

## BIRDNESTING: O NOVO MODELO DE GUARDA COMPARTILHADA

Birdnesting: The New Model Of Shared Custody

Jéssica dos Santos Moreira<sup>1</sup>  
Lucas Vasconcelos de Assis<sup>2</sup>  
Roberta Salvático Vaz de Mello<sup>3</sup>

**Resumo:** O objetivo geral do presente artigo científico, é discorrer sobre o birdnesting, relatando os aspectos gerais, aplicabilidade, vantagens e desvantagens, como os pais e filhos se comportam diante desse novo tipo de guarda. Demonstrar os tipos de guarda que existem no ordenamento jurídico brasileiro e fora dele. Assim, discute-se a seguinte questão: O novo modelo de guarda compartilhada Birdnesting, também conhecido como aninhamento, teria possibilidade de aplicação no Brasil? E quais as possíveis vantagens e desvantagens desta nova modalidade? Para realização do presente artigo, foi utilizada uma abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica, teórica, com levantamento documental, a qual já iniciada, por intermédio de análise de doutrinas e artigos periódicos. Sendo utilizado também recursos eletrônicos para a coleta de informações, bem como coleta de doutrinas sobre o tema. Trata-se de uma pesquisa explicativa, pois através deste estudo, examinou-se os benefícios que a aplicação desse novo modelo de guarda compartilhada poderá trazer, observando o melhor interesse da criança, observando a saúde mental e física do menor. Concluindo-se acerca do novo modelo de guarda, se torna mais difícil no Brasil, em virtude de recursos financeiros para a efetiva execução do modelo em questão, falta de estrutura familiar e diálogos eficazes para com as crianças.

**Palavras-chave:** Birdnesting. Aninhamento. Aplicabilidade. Vantagens. Desvantagens.

---

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais. E-mail: jessica\_moreira02@hotmail.com

<sup>2</sup> Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais. E-mail: lucas.v.a@hotmail.com

<sup>3</sup> Orientadora. E-mail: robertasalvatico@gmail.com

**Abstract:** The general objective of this scientific article is to discuss birdnesting, reporting the general aspects, applicability, advantages and disadvantages, how parents and children behave in the face of this new type of custody. Demonstrate the types of custody that exist in the Brazilian legal system and outside it. Thus, the following question is discussed: Would the new shared custody model Birdnesting, also known as nesting, be applicable in Brazil? And what are the possible advantages and disadvantages of this new modality? To carry out this article, a qualitative approach was used, through bibliographical, theoretical research, with documental survey, which has already started, through analysis of doctrines and periodical articles. Electronic resources are also used for the collection of information, as well as the collection of doctrines on the subject. This is explanatory research, because through this study, the benefits that the application of this new model of shared custody could bring were examined, observing the best interest of the child, observing the mental and physical health of the minor. Concluding about the new custody model, it becomes more difficult in Brazil, due to financial resources for the effective execution of the model in question, lack of family structure and effective dialogues with children.

**Keywords:** Birdnesting. Nesting. Applicability. Advantages. Disadvantages.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, cujo tema proposto é o novo modelo de guarda parental Birdnesting, também conhecido como aninhamento, tem como inspiração o ninho dos pássaros, uma vez que no mundo animal, os pássaros genitores deixam seus filhotes no ninho e saem para buscar alimento, entre outras coisas, mas o filhote sempre fica no ninho, ou seja, birdnesting, diz respeito à alternância dos pais divorciados, para cuidar de seus filhos.

Trata-se de um tema inovador e desconhecido por grande parte da população mundial, tendo maior visibilidade em países como Estados Unidos, Austrália e Holanda.

Já no Brasil, esse novo modelo ainda é desconhecido, por tanto, ainda não foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro e adotado por grande parte da sociedade brasileira, além de ser uma forma de guarda, que gera um grande gasto econômico para as partes envolvidas.

Será abordado, no entanto, o conceito, a eficácia e as possibilidades de aplicabilidade, bem como os demais tipos de guarda que existem atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, para que possa ficar claro o entendimento e a possibilidade de aplicação do Birdnesting no Brasil.

Nesta seara, é fundamental que seja demonstrado como esse novo modelo tem impactado na vida de quem o aderiu, tanto os pais quanto os filhos menores de idade, que são inseridos nessa modalidade de guarda pelos genitores, agora separados.

### **1.1 Conceito de guarda**

A guarda foi iniciada ainda no período patriarcal, cujo homem ainda era o único provedor do sustento da família, e a mulher realizava somente os trabalhos de casa, sendo provedora dos cuidados da prole.

Surgindo na década de 60, na Inglaterra, expandindo pela Europa, chegando ao Canadá e Estados Unidos, posteriormente chegou a América Latina.

No Brasil, foi recepcionada inicialmente pela Lei nº 6.515/77, onde fora instituído o divórcio, contemplado em seu artigo 27, os direitos e deveres que os pais devem ter para com seus filhos.

Atualmente, tal instituto é recepcionado pelo Código Civil de 2002, mais precisamente em seus artigos 1.583 e 1.584, sendo estes incluídos pela lei nº 11.698/08.

Conforme ensina Pontes de Miranda, guarda:

É sustentar, dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar. (PONTES DE MIRANDA, 1983, p.94).

Ana Carolina Brochado Teixeira, descreve tal instituto como:

A guarda compõe a estrutura do poder familiar”, de modo que serve para mostrar quem ficará com a companhia direta do menor, pois mesmo que o casal não possua mais um vínculo conjugal a autoridade parental permanecerá intacta. (TEIXEIRA, 2010, p. 239).

Destarte, é válido salientar que o exercício do poder familiar compete aos pais, na mesma proporção para ambos, trazendo o que há de melhor para seus filhos, pois não se trata de um exercício de uma autoridade, mas de um dever imposto pela paternidade e maternidade, conforme disposto no artigo 1631 do Código Civil de 2002.

Nas palavras da autora Maria Berenice Dias:

A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorrer a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC1.612).

O critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade (CC 1.584 parágrafo 5º). No que diz com a visitação dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais (CC 1.589). (DIAS, 2015, p.523).

Logo, a guarda nada mais é do que um conjunto de direitos e deveres, em que os pais, ou um deles, tem sobre os filhos, sendo estes direitos e deveres legais, uma vez que decorre de normas, cujo objetivam a proteção e garantia do desenvolvimento, e necessidades da criança cujo se encontrem em dependência dos pais.

## **1.2 Breve histórico da dos tipos de guarda no ordenamento brasileiro**

Destaca-se inicialmente, um breve estudo da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, com o código civil de 1916, em relação a dissolução da sociedade conjugal, que na época se concretizava pelo desquite, que é um ato jurídico pelo qual se dissolve a sociedade conjugal, com separação de corpos e bens dos cônjuges, sem a dissolução do vínculo matrimonial, instituto anterior ao divórcio.

Após o desquite os filhos ficavam com o cônjuge inocente, que segundo o autor Dias quando (2015, p. 518) ” identificava-se o cônjuge culpado. Ele não ficava com os filhos, que eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena de perda da guarda da

prole”, caso ambos os conjugues fossem considerados como culpados os filhos, ficariam sob a guarda materna, exceto se ela foi quem deu razões para o desquite.

A Lei nº 11.698/08, instituiu a guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, possibilitou a não utilização da guarda individual.

Para Dias, a lei mudou de forma consciente deixando a guarda unilateral de lado e tornando a responsabilização conjunta dos pais, lê-se:

Deixou de ser priorizada a guarda individual, conferindo aos genitores a responsabilização conjunta e o exercício igualitário dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. O modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores. Determinou a atribuição da guarda a quem revelasse melhores condições para atendê-la, dispondo o não guardião do direito de visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e a educação. (DIAS, 2015, p. 520)

Ainda com essa ideia de desenvolvimento dos filhos o artigo 1.584, da lei da guarda compartilhada prevê que:

Art. 1.584

§ 1º “Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores”, nos casos em que não haja acordo entre as partes, será estipulado judicialmente o regime da guarda.

§ 2º “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Brasil, 2008)

Logo, fica nítido a percepção do legislador, que, seja aplicada a guarda compartilhada de forma ampla, devido a ela contribuir como desenvolvimento infantil e que ambos os genitores possam participar do desenvolvimento de sua prole, e, ainda tem o intuito central de melhor interesse da criança tutelada, devendo-se observar conforme disposto em lei posterior, a possibilidade real da guarda compartilhada conforme disposto na Lei nº 13.058/14, § 2º, do artigo 1.583: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. (BRASIL, 13.058).

Ainda podemos contar as outras formas de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, que conta também com a guarda unilateral, devido a condições fáticas desfavoráveis à um dos genitores.

Essa modalidade de guarda pode ser extraída do artigo 1.583 do código civil de 2002, o qual refere-se que, será atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua, conforme disposto no dispositivo legal, in verbis:

Art. 1.583. CC - A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (Art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002).

Nessa seara, pode-se notar que, a guarda é exercida por apenas um dos pais, enquanto ao outro, fica restrito a apenas visitas. Mas, quem não faz jus a guarda, continua com a obrigação de exercer o poder familiar, como ensina o professor Roberto Carlos Gonçalves, no que tange a definição da guarda unilateral:

Compreende-se por guarda unilateral, segundo dispõe o parágrafo 1º do Art. 1583 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11698, de 13 de junho de 2008, *“a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”*.

Essa tem sido a forma mais comum: um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho.

No tocante à guarda unilateral, a referida lei apresenta critérios para a definição do genitor que oferece “melhores condições” para o seu exercício, assim considerando o que revelar aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: “I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, II – saúde e segurança; III – educação” (CC, art. 1583, parágrafo 2º). Fica afastada, assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros. (GONÇALVES, s.d., p. 266, 267).

Desse modo, tanto o genitor que obtiver a guarda unilateral, como o outro, devem zelar e cumprir com suas obrigações legais, observando seus direitos e

deveres. Dessa forma, os pais que não se atentarem aos cuidados e interesse dos filhos, poderão sofrer penalidades de natureza punitiva e preventiva, visando resguardar o menor tutelado por eles.

Outra forma de guarda, é a guarda alternada, que muito tem a ver com a guarda compartilhada, mas não se confundem, a semelhança diz respeito ao consenso que existe entre os pais, em sua alternância na guarda.

Vale destacar que essa modalidade não se encontra disciplinada na legislação brasileira, mas é bastante utilizada no cotidiano. Nessa seara, vela ressaltar os ensinamentos e conclusões feitas pela autora Maria Berenice Dias:

(...) guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.(DIAS, 2011, p. 528).

Guarda alternada, é mais limitada em comparação aos demais tipos de guarda e pode haver uma sensação de instabilidade na vida dos filhos, mas, ela prevalecerá em relação as demais se for observado que será melhor, mais saudável para os filhos menores, se sobrepondo as demais, inclusive como aponta o autor Sílvio de Salva Venosa:

A modalidade de guarda pode ser alternada a qualquer tempo, sempre no interesse do menor. Isto significa que a princípio, quando no fervor do rompimento da convivência conjugal, pode não ser o melhor momento para a guarda compartilhada ou para um compartilhamento mais amplo. Após algum tempo, serenados os ânimos entre os interessados, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural (...). Não se confunde a guarda compartilhada com a guarda alternada, a qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, divide-se o tempo de permanência destes com os pais em suas respectivas residências, nada mais que isso. Essa modalidade está fadada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções. (VENOSA, 2013, p, 188).

Assim, caso houver a opção por esse tipo de espécie de guarda, deverá o casal deixar estabelecido previamente os períodos em que os filhos irão permanecer na casa de cada um deles, assumindo todas as responsabilidades em relação a criança.

A Lei nº 11.698/2008 tratada acima brevemente foi posteriormente incluída na Lei nº 13.058/2014, nesse sentido, ensina Paulo Lôbo:

A Lei n. 11.698/2008 promoveu alteração radical no modelo de guarda dos filhos, até então dominante no direito brasileiro, ou seja, da guarda unilateral conjugada com o direito de visita; A lei, com nosso aplauso, instituiu a preferência pela guarda compartilhada, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral. A guarda compartilhada era cercada pelo ceticismo dos profissionais do direito e pela resistência da doutrina, que apenas a concebia como faculdade dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos emergentes da separação. Havia difundido convencimento de que a guarda compartilhada dependia do amadurecimento sentimental do casal, da superação das divergências e do firme propósito de pôr os filhos em primeiro plano, o que só ocorria em situações raras. A lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separaram. Ao contrário, quando não houver acordo “será aplicada” pelo juiz, sempre que possível na expressa previsão do parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei. n. 11.698, de 2008. (LÔBO, 2011, p. 198, 199).

Essa modalidade, poderá ser requerida pelos pais, ou pelo juiz se assim o entender, devendo ter consenso entre os genitores ou por um deles em caso de ações litigiosas que envolvem guarda de filhos menores, Paulo Lôbo, nesse sentido nos ensina:

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer um dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois o seu tempo é vida que flui.

Também pode ser requerida a guarda compartilhada, conforme decisão do STJ, pelos parentes com os quais viva a criança ou o adolescente. No caso, tratava-se de adolescente que vivia com a avó e um tio, há doze anos, desde os quatro meses de vida. Os parentes pediram a guarda compartilhada para regularizar uma situação de fato, para o bem-estar e o benefício da menor e para poder incluí-la como dependente de ambos. O TJSP (tribunal de origem), ainda que reconhecesse a possibilidade da guarda compartilhada, julgou por



sua inconveniência porque a família substituta deveria ser formada a partir do referencial “casal” – marido ou mulher que se assemelhe.

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o aceso livres a ambos. Nessa modalidade. A guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Consequentemente tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais-de-fins de semana” ou de “mães-de-feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas. (LÔBO, 2011, p. 199).

Essa modalidade se encontra em grande crescimento, pois é um meio que se aprimora nas questões de conflitos familiares, no tocante a guarda dos filhos, pois estes serão protegidos pelos pais e pela guarda compartilhada, ambos serão atores protagonistas no exercício do pleno do poder familiar.

## **1.2 Direito e Deveres dos Pais**

Conforme explicitado acima, guarda é um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação a prole advinda da relação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, têm obrigações inerentes ao poder familiar, na forma do disposto no art. 22 do ECA, “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”(BRASIL, 8.069/90). Ainda nesse sentido temos em nosso ordenamento o artigo 1.634, do Código Civil de 2002, que também versa acerca dos deveres e do poder familiar:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.(BRASIL, 2002)

Desta forma é nítido a intenção de perdurar o poder familiar mesmo após uma separação conjugal, pois mantem-se ainda a responsabilidade de criar os filhos e lhes dar assistência emocional e física, para que cresçam de forma favorável a um desenvolvimento humano sadio.

Ainda nesse sentido de poder familiar, podemos também analisar o direito aos pais a conviver com os filhos, sendo esta, uma forma de proteção aos menores envolvidos, haja visto o desenvolvimento sadio que o legislador tenta alcançar quando garante em lei essa convivência, pois uma ruptura total do sistema familiar que a criança foi inserida e ainda a ausência total de um dos pais, pode causar danos psicológicos ao menor, se tornando extremamente danoso.

### **1.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**

Esse princípio é relevante, sendo um dos postos centrais no direito de família, esse conceito é explicado por Camila Colucci, 2014, como:

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.(COLUCCI,2014)

O Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, previsto na Lei 8.069/2013, tange nos direitos que devem ser assegurados aos menores. Em seu art. 3º e 4º, que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, LEI Nº 8.069)

E ainda no artigo seguinte do mesmo diploma legal:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, LEI Nº 8.069)

Desta forma, está inserido no ordenamento jurídico, não só pelo estatuto da criança e do adolescente, mas também pela Constituição Federal de 1988, disposto no Art. 227, in verbis:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988, Art. 227)

Devido a isso, existirá certa influência nas decisões proferidas pelos magistrados no País, que buscam sempre resguardar os menores envolvidos nas demandas judiciais.

Esse interesse aplicado na guarda, é feito de forma que o melhor interesse da criança ou do adolescente seja atendido pela justiça, que irá mediar a relação, tornando-as mais eficazes e justas, priorizando sempre a saúde, educação e lazer da criança.

## **2 BIRDNESTING**

Birdnesting é um tema ainda desconhecido por grande parte da sociedade brasileira e mundial, tendo mais aplicabilidade em países como Estados Unidos, Holanda e Austrália, o termo, significa a grosso modo aninhamento, é também conhecido por guarda de ninho ou guarda nidal.

Atualmente, essa modalidade não é recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, mas é reconhecida por vários doutrinadores brasileiros como aninhamento

ou guarda nidal.

Trata-se de uma modalidade de guarda/divórcio em que os pais revezam de casa, e não os filhos, ou seja, isso faz com que o(a) filho(a) não tenha uma preocupação de deslocar para ter contato com o genitor ou genitora, gerando um conforto maior para eles, não sendo necessário a troca de escola, perda de amigos.

Segundo Pablo Stolze Gagliano:

Aninhamento, espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorre em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra, ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais revezam a companhia dela. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. (GAGLIANO, 2013, apud, OLIVEIRA, 2015, online).

Nessa modalidade, os benefícios para a criança se mostram mais eficazes, tendo em vista que haverá pouca variação no cotidiano, não gerará estresses e relacionamentos, como novos hábitos a serem adotados e novos círculos de amigos e familiares que residem perto de onde a criança mora.

Assim, com a permanência na habitação única, gera de uma certa forma a rotina fixa, não havendo nenhum tipo de mudança mesmo com a separação, ainda nesse sentido leciona Euclides de oliveira como:

Trata-se de um arranjo especial de custódia conjunta para casais separados ou divorciados que decidam manter o filho em uma única casa, enquanto eles, pais e outros parentes com direito a convivência, permanecem por períodos distintos nesse lugar, em companhia do filho. Trocam de turno, como se diz na linguagem laboral, permitindo à criança permanecer na mesma casa, enquanto recebe, ali, um dos pais, mas não os dois ao mesmotempo. Ou seja, a mãe sai, quando chega o pai; e o pai vai embora, quando a mãe retorna, sem que o filho precise deixar o seu “ninho” de criação. (IBDFAM, 2016)

Desta forma, a guarda nidal é uma troca somente entre os adultos, permanecendo a criança na proteção do “ninho” criado pela moradia fixa, tornando seu cotidiano menos burocrático em virtude de não ter de mudar completamente sua rotina.

## 2.1 Aplicabilidade no Brasil

Nesse sentido, quais as possibilidades de aplicação desse modelo de guarda no Brasil, bem como as possíveis vantagens e desvantagens desta nova modalidade?

A aplicação desse modelo de guarda no Brasil se torna bem difícil e complexo, uma vez que, existem vários fatores que o tornam inviáveis. De acordo com Marcello Alves Cazé Silva :

Este acordo não costuma perdurar, em razão do alto custo para a manutenção, pois exigem três residências, uma para a mãe, uma para o pai e outra para o filho, onde este acolhe os pais de tempos em tempos, alternadamente. É uma situação muito pouco aplicada na prática, em virtude da falta de praticidade, como também pode provocar instabilidade no desenvolvimento do menor. (SILVA, 2010, online) .

Para que essa modalidade se torne viável no Brasil, há de se observar a questão socioeconômica das pessoas, nesses casos, os pais devem deslocar de casa como foi explanado acima, gerando gastos como aluguéis ou compra de novos imóveis.

Para famílias de baixa renda essa modalidade se torna um pouco distante, mas não impossível, ou seja, para que seja aplicável a todos os níveis de classes, poderia haver estímulos por parte do governo, no sentido de fomentar e buscar meios eficazes para que essa modalidade englobe toda a população brasileira e não apenas as pessoas com poder econômico elevado, sempre visando o bem estar da criança ao adolescente.

Outra hipótese para elevar o bem-estar do(a) filho(a) seria a realização de diálogos saudáveis, para que não ocorra inclusive alienação parental, ou seja, um genitor não jogue o filho contra o outro genitor.

O ser humano tem uma tendência natural de colocar a culpa de seus problemas nos outros e infelizmente muitos casais, durante uma separação, acabam usando seus filhos como "armas" para atacar um ao outro, sem menor consciência do estrago que estão fazendo com eles, com a imagem masculina ou feminina. Uma imagem de rejeição. (LELAH, s.d., online). Os filhos podem sofrer mais que os pais durante uma separação.

Existe ainda uma terceira hipótese, qual seja, realizar consultas periódicas a psicólogos, para que as divergências que ainda existam sobre os ex companheiros, não transpareça para o filho, dando aos pais maturidade e discernimento, uma vez que essa modalidade tem como objetivo principal a saúde mental do filho e bem-estar.

Na separação, normalmente quem mais sofre com tudo isso são os filhos, já que no momento do processo de divórcio acabam ocorrendo conflitos e discussões, podendo traumatizar a criança. A preocupação maior dos operadores do direito é o bem-estar da criança e do adolescente. Devido a todo esse processo os psicólogos entendem que quanto maior a convivência com a família, mais saudável é o crescimento dos filhos.

## **2.2 impacto do birdnesting sobre as crianças**

A modalidade Birdnesting, traz consigo algumas peculiaridades como já mencionado anteriormente e dentre elas, observar se a criança está se adaptando bem com essa nova realidade em sua vida.

Contudo, ainda é cedo para discutir sobre como o bem-estar da criança é afetado ou se há uma melhora significativa em seu desenvolvimento, sem que haja nenhum tipo de transtorno psicológico, uma vez que não há dados suficientes para que seja realizado a comparação com outros tipos de guarda já que se trata de uma modalidade nova e com pouca adesão por parte dos genitores recém separados.

De acordo com Buscho, após entrevistar dezenas de famílias e até mesmo praticar o Birdnesting por 15 meses, chegou à conclusão de que essa modalidade é mais saudável e eficaz para o desenvolvimento da criança, tendo em vista que elas continuarão com suas rotinas normais, sofrendo poucas mudanças em seu cotidiano:

Se você perguntar às crianças, elas sempre vão dizer que divórcio não é divertido. Elas não sabem o que é se divorciar sem Nesting", afirma. "Mas o que elas vão dizer é que 'nossos pais carregaram o fardo do divórcio, e nós não precisamos fazê-lo. (BUSCHO,2021, online)

Conforme descreve Linnea Andersdotter, que viveu a nova modalidade de Birdnesting, em Estocolmo, por alguns anos após seus pais se separarem quando tinha 11 anos de idade:

Pareceu uma coisa muito dramática quando eles disseram que iriam se separar, e quando descobri que não precisava me mudar, isso realmente me ajudou a não pitar com a situação. Fui meio que mantida em uma pequena bolha de segurança enquanto eles estavam resolvendo as coisas da separação. (ANDERSDOTTER, 2021, online).

Assim, o intuito do birdnesting é gerar uma segurança para as crianças com a presença alternada dos pais, mas com um ambiente fixo, criando temporariamente conforto afetivo aos menores envolvidos.

### **2.3 Impacto do birdnesting sobre os pais**

O Birdnesting gera alguns impactos sobre os pais, tanto positivos, quanto negativos. Mas, esse impacto também é controverso. De acordo com Bens Evans, advogado de direito de família: “Esta modalidade não funciona em todos os ex-casais, mas apenas alguns, no sentido de tornar a vida um pouco menos burocrática e aliviar a pressão sobre eles”. (EVANS, 2021, online)

Buscho diz que um período de nesting também oferece “espaço para respirar”, para ajudar os ex-parceiros a descobrir como querem que seja o plano de coparentalidade no longo prazo, ou pode até mesmo facilitar uma possível reconciliação (BUSCHO, 2021).

Em contrapartida, conforme descreve Bergström:

O birdnesting pode ter um impacto psicológico negativo sobre os pais divorciados, impedindo sua capacidade de superar o rompimento”. “O impulso natural após o divórcio, sendo pai ou mãe, é criar sua própria vida, enfrentar, seguir em frente. (BERGSTRÖM, 2021, online)

Logo, ao tempo em que o nesting traz benefícios para as crianças, este leva também há novos desafios para os adultos, ou seja, deverão adaptar a uma nova rotina cotidiana em casa ou até mesmo quando o ex-parceiro começar a namorar.

O casal que teve a situação conjugal dissolvida, terá um novo endereço, uma nova vida, mas não desvinculada totalmente da antiga, vista o nesting a ser realizado pelas partes.

Na guarda nidal gera algumas complicações que os estilos de guarda mais utilizados não tem como situação a ser transposta, como por exemplo quando um dos pais, ex-cônjuges, volta a se relacionar com uma outra pessoa, pois levando isso em consideração há um impacto na modalidade birdnesting, vista que o novo

relacionamento poderá interagir no antigo ambiente que o casal morava, assim encontra-se uma dificuldade para colocar em prática tal modalidade de guarda, pois quando não há boa coexistência dos genitores, a guarda em modalidades compartilhadas ou nidal, não é boa e efetiva, e sim traumatizante para criança conforme Jamil Miguel:

O orgulho ferido, sopitado em ódio contra o parceiro, que fora outrora, destinatário de amor e carinho, passava a ser o móvel comum na conduta dos cônjuges ou companheiros, arrastando, nesse desiderato passional, os filhos, cuja guarda representava, o instrumento de segurança da vitória, com a certeza da vingança contra o parceiro, ainda que isso se desse, em alguns casos, de maneira inconsciente. (MIGUEL, 2015, p. 19)

Embora vise o bem estar da criança nota-se que o bem estar do ex-casal fica muito subjetivo a como é a comunicação real deles e ainda dos tipos de arranjos feitos em relação e a maturidade e o sentimento que o casal ainda nutre pelo outro, que pode ser de respeito ou de vingança usando por muitas vezes a criança como arma contra o ex-afeto.

### **3 BIRDNESTING COMO CASA DE REABILITAÇÃO**

Nesta seara, existem críticos que dizem que essa modalidade não ajuda as crianças no sentido de não conseguirem fazer a distinção ou processarem a realidade da separação dos pais, já que fica mais difícil fazer a distinção se a casa era do pai ou da mãe.

Conforme relata Eline Linde, que viveu a experiência em uma casa de Nesting perto de Oslo na Noruega: “Eu não sabia se era a casa da minha mãe ou do meu pai, ou se eles estavam pensando se iam voltar a ficar juntos”.

Malin Bergström, psicóloga infantil e cientista do Karolinska Institute, em Estocolmo, diz que: “Acho que devemos realmente ter cuidado ao exaltar a ideia. É uma forma de proteger a criança e protegê-la da realidade, basicamente. Acho que é uma ameaça à saúde mental”. (BERGSTRÖM, Malin, 2021, online)

Afirma ainda que:



Enfrentar desafios juntos com os pais, como sair da casa da família, pode dar aos filhos as ferramentas para se tornarem adultos resilientes que são capazes de lidar com problemas no futuro. (BERGSTRÖM, Malin, 2021, online).

Malin Bergström, após participar de vários estudos do Center for Health Equity Studies, em Estocolmo, chegou à conclusão de que havia pouquíssima diferença na saúde mental das crianças em arranjos de guarda compartilhada tradicionais, em comparação com aquelas que viviam em uma família nuclear tradicional com dois pais.

Nessa perspectiva, mais uma vez, essa nova modalidade deve ser analisada de forma cuidadosa e bem pensada, para que fique claro a separação do casal para os filhos e que estes não venham a fazer papel de “conciliador” para que o casal se reabilite, vista que esse tipo de guarda visa o bem estar da criança principalmente.

#### **4 CONCLUSÃO**

A priori, foi necessário abordar os tipos de guarda que existem no ordenamento jurídico brasileiro e fora dele, a fim de visualizar o contexto guarda.

Nessa seara, quando nos remetemos a pergunta: o que é guarda de filhos? vem a mente, que se trata da guarda materna e visita paterna, mas como pôde-se notar ao ser conceituados tipos de guarda, essas se remetem unicamente ao melhor interesse do filho menor, no qual os pais se encontrem em separação conjugal.

Sendo assim, conclui-se que, para que haja a aplicabilidade desse nova modalidade de guarda no Brasil, deve haver uma mudança significativa no que diz respeito ao poder econômico das pessoas, mudanças de hábitos e ainda, realizarem muitos diálogos com seus filhos, para que estes não cresçam revoltados e sem entender o que está acontecendo com os pais naquele momento conturbado, ou seja, para que eles fiquem cientes da separação e não cheguem a conclusão de que ali, se tornou uma casa de reabilitação.

O birdnesting pode trazer dificuldades para os pais que se encontram em fase de rompimento, no sentido de superar aquela situação, já que sempre estarão em contato com objetos e lembranças do um do outro.

Desta forma, a guarda nidial tem como centro o bem estar psicológico do menor que é inserido indiretamente na dissolução do relacionamento dos pais, pois através

deste tipo de guarda irá manter o ambiente praticamente fixo para a criança ou adolescente, sem as mudanças que são derivadas de um divórcio e estilo de guarda mais tradicional, que se altera muitas vezes a casa , o ambiente familiar e o círculo social da criança.

Essa modalidade tem o intuito de preservar a criança e ainda adaptar a mesma para a nova realidade que lhe é apresentada.

Para finalizar, é possível a aplicação dessa nova modalidade, desde que feita em classes sociais com poderio econômico maiores, respeitando o melhor interesse do filho.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 20 out. 2022.

BRASIL. Casa civil. **Lei Nº 11.698, de 13 junho de 2008**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm). Acesso em: 20 out.2022.

BRASIL. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

*COLUCCI, Camila. Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. Disponível em:< https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/pt-br.php>.*

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24.ed. São Paulo: Saraiva,2009.

DIAS, M. B. Manual de direitos das famílias v 10. Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2015

MIGUEL, Jamil. **A Guarda Compartilhada agora é Regra: Comentários À Lei Nº 13.058/2014**, ed. Millennium, 2015.

NASCIMENTO, Gisele. Birdnesting: o novo divórcio. **Migalhas**. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/depeso/351606/birdnesting--o-novo-divorcio\\_](https://www.migalhas.com.br/depeso/351606/birdnesting--o-novo-divorcio_) Acesso em: 8 de nov. 2022.

NEVES, Cláudia. Birdnesting: A essência da guarda alternada dos filhos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6670, 5 out. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92849>. Acesso em: 8 de nov. 2022.

RENATA. Birdnesting: conheça esse modelo de guarda compartilhada. **Grudado em você**. Disponível em: <https://www.grudadoemvoce.com.br/blog/birdnesting-conheca-esse-modelo-de-guarda-compartilhada/>. Acesso em 23 de nov. 2022.

SILVA, Gustavo. **Birdnesting: a modalidade de divórcio em que os pais revezam de casa e não os filhos**. Portal ISN. Disponível em: <https://isnportal.com.br/editorias/mundo/2021/08/28/birdnesting-a-modalidade-de-divorcio-em-que-os-pais-revezam-de-casa-e-nao-os-filhos>. Acesso em 8 de nov. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias: volume 5**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed.

Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 2009.

VINÍCIUS FERREIRA DA SILVA, Daniel. **Modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro.** Jus Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56157/modalidades-de-guarda-existentis-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 15 de nov. 2021