitura e pesquisa feita, conclui-se que a guarda nidal é, efetivamente, uma modalidade de guarda que visa buscar essa proteção e atenção ao infante, haja vista que consiste em uma modalidade onde a criança está completamente no centro da discussão e tudo gira em torno do seu bem-estar e de seu desenvolvimento completo, a partir da presença integral de ambos os pais na vida do menor.

Conclui-se também que o princípio do melhor interesse da criança deve ser norteador de todas as decisões relacionadas ao menor, principalmente judiciais, e deve ser parâmetro obrigatório no estabelecimento de qualquer modalidade de guarda parental e que é possível a inserção da modalidade de guarda nidal a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente pois ela se apresenta como uma forma eficaz e possível para o pleno cumprimento do princípio proposto.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A Família da Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); OAB-MG: Del Rey, 2000.

BIRDNESTING: The Divorce Trend Where Parents Rotate Homes. 2023. **CRS For Life**. Disponível em: <<https://crsforlife.com/birdnesting-the-divorce-trend-where-parents-rotate-homes/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 17. abr. 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Homologação de Transação Extrajudicial n.º 0866577-02.2022.8.10.0001**. Sentença n.º 88318673. Juíza Joseane de Jesus Corrêa Bezerra. Órgão Julgador: Centro de Conciliação e Mediação em Família de São Luís. Publicado em: 31/03/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**. Requerente: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 13/10/2011. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 14/10/2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

BUSCHO, Ann Gold. **The Parent's Guide to Birdnesting: a child-centered solution to co-parenting during separation and divorce**. Avon, Massachusetts: Adams Media, 2020.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. (Série Direito: Perguntas & Respostas).

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CONSTITUIÇÃO de 1988, um novo olhar sobre a criança e o adolescente. **Agência CNJ de Notícias**, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constituicao-de-1988-um-novo-olhar-sobre-a-crianca-e-o-adolescente/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Título I - Das disposições preliminares. In. CURY, Munir; AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do; MENDEZ, Emílio Garcia. (Coords.). [...]. São Paulo: Malheiros, 1992.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: **Anais do V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, Belo Horizonte (MG), 29 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2024.

DIAZ, Miguel Clemente. **Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos**. Madrid: Síntesis, 2014.

DINIZ, Emily Costa; SCHWARTZMAN, Paulo. É possível o Direito brasileiro aninhar a guarda? **Migalhas**, 12 de junho de 2024. Migalhas de Peso: No Ar: Migalhas nº 5.832. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/358005/e-possivel-o-direito-brasileiro-aninhar-a-guarda>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

DRISCOLL, Amanda. Nesting: The Modern Era Convenience for Divorce. **Law Deb Smith**, 20 de março de 2017. Disponível em: <<http://lawdebsmith.com/nesting-modern-era-convenience-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6., São Paulo: SRV Editora, 2023.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos No Estado Democrático De Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a, v. 36, p. 191-210, jul. – set. 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança adolescente e idoso**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOLDBERG, Jones. Birdnesting: Co-parenting questions and concerns. Child Custody: What is birdnesting? **Goldberg Jones: Divorce for Men**, 2021. Disponível em: <<https://www.goldbergjones-sandiego.com/chil-custody/birdnesting-concerns/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

KRUK, Edward. "Bird's nest" Co-Parenting Arrangements. **Psychology Today**, 2013. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201307/birds-nest-co-parenting-arrangements>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

LEHTME, Rafaela; TOROS, Karmen. Bird's nest parenting as a child-centered solution in the context of shared parenting. 2022. In: WOLFE, Boyd (Ed.). **The Child Welfare System: perspectives, challenges and future directions**. Nova Iorque: Nova Science Publishers, 2019.

LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da criança e do adolescente à convivência familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2011.

MACHADO, Gabriela S. L. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2012**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

MACIEL, Kátia Regina F. L. Andrade. Em defesa do superior interesse da criança como princípio constitucional e sua interpretação pelas cortes superiores no Brasil nas demandas de relações parento-filiais. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 47, jan. – mar. 2013.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Josimar Antônio de Alcântara; BUCHER-MALUSCHKE, Julia Sursis N. Ferro. Famílias em litígio e o princípio do melhor interesse da criança na disputa de guarda. **Interação em Psicologia**, vol. 23. n. 03., Curitiba, 2019.

NEVES, Claudia. Birdnesting: a essência da guarda alternada dos filhos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6670, 5 out. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92849>. Acesso em: 18 abr. 2024.

NIKOLINA, Natalie. The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting Emerging Trends in International and European Instruments. **Utrecht Law Review**, Utrecht, n. 8, p. 122-144, jan. 2012.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratados de Direitos das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 6, 2000.

PROSPERO, Viviane Girardi. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.

REGO, Nelson M. de Moraes. Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente, Vulnerabilidade e Gênero no Sistema de Direito Brasileiro: algumas reflexões dialogais. **Os Constitucionalistas**, 2012. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/protECAo-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). **A Família Contemporânea em Debate**. São Paulo: Cortez, 2000.

SAVAGE, Maddy. BBC News. Birdnesting: The divorce trend where parents rotate homes. **BBC News**, 5 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/worklife/article/20210804-birdnesting-the-divorce-trend-in-which-parents-rotate-homes>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

SOUSA, Mariana Almirão de. **A intervenção estatal em novas organizações familiares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SPECTOR, Nicole. 'Birdnesting' gives kids one stable home after a divorce. Does it work? **NBC News Better**. 2018. Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/better/health/birdnesting-gives-kids-one-stable-home-after-divorce-does-it-ncna935336>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TJM4 News. **Divorced couple making it work for their kids by 'nesting'**. Youtube, 19 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y9fXTAxEmtE&list=LL&index=6>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: Instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 17. abr. 2024.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as novas relações parentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito de Família**. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, Malheiros, 2023.

WHAT Is Birdnesting in a Divorce? **Law Office of Julie Fowler**, 25 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://kellylegalfirm.com/2022/01/25/what-is-birdnesting-in-a-divorce/>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). **Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Foco, 2019.