

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Thiago Silva Freitas

Guarda Nidal – *Birdnesting* e sua aplicação como melhor interesse da criança e adolescente.

Capão da Canoa
2024

Thiago Silva Freitas.

**Guarda Nidal – *Birdnesting* e sua aplicação como melhor
interesse da criança e adolescente**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Karina Meneghetti Brendler

Capão da Canoa
2024

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, desejo agradecer à minha família: aos meus pais, Simone, Veronica, Ederson e Rodrigo; aos meus avós, Maria e Jorge; aos meus irmãos, Antonia, Nicolay, Sofia e Estevan; ao meu sobrinho, Lorenzo; ao meu cunhado, Carlos; ao meu tio, Jefferson; pelo apoio incondicional e compreensão nos dias de estudo e pesquisa que eventualmente fizeram com que eu não estivesse presente em alguns momentos.

Faço um agradecimento especial à minha mãe Veronica pelas manhãs, tardes e noites de debates e incentivos que fizeram parte do presente trabalho; ao passo que também faço um agradecimento muito especial aos meus avós, uma vez que sem eles esta dedicatória e este trabalho poderiam não estar acontecendo!

Agradeço também aos meus professores da graduação, especialmente, a Professora Elis Cristina Lauxen, Monique Pereira Ayres Torres, Aline Burin Cella, cujas contribuições enriqueceram meu conhecimento e inspiraram minha pesquisa. E, claro, agradeço imensamente à minha professora e orientadora, Karina Meneghetti Brendler, pela orientação, apoio e valiosas sugestões ao longo deste processo, acalmando nos momentos de nervosismo, nunca deixando de acreditar neste trabalho e neste orientando.

Agradeço à Dra. Adria Josiane Muller Gonçalves Atz, juíza titular da 3ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa e do Juizado da Infância e Juventude, a qual sempre me incentivou e acreditou no meu potencial e na minha capacidade de concluir o presente trabalho.

Outrossim, agradeço imensamente à Assessora Coordenadora da Unidade judiciária anteriormente mencionada, a Senhora Marciane Guimarães de Carvalho, que muito me ajudou no meu crescimento acadêmico, profissional e pessoal desde o início.

Por fim, gostaria de agradecer a todas as instituições e pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho. Este trabalho não teria sido possível sem o apoio e contribuição de cada um de vocês. Obrigado por fazerem parte desta jornada acadêmica.

RESUMO

A dissolução das relações conjugais frequentemente gera impactos negativos nas crianças, as quais podem ser utilizadas como ferramentas de conflito, sofrer deslocamentos de suas casas e escolas, ou até mesmo serem afastadas de um dos genitores. Com isto, a guarda nidal se configura como um tema de grande relevância social e jurídica, pois demonstra o compromisso do Direito de Família em se adaptar às novas dinâmicas sociais e buscar soluções que garantam o bem-estar das crianças em situações de separação parental. Nesta linha, a guarda nidal surge como uma possível alternativa jurídica promissora para minimizar tais efeitos adversos, ainda que não haja previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o que é a guarda nidal ou como denominada nos países europeus e norte-americano como “birdnesting”? É um modelo que se assemelha a guarda compartilhada ao passo que os filhos permanecem na residência familiar enquanto os pais revezam em períodos. Essa prática contrasta com a guarda alternada tradicional, na qual as crianças alternam entre as casas dos pais. Contudo, a implementação da guarda nidal no Brasil exige um estudo aprofundado do tema, considerando as especificidades do sistema jurídico brasileiro e os impactos na vida das crianças. O estudo comparado com outros países pode fornecer subsídios valiosos para a construção de um modelo adaptado à realidade brasileira, priorizando sempre o melhor interesse da criança. Dito isto, o presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a viabilidade da aplicação da guarda nidal nas rupturas conjugais no Brasil, considerando o melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada consiste em investigar se é viável implementar a guarda nidal no contexto brasileiro, mesmo sem previsão legal expressa, levando em consideração o bem-estar das crianças e dos adolescentes envolvidos. Para dar conta dessa tarefa, utiliza-se o método da pesquisa exploratória, visando proporcionar maior familiaridade com o problema por meio de levantamento bibliográfico e análise de exemplos. A metodologia hermenêutica é adotada para interpretar os dados coletados, principalmente por meio de pesquisa bibliográfica. Por fim, pode-se afirmar que a análise da implementação do instituto da guarda nidal é possível, embora os entraves existentes e falta de difusão da modalidade e previsão legal expressa.

Palavras-chaves: Birdnesting. Guarda Alternada. Guarda Compartilhada. Guarda Nidal. Guarda Unilateral.

ABSTRACT

The dissolution of marital relationships often negatively impacts children, who may be used as tools of conflict, displaced from their homes and schools, or even separated from one of their parents. Consequently, the concept of birdnesting custody has significant social and legal relevance, demonstrating Family Law's commitment to adapting to new social dynamics and finding solutions that ensure the well-being of children in parental separation situations. In this context, birdnesting custody emerges as a promising legal alternative to mitigate such adverse effects, despite not being explicitly provided for in Brazilian law. But what is birdnesting custody, or as it is known in European and North American countries, "birdnesting"? It is a model resembling shared custody, where children remain in the family residence while parents take turns living there. This practice contrasts with traditional alternating custody, in which children switch between their parents' homes. However, implementing birdnesting custody in Brazil requires an in-depth study of the topic, considering the specificities of the Brazilian legal system and its impacts on children's lives. Comparative studies with other countries can provide valuable insights for constructing a model adapted to the Brazilian reality, always prioritizing the best interest of the child. This monographic work aims to analyze the feasibility of applying birdnesting custody in marital breakdowns in Brazil, considering the best interest of the child and adolescent. The central issue to be addressed is whether it is feasible to implement birdnesting custody in the Brazilian context, even without explicit legal provision, taking into account the well-being of the involved children and adolescents. To address this issue, exploratory research is employed to provide greater familiarity with the problem through bibliographic surveys and analysis of examples. The hermeneutic methodology is adopted to interpret the collected data, primarily through bibliographic research. In conclusion, the analysis of the implementation of the birdnesting custody concept is possible, despite existing obstacles and the lack of widespread awareness and explicit legal provision. In conclusion, the analysis of the implementation of the birdnesting custody concept is possible, despite existing obstacles and the lack of widespread awareness and explicit legal provision.

Keywords: Alternating Custody. Birdnesting. Birdnesting Custody. Shared Custody. Sole Custody.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA FAMÍLIA NO BRASIL	08
2.1 A família na sociedade primitiva e nas civilizações antigas	10
2.1.1 Civilizações da antiguidade	10
2.2 A família sob o olhar do direito romano	13
2.3 Transformações da família durante a Idade Média e Moderna	15
2.4 A evolução do conceito jurídico de família no Brasil	19
2.5 O papel da família na Constituição Federal e demais legislações	22
2.6 A família contemporânea: novas configurações e desafios	24
3 GUARDA DE FILHOS: UMA EVOLUÇÃO JURÍDICA E SOCIAL	26
3.1 O conceito e as características da guarda ao longo da história	27
3.2 As modalidades de guarda - Aspectos jurídicos e psicossociais das modalidades de guarda	31
3.3 A criança e o adolescente como sujeitos de direitos - a doutrina da proteção integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)	38
4 A GUARDA NIDAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	43
4.1 Conceito e características fundamentais da guarda nidal - A rotatividade dos pais: vantagens e desafios	47
4.2 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente - Fundamentação legal e jurisprudências sobre a guarda nidal	50
4.3 Guarda nidal - Superando desafios visando as vantagens – Atuação multiprofissional.....	53
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a guarda nidal - *birdnesting* e sua aplicação como melhor interesse da criança e do adolescente, analisando a viabilidade de implementar o instituto da guarda nidal no contexto brasileiro. A principal questão a ser respondida com o presente trabalho reside em saber se seria viável aplicar a guarda nidal nas rupturas conjugais no Brasil, mesmo sem previsão legal expressa, levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente.

O método utilizado para a concretização deste trabalho foi a pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa, a fim de compreender as interpretações teóricas sobre o tema, não se limitando apenas às interpretações nacionais. O guarda nidal é amplamente utilizado em países europeus e norte-americanos. Por meio da consulta a artigos, livros e outros materiais acadêmicos realizados por especialistas, não apenas no campo jurídico, mas também dentro de outras áreas como psicologia e sociologia.

Dessa forma, no primeiro capítulo, foi realizada uma análise histórica das famílias, desde sua constituição como núcleo essencial para o desenvolvimento humano, até suas transformações ao longo da história da humanidade. Além disso, no segundo capítulo, objetivou-se examinar os tipos de guardas vigentes sob o olhar da doutrina, lei e jurisprudência, juntamente com uma análise dos aspectos psicossociais das modalidades de guarda, tendo como foco a criança e o adolescente como sujeitos de direitos.

Por fim, no terceiro capítulo, que é o tema objeto do presente trabalho, foi analisada a guarda nidal sob a ótica da doutrina, jurisprudência e direito comparado de outros países, experiências de famílias que incorporaram o *birdnesting* após ruptura conjugal, bem como foram analisados os entraves e benefícios advindos do instituto da guarda nidal, visando o melhor interesse da criança e do adolescente.

O estudo desse tema é de fundamental importância, visto que não é raro que, quando as relações conjugais acabam, os filhos são usados como armas e são afetados pelo rompimento proporcionado por seus responsáveis legais, encontrando-se em meio a um 'furacão' familiar. Muitas vezes, são retirados de seu domicílio, trocados de escola, mudam de cidade ou de país, e, em alguns casos, são alienados do convívio familiar com outro responsável.

A guarda nidal ou *birdnesting* é um instituto - e uma possibilidade jurídica diversa no tocante ao tema das guardas - que teve seu primeiro caso noticiado nos Estados Unidos, em 2000, no estado da Virginia. O modelo também se expandiu para os países europeus, principalmente para o Reino Unido. O conceito da guarda nidal (nidificação, aninhamento, *birdnesting*) é de que o infante permaneça na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permaneceu. Conforme mencionado anteriormente, o surgimento da guarda nidal ocorreu nos Estados Unidos e se expandiu para o Reino Unido. É sabido no mundo jurídico que os sistemas jurídicos desses dois países são distintos do nosso sistema, pois no Reino Unido e nos Estados Unidos vigora o *Common Law* (utilização de julgados anteriores para apreciar o caso em questão), enquanto no Brasil vigora o *Civil Law*, que consiste em analisar os casos em questão sob a ótica da lei escrita. Deste modo, há aplicação do direito comparado no instituto a ser estudado, comparando os dois sistemas jurídicos na instrumentalização da guarda nidal. Nesta linha, o instituto visa manter o status quo da criança ou adolescente, sem mudanças bruscas, a fim de não trazer o sentimento de abandono ao infante, enquanto os seus responsáveis tentam se estabilizar em suas relações entre si, sem que a criança/adolescente sinta o ônus dos acontecimentos, como, por exemplo, a mudança de sua própria casa (quarto), rotina escolar, vizinhança, conforme já mencionado. Por tais motivos expostos, o tema é relevante para o direito de família e necessário, pois é evidente que a área do direito de família está em constante evolução e essas mudanças são advindas das relações sociais, que desaguam no mundo jurídico e implicam na vida de todos.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA FAMÍLIA NO BRASIL

A família não é a mesma desde a pré-história, da idade antiga, da idade média ou moderna, estas passaram por transformações, alterando radicalmente suas características.

E, o direito de família é indubitavelmente a seara do direito em que mais se transforma durante o decorrer do tempo, assim para haver uma compreensão do presente, é necessário compreender o passado, a fim de se traçar um futuro, e nas palavras do escritor George Orwell: “Quem domina o passado, domina o futuro. E quem domina o presente, domina o passado”.

Contudo, ainda nesse sentido da importância da compreensão da evolução histórica e jurídica da família, a qual está sempre em mutação, Dias (2021, p. 44), leciona que: “a sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de oxigenação das leis”. E, em complementação, a importância da família na sociedade é que ela é o primeiro agente socializador do ser humano.

2.1 A família na sociedade primitiva e nas civilizações antigas

O surgimento da família é quase tão primitivo quanto o próprio homem, pois, desde os primeiros povos, o ser humano demonstrou uma tendência intrínseca para se relacionar com seus semelhantes, devido à necessidade de cooperação e proteção mútua. Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 43) tece que:

O Direito de Família também existe desde sempre, já que não existe sociedade sem família. A família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas até as mais contemporâneas.

Nesse contexto, a família começou a se formar com uma unidade básica de convivência, com papéis definidos para os membros, como, por exemplo, a divisão de tarefas e a proteção conjunta. Essas estruturas familiares primordiais contribuíram para a sobrevivência e a evolução da sociedade humana.

Cabe destacar que, não há muitas informações acerca dos povos primitivos e seu modo de viver. No entanto, o revolucionário Friedrich Engels, em sua obra “*A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*” (1997, p. 21), editada no século XIX, relatou que, o antropólogo, Lewis Henri Morgan foi o primeiro que, com

conhecimento de causa, tratou de introduzir uma ordem precisa na pré-história da humanidade, e sua classificação permanecerá certamente em vigor até que uma riqueza de dados muito mais considerável obrigue a modificação de tal compreensão. Assim, no que tange ao estudo da família, concluiu-se que na humanidade imperava a promiscuidade sexual entre os membros da tribo e, neste sentido, asseverou Engels (1997, p.31), que no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em reações individuais, porquanto as relações ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo:

A concepção tradicional conhece apenas a monogamia, ao lado da poligamia do homem e talvez da poliandria de uma mulher, silenciando – como convém ao filisteu moralizante – sobre o fato de que na prática aquelas barreiras impostas pela sociedade oficial são tácita e inescrupulosamente transgredidas. O estudo da história primitiva revela-nos, ao invés disto, um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia e as suas mulheres a poliandria, e em que, por consequência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. É este estado de coisas, por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia. Essas modificações são de tal ordem que o círculo compreendido na união conjugal comum, e que era muito amplo na sua origem, se estreita pouco a pouco até que, por fim, abrange exclusivamente o casal isolado, que predomina hoje.

No mesmo sentido de Engels, Silvio de Salvo Venosa (2017, p.19), descreve que as sociedades anteriores (primitivas), à formação das primeiras civilizações, como, por exemplo, Roma e Antiga Grécia, as relações familiares não se baseiam em vínculos individuais, porquanto os atos sexuais praticados envolviam todos os membros de compunham a tribo (endogamia). Consequentemente, os filhos resultantes dessas uniões não tinham conhecimento de seus pais biológicos, uma vez que as mulheres mantinham relações com qualquer integrante da tribo, ora, não havia na civilização primitiva a concepção de um parceiro único com que se possa se relacionar, já que o conceito de matrimônio e fidelidade, não imperava naquela época. Neste contexto, denota-se que somente as mães eram conhecidas, o pai não tinha como conhecê-lo.

Em contraposto, Caio Mária da Silva Pereira (1996, p.17), assenta que a posição antropológica, a qual sustenta a promiscuidade, não é isenta de obscuridades, porquanto entende ser pouco provável que essa estrutura fosse homogênea em todos os povos.

De acordo com Lacan (1938), assim como Pereira, a presunção de promiscuidade não pode ser encontrada em nenhum lugar, mesmo nos casos

referentes aos chamados casamentos grupais. Desde o início, há interdições e leis que regulam essas relações. As formas iniciais da família apresentam características essenciais semelhantes às das formas mais avançadas, incluindo a presença de autoridade, seja na forma concentrada do tipo patriarcal, ou representada por um conselho, matriarcado ou seus delegados masculinos. Os modos de parentesco, herança e sucessão são transmitidos, por vezes de maneira distinta, com base em uma linguagem paterna ou materna. Portanto, essas famílias, devidamente constituídas, não representam a suposta célula social, mas, quanto mais primitivas são, mostram-se como agregados mais amplos de casais biológicos e, acima de tudo, como sistemas de parentesco menos alinhados com os laços naturais de consanguinidade.

Em uma análise acerca das famílias primitivas em solo brasileiro, foi palco de pesquisa, estudo e relatada pelo sociólogo brasileiro, Gilberto Freyre, o qual assentou que os índios brasileiros (antes da colonização), não viviam em promiscuidade e suas relações havia sim restrições:

Esses grupos formam, entretanto, alianças místicas correspondentes às do parentesco, os supostos descendentes do javali ou da onça ou do jacaré evitando-se tanto quanto irmão e irmã ou tio e sobrinha para o casamento ou a união sexual. Com tantas restrições, vê-se que não era de desbragamento a vida sexual entre os indígenas desta parte da América, mas ouriçada de tabus e impedimentos. Não seriam tantos nem tão agudos esses impedimentos como os que dificultam entre os europeus as relações amorosas do homem com a mulher. Davam, entretanto, para criar um estado social bem diverso do de promiscuidade ou de deboche. É aliás erro, e dos maiores, supor-se a vida selvagem não só neste, mas em vários outros dos seus aspectos, uma vida de inteira liberdade. (2003, p. 86).

Não obstante as posições tecidas e ainda na civilização primitiva, que se apresenta como uma era de promiscuidade por alguns dos estudiosos supramencionados. Venosa, assenta que os eventos ocorridos, como a guerra, a carência de mulheres e, talvez, uma inclinação natural, levaram os homens a procurarem relações com mulheres de outros grupos, antes do que em seu próprio grupo. Eclodindo o que se tornaria a monogamia dos dias atuais (embora ainda exista poligamia em algumas civilizações), no entanto, os historiadores fixam essa mudança dos povos primitivos como a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia).

2.1.1. Civilizações da antiguidade

As civilizações familiares sofreram grandes modificações em sua formação, seja por influência de fatores sociais ou instintivos, desenvolveram o que se apresenta e denomina como monogamia, não havendo mais possibilidade de ter mais de um cônjuge.

Nesta nova vinculação dos indivíduos, ocasionou com o surgimento do poder paternal (o que não existia anteriormente), uma vez que os pais passaram a ser conhecidos, ou seja, a monogamia ressignificou socialmente a prole, configuração muito sustentada pela igreja. Assim, Venosa (2017, p.19). Um ponto relevante, sob a perspectiva do sociólogo Fustel de Coulanges, é que “Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as regras, daí resultando receber a família antiga uma constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores” (Brito 2000, p. 14 apud Coulanges, p. 19).

Nas primeiras civilizações de importância, como assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família era abrangente e hierarquizado, restringindo-se hoje, principalmente, ao contexto quase exclusivo de pais e filhos menores que coabitam na mesma residência (Venosa, 2017, p.16). Denota-se que na história das civilizações, instituto do *pátrio poder*, tem constante presença. Não será abordado todas as civilizações, porquanto seria exaustivo, deste modo, será analisado algumas, que seguem.

Não se pode olvidar que a Grécia antiga é uma das civilizações mais interessantes e que desperta várias curiosidades. A Grécia Antiga testemunhou seus primeiros estágios de desenvolvimento na formação de clãs, caracterizados pela união de indivíduos com laços de parentesco. E, estes clãs desempenharam um papel crucial na criação das *polis*, também conhecidas como cidades-Estados

Tendo uma estrutura familiar caracterizada por uniões monogâmicas e sindiásmicas, em que um casal era a unidade fundamental. Dentro dessa estrutura, a mulher tinha um papel central na produção de descendência e nas responsabilidades domésticas. Além disso, as regras do consórcio eram fortemente influenciadas pela preponderância masculina, estabelecendo a obrigação de fidelidade por parte das mulheres. O direito paterno exercia uma supremacia na linha de parentesco, enquanto aqueles relacionados exclusivamente à mulher, como os irmãos desta (cognatos), eram considerados secundários.

Portanto, denota-se que os helenos (gregos) viviam em uma sociedade profundamente enraizada em um sistema patriarcal. Teresa Van Acker (1994, p. 21) tece que, nas antigas cidades, as mulheres das classes mais abastadas raramente precisavam se envolver em atividades laborais e geralmente circulavam pela cidade apenas em ocasiões festivas. Isso reflete a visão grega de que homens e mulheres ocupavam espaços nitidamente separados, como os deuses Héstia e Hermes. Héstia era principalmente associada à lareira central nas residências, representando o espaço doméstico, enquanto Hermes, o guardião dos mensageiros, estava frequentemente posicionado na soleira das portas, simbolizando a conexão com o mundo exterior, voltado para conquistas, comércio e trabalho fora de casa.

Outrossim, na Babilônia as famílias eram constituídas sob uma formatação monogâmica, porém havia um direito, sob a influência semítica, o qual autorizava uma segunda esposa aos homens, no caso de sua primeira esposa não pudesse conceber um filho ou em virtude de uma doença grave. Se justificava este direito aos homens, porquanto, naquela época, a procriação era a finalidade principal do matrimônio.

Nesse contexto, Bottero (2004, p. 221) descreve que o casamento na Mesopotâmia era inicialmente concebido como um tipo de contrato de parceria com o propósito de procriar e educar os descendentes da família. Esse contrato era regularmente formalizado e, frequentemente, era elaborado pelos chefes das famílias envolvidas, sem necessariamente considerar os desejos dos noivos. A finalidade primordial dessa união era a reprodução, a ponto de a esterilidade da esposa ser motivo suficiente para o marido repudiá-la, a menos que ela, sem alterar sua posição em relação a ele, providenciasse uma substituta que pudesse dar à luz muitos filhos considerados como descendentes legítimos.

Além disso, o machismo patriarcal naquela época já era visto na forma de transmissão de patrimônio das famílias. As filhas recebiam dotes, enquanto os filhos recebiam sua parte por meio de herança, as filhas o recebiam no momento do casamento.

Contudo, conforme tecido anteriormente, incumbe o chefe (pai) da família o papel no casamento de seus filhos, são eles que dão as suas filhas em núpcias. Ou seja, não cabia a filha (mulher) escolher seu marido, salvo, no caso de seu futuro sogro ter a violado.

É bem verdade que os babilônicos consideravam, sem dúvida, indecente que um pai e seu filho tenham mantido relações, sucessivamente, com a mesma

mulher. Por outro lado, o comportamento do chefe da família enfraquecia, provavelmente, sua autoridade sobre os membros da casa e podia tornar-se numa espécie de conflito interno. Mas é claro, igualmente, que a aliança entre as famílias criou um laço de parentesco justificando a ruptura do laço matrimonial sem que seja recomendado um casamento reparador com a vítima. A vaga formulação que permite à mulher escolher seu novo marido exclui, com toda certeza, o sogro. Sua obrigação em desposar sua nora seria explicitamente assinalada como nas disposições sobre a sedução ou estupro (WESTBROOK, R., op. cit., p. 43; YARON, R., Zu babylonischen Eherechten, ZSSra 109, 1992, p. 66.).

Do exposto, constata-se que havia uma discrepância entre os gêneros dentro do núcleo familiar, uma vez que a mulher era colocada em uma posição de direitos e autonomia inferior à do homem.

2.2. A família sob o olhar do direito romano

A civilização romana instituiu e pautou as relações familiares no patriarcalismo, ou seja, no pátrio poder, o qual em seu seio o *paterfamilias* figurava-se como um poder absoluto, porquanto somente o *pater* (homem) era cidadão *sui iuris* — aquele que não se submete ao poder alheio, diferente das mulheres, filhos e escravos, os quais eram sujeitos *alieni iuris* - submetidos ao poder alheio, no caso na família sujeito ao poder parental.

Rodrigues salienta que:

No direito romano, o pátrio poder é apresentado por conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade chefe da organização familiar e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto praticamente ilimitado, cujo escopo é afetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a familiar romana, célula-base da sociedade que nela encontra o seu principal alicerce.

Ainda, conforme as considerações de Venosa, (2017, p. 20), é evidente que na Roma, o *pater* detinha um poder praticamente absoluto sobre a mulher, os filhos e os escravos, sendo a família um elemento crucial para a continuidade do culto familiar. Tanto no Direito Romano quanto no grego, o afeto natural, embora possível, não representava o vínculo principal entre os membros da família. Também ressalta que nem o nascimento, nem a afeição eram os alicerces da família romana, e, mesmo que o *pater* nutrisse profundos sentimentos por sua filha, não possuía a prerrogativa de legar-lhe parte de seu patrimônio.

Com efeito, o chefe (homem) da família ser o único sujeito de poder, lhe conferia inúmeros poderes patriarcais, os quais foram marcantes durante a República romana e posteriormente atenuados no Império, tendo seu fim com o imperador Valentiniano

I (374 d.c.). Não obstante, na época (republicana), o *pater* detinha poder absolutos, por exemplo, no que tange aos filhos onde a *pátria potesta* se mostrava mais semidivino e tirano, o *pater* tinha o direito deste o âmbito patrimonial à vida dos filhos, ou seja, poderia matar (*jus vita ac neci*), vender e expor seus filhos. Pondera-se que no que concerne ao poder de morte do filho, antes da execução da pena, o Conselho de Parentes (*judicium domesticum*), deliberava sobre a decisão da pena capital tomada pelo pai.

Entre os inúmeros direitos absolutistas que o *pater* continha, eram eles, o direito de abandonar recém-nascidos, especialmente quando nasciam com má-formação ou defeitos físicos, um costume conhecido como *ius exponendi*. Um exemplo famoso disso era o método utilizado em Esparta, na Grécia Antiga, onde bebês com problemas físicos eram lançados de penhascos, pois eram considerados inúteis para o serviço militar do Estado. Conforme o tempo passou, esse direito de abandono foi abolido e, de fato, foi posteriormente equiparado ao crime de homicídio, com o *pater* que cometesse tal ato podendo ser punido com pena de morte. Além disso, no sistema romano, os pais tinham o direito de vender seus filhos, embora geralmente fosse uma venda temporária com um prazo fixo de cinco anos, após o qual o pátrio poder seria restaurado, e o filho retornaria ao lar. O *ius vendendi* foi abolido por Diocleciano, embora tenha encontrado aceitação restrita em períodos posteriores. Outro direito extremo era o *noxae deditio*, que permitia ao *pater* entregar seu filho infrator à vítima do dano como forma de reparação, evitando que toda a família sofresse as consequências da vingança. No entanto, o *noxae deditio* foi proibido por Justiniano, marcando uma mudança na abordagem legal em relação à responsabilidade da família.

Destaca-se que o *pater* se extinguia de três formas, sendo elas, pela morte, a emancipação por tato voluntário do *pater* e eventual acidente que venha lhe deixar em estado de incapacidade, mental ou aprisionamento em virtude de guerra.

Todavia, mesmo com a morte do *pater*, não era a matriarca que assumia o comando da família, e as filhas não tinham permissão para assumir o pátrio poder, uma prerrogativa reservada apenas aos homens. Em vez disso, a responsabilidade era transferida para o filho mais velho ou para outros homens pertencentes à família. No que diz respeito ao casamento na Roma Antiga, as mulheres enfrentavam duas opções: ou permaneciam sob a autoridade de seus pais (casamento sem *manus*), ou,

ao casar, entravam na família do marido e passavam a dever obediência a ele (casamento com *manus*).

Ocorre que a sociedade romana evoluiu durante o transcurso do tempo, sendo um deles a mudança de um sistema de parentesco baseado na agnação, onde a autoridade do 'pater' era central, para um sistema de parentesco baseado na cognação, permitindo maior autonomia para as mulheres e filhos. Isso se refletiu na perda do direito de vida e morte do 'pater', na administração dos pecúlios pelos filhos e na substituição do casamento com *manus* pelo casamento sem *manus*. Salienta-se ainda que, a sociedade romana também limitou a autoridade do 'pater', protegendo os que estavam sujeitos a ela, por exemplo, no que tange aos filhos, a venda deles desapareceu, dando lugar a penas moderadas, e no que concerne as mulheres ganharam mais direitos, incluindo o direito à herança do filho, demonstrando a evolução do sistema familiar romano, enquanto a autoridade paterna, passou a ser exercida com piedade, não com atrocidade. Por sua vez, o casamento evoluiu da *manus* para o casamento sem *manus*, o que ocasionou na emancipação gradual da mulher romana, denota-se que no período imperial, as mulheres desfrutaram de completa autonomia, participando ativamente na vida social e política, à medida que a ideia romana do casamento evoluía, com a *affectio* tornando-se um elemento essencial, o que não era, ou seja, a ausência de convivência e a falta de afeição foram consideradas razões para a dissolução do casamento.

2.3 Transformações da família durante a idade média e moderna

A queda do Império romano do Ocidente, deu início a idade média ocasionando transformações na estrutura familiar, grande parte destas mudanças foram influenciadas pelo cristianismo.

Para Vicente de Paula (2009, p.27), durante o período histórico da Idade Média, os direitos do pai em relação ao filho foram beneficiados pelo direito germânico e pela influência do Cristianismo. E, o pátrio poder não era mais vitalício, e sua extinção estava ligada à independência financeira do filho, em contraste com a época clássica, os filhos possuíam capacidade patrimonial, na idade média.

Além disso, este período foi moldado por três influências distintas, sendo elas, a persistência do direito romano para governar os povos dominados, o direito bárbaro trazido pelos conquistadores, e o direito canônico, em expansão graças à Igreja, a

qual teve um papel crucial ao transformar o casamento em sacramento, estabelecendo a igualdade entre os noivos e legislando sobre questões de amor e concupiscência, aliás, nesta época coexistiram três formas de casamento: o germânico, o romano e o eclesiástico, que culminaram na moderna regulamentação matrimonial. Insta consignar que essa mudança significativa começou com a entrada do Direito Canônico na sociedade, quando a Igreja passou a ser confundida com o Estado, estabelecendo o casamento como um sacramento e transformando para sempre as dinâmicas familiares.

Dias (2022, p. 18) aduz que, naquela época, a cultura católica desempenhava um papel fundamental na moral da sociedade. O casamento religioso era a única forma de convívio reconhecida e tinha o *status* de sacramento, governado pelas regras da igreja. Sob a bênção divina, o matrimônio era indissolúvel, seguindo o princípio de "o que Deus uniu, o homem não separa". Essa rigidez tornava o casamento praticamente eterno, mesmo nas adversidades como doença, tristeza e pobreza, muitas vezes sendo mais uma imposição do que uma escolha voluntária. A única saída possível era a anulação, um processo canônico complexo e demorado. Mesmo com a presença de filhos, a anulação permitia que as pessoas voltassem ao estado civil de solteiras e tivessem a oportunidade de se casar novamente.

No mesmo sentido, Venosa tece que, o direito canônico, inspirado por normas divinas e sancionado com rigorosas penalidades, governou a família até o século XVIII (início da idade moderna), moldando o casamento como a pedra angular, sob comando do marido. O divórcio não era permitido, e um segundo matrimônio era desaprovado, apenas sendo dissolvido em casos de morte ou adultério. Antes dessa influência canônica, as relações de concubinato eram possíveis, mas com a entrada do direito canônico, essa prática foi desestimulada, embora ainda ocorresse clandestinamente.

Noutro giro, o início da idade moderna (sec. XVIII), surgiu com a Reforma protestante, a igreja começou a perder o monopólio que detinha dos princípios cristãos, e novamente com esta reforma as formas de composições das famílias foram mudadas, porquanto os católicos, ora a igreja queria e tinha em certos territórios, a autoridade exclusiva para regular o casamento, porém, para os protestantes, cabia ao Estado a regulamentação dos casamentos, tornando-os os únicos legalmente válidos.

E, com isto, em países influenciados pela Reforma Protestante, surgiram as primeiras leis civis que disciplinaram o casamento não religioso, tornando-o o único reconhecido legalmente. Conseqüentemente, o sistema feudal, começou a sumir, dando espaço para uma ideia de Estado Nacional, reduzindo as funções da família, incluindo a defesa e a assistência, à medida que os cidadãos passaram a depender da proteção estatal, em vez de recorrerem à autodefesa.

Neste passo, observar que agora a família moderna se diferencia das formas antigas no que concerne aos objetivos de configurações e papéis desempenhados entre seus membros. Ela se baseia em vínculos afetivos, fundamentando-se na afetividade, na igualdade, na fraternidade, no companheirismo e no amor. Atividades que antes eram de responsabilidade dos pais, como educação, esportes e recreação, agora são desempenhadas por instituições como a escola. Os ofícios não são mais transmitidos de pai para filho no ambiente doméstico, e a educação passou a ser incumbência do Estado ou instituições por ele supervisionadas. A religião não é mais predominantemente ministrada em casa.

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães. Atualmente, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. Os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos lares e das corporações de ofício. A educação cabe ao Estado ou a instituições privadas por ele supervisionadas. A religião não mais é ministrada em casa e a multiplicidade de seitas e credos cristãos, desvinculados da fé originais, por vezes oportunistas, não mais permite uma definição homogênea. Também as funções de assistência a crianças, adolescentes, necessitados e idosos têm sido assumidas pelo Estado. Venosa (2017, p. 21).

Corroborando Madaleno (2008, p.14), que a transformação da família patriarcal para a família celular como uma mudança que permite que as necessidades vitais de afetividade e realização individual sejam alcançadas, reduzindo a importância de sua antiga sacralidade e dos tabus em torno da maternidade e paternidade. Ele sugere que a família moderna busca eliminar barreiras para tornar a vida individual menos opressiva, com foco nas verdadeiras finalidades da família, como afeição e entrega às suas tradições genuínas.

Com efeito, a Revolução Industrial, a família deixou de ser uma unidade de produção com um chefe de família controlando o trabalho, e cada membro passou a trabalhar nas fábricas. A família, que anteriormente produzia seus próprios bens para

a subsistência, passou a ter uma função econômica, obtendo seu sustento por meio da produção, seja como proprietária, seja como trabalhadora assalariada.

O que ocasionou na redução no número de filhos por família, com mulheres ingressando no mercado de trabalho, o que tem modificado o papel da mulher com notáveis repercussões no âmbito familiar. Em grande parte das legislações, a igualdade de direitos entre marido e mulher e a igualdade entre os filhos são reconhecidas. Conflitos sociais decorrentes das mudanças na posição social dos cônjuges, pressões econômicas, a diminuição da influência religiosa e a falta de atenção mútua contribuíram para o aumento das taxas de divórcio

Destaca-se que a Revolução Francesa, que introduziu os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade no mundo ocidental, muitos dos paradigmas familiares até então considerados absolutos sofreram mudanças, permitindo a existência de novos modelos de família. No entanto, o direito francês não refletiu essas mudanças, uma vez que, influenciado pelo direito canônico, não reconheceu outras formas de constituição da família que não fossem o casamento formal, as quais não produziam efeitos jurídicos. Mesmo o Código de Napoleão, criado 15 anos após a Revolução e que inspirou várias codificações modernas, incluindo o Código Civil brasileiro de 1916, não abordou essas mudanças.

Mesmo com esse avanço na concepção do instituto, o código revogado expressava a ideia de família do século XIX, tradicional, proprietária e baseada no casamento formal, na qual o homem assumia uma posição de predominância. Essas características, associadas ao pátrio poder, bem podiam ser verificadas na redação no art. 380, caput, do Código Civil de 1916: "durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade". (Paula, 2009, p. 28).

De acordo com Venosa (2017, p. 22) a estrutura familiar não era mais dependente exclusivamente do matrimônio, e notadamente a ciência jurídica tem tido que se adaptar essas mudanças sociais, especialmente após a Segunda Guerra, quando a família conduzida por um único membro, seja pai ou a mãe, se tornou mais comum, ainda, assevera que as concepções de legais sobre a família, incluindo o reconhecimento progressivo dos casais homoafetivos, ou seja, no decorrer das décadas, os paradigmas do direito de família foram radicalmente modificados, com a indissolubilidade do vínculo do casamento e a falta de proteção jurídica aos filhos naturais. Tendo no cenário brasileiro o Código Civil de 1916 (século XX) refletiu ideais

do século XIX, focado no individualismo e no patrimônio, negligenciando a maioria da população que vivia em situações familiares diferentes.

Por fim, no século XX, à medida que o Estado se distanciava da influência da Igreja, em um processo chamado de laicização, surgiram novos fenômenos que desempenharam um papel importante na redefinição do conceito de família. A liberação dos costumes, a revolução feminina resultante do movimento feminista, a disponibilidade de métodos contraceptivos e os avanços na genética, que possibilitaram novas formas de reprodução, todos esses fatores contribuíram para reconfigurar o entendimento da família.

Com base no direito contemporâneo, que se baseia em princípios democráticos de aperfeiçoamento e dignidade da pessoa, presentes na maioria das constituições modernas, não podemos mais limitar o conceito de família apenas à relação entre um homem e uma mulher unidos pelo casamento. Os antigos paradigmas que se apoiavam na tríade casamento/sexo/reprodução como critérios definidores da família foram superados. Portanto, torna-se necessário buscar uma nova definição de família que reflita a diversidade das configurações familiares na sociedade contemporânea.

2.4 A evolução do conceito jurídico de família no Brasil

Desde já, assenta-se que ao longo do processo histórico do instituto no Brasil, evidencia-se uma evolução nas constituições brasileiras quanto à referência à família e ao casamento, pois desde a Constituição outorgada em 1824, que não abordou família ou casamento, até a Carta de 1988, que estabeleceu uma maior diversidade de formas de constituir uma entidade familiar. Ocorre que, neste percurso, as Constituições passaram a dedicar capítulos específicos à família, ressaltando o casamento indissolúvel como único meio de constituição familiar, um paradigma mantido até a Constituição de 1988, paradigma no qual expandiu as formas de constituição familiar e reconheceu a união estável e outras configurações familiares como entidades protegidas pelo Estado. Contudo, essa evolução reflete não apenas a mudança social, mas também a necessidade de separação entre Igreja e Estado, bem como a pluralidade crescente das famílias na contemporaneidade, resultando na concepção mais ampla e inclusiva do conceito de família na legislação brasileira.

Conforme anteriormente exposto, o século XX foi um período de grandes transformações que repercutiram no âmbito do Direito de Família, resultando em

profundas mudanças na sociedade mundial. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 04), ressaltar que, “com base no art. 16.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, foi reconhecido expressamente o direito da pessoa humana de fundar uma família, o que tem sido reafirmado em documentos normativos tanto internacionais quanto internos”, inclusive, cuide-se de tratado que o Brasil ratificou.

A evolução é clara, no entanto, Dias (2021, p.48) aponta que a diversidade de formatos familiares impõe à área do Direito das Famílias a necessidade de abranger um espectro cada vez mais amplo. Tornando-se a definição desafiadora, visando evitar vícios lógicos, pois este ramo do direito não se limita apenas a delinear a organização familiar, mas conceitua-a por meio dos diversos institutos que regulamentam não apenas as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes. Contudo, em vez de uma definição precisa, ocorre a enumeração dos vínculos entre pessoas ligadas por consanguinidade, afinidade ou afetividade.

Nesta linha, Flávio Tartuce (2021, p.2030) assevera que é essencial contextualizar as dinâmicas familiares considerando a realidade social e as particularidades regionais de cada área, com a aplicação da sociabilidade nos preceitos do Direito de Família, à semelhança de outras vertentes do Direito Civil. A título ilustrativo, assenta que a sociabilidade pode justificar o reconhecimento do vínculo civil advindo da paternidade baseada em afeto, e que, de igual forma, pode respaldar a compreensão de outras configurações familiares, como é o caso das uniões homoafetivas. Tudo isso porque a sociedade está em constante evolução, a estrutura familiar se modifica e, por conseguinte, o Direito precisa acompanhar essas mutações.

E, nas ponderações de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2019. p.54), a qual leciona que definir o Direito de Família de forma precisa é difícil, em decorrência das diversidades de formatações familiares e, igualmente, destaca que a limitação imposta pela conceituação fecha os olhos para diversos fenômenos sociais representativos da família.

Não obstante, a dificuldade de conceituar o Direito de Família e suas possíveis consequências, porquanto a seara das famílias em sua essência tende a se transmutar em decorrência das evoluções sociais e costumes, aliado ao exposto outrora, que até a Carta Magna de 1988, o conceito de família e sua instituição

estavam estreitamente atrelados ao casamento e, com o seu advento, se deixou de ser uma forma singular e passou a ser plural, estabelecendo-se ali apenas um rol exemplificativo de constituição de família.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal:

[...] A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobre o princípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. (...) A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI no. 4277, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). [...] Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (STF, RE no 898060-SC, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 21/09/2016).

Ou seja, passou a surgir novos arranjos parentais e conjugais, já absorvidos pela legislação, tais como famílias mosaico, provenientes de inseminação artificial, configurações simultâneas, relacionamentos poliafetivos, uniões homoafetivas, filhos com dois pais ou duas mães, parcerias de paternidade, delineando um amplo espectro de representações sociais atuais, distantes do conceito tradicional de família que se restringia à composição convencional de um pai, uma mãe, filhos, casamento civil e religioso.

O legislador constituinte alargou o conceito de família ao emprestar juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de

sentimento, estabilidade e responsabilidade necessárias ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar também as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Ou seja, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa (Dias, 2021, p. 57).

Ainda, é salutar expor os elementos de vínculos familiares que, Jose Figueirêdo, o qual assevera que, “a família é a sua realidade contemporânea e nela se confortam as transformações culturais e sociais do tempo, para reconhece-la em suas mutações evolutivas, nos seus valores emergentes, e por novas configurações que a dimensionam em seu pluralismo e variabilidade que desafiam permanentes reflexões jurídicas”. E as lições de Lacan, vão de encontro, já que este ressalta que, “a família não é base natural, e sim cultural da sociedade. Não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos, mas, sim, de uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico”.

Deste modo, denota-se uma evolução pautada na afetividade e no pluralismo de arranjos familiares, deixando o vínculo estritamente matrimonial, no tange aos cônjuges, bem como ao vínculo biológico quanto aos filhos, na mesma linha da doutrina a jurisprudência vem sinalizando tal posicionamento, em caso exemplificativo, o RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.859 - SP (2015/0318735-3), de relatoria do Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, o qual naquela oportunidade, asseverou que tanto a Constituição de 1988 quanto o Código Civil de 2002 transformaram o conceito de família e deram relevância ao princípio da afetividade, por meio do qual "o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social para a realização das condições necessárias ao aperfeiçoamento e ao progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, princípio no qual deve balizar o conceito de família, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

2.5 O papel da família na constituição federal e demais legislações

A fim de demonstrar que a constituição de 1988, rompeu alguns preceitos limitadores previstos no Código Civil vigente na época (1916), uma vez que o diploma civil trazia consigo as noções do século passado (XIX), ou seja, nasceu defasado para época, pois em nenhum momento tutelava os direitos da filiação fora do casamento e

as uniões sem matrimônio, cuja situação em que a grande maioria da população brasileira se encontra.

O Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família matrimonializada (Dias, 2021, p. 46).

E, embora o novo e atual código civil de 2002, tenha sido promulgado pós a Constituição, verifica-se que, novamente, o diploma civil nasceu defasado, porquanto no que concerne a filiação, trouxe em seu escopo uma discrepância com o texto constitucional vigente, ao preconizar no art.1.597, que se presume que todo filho de uma mulher casada é filho do seu marido, uma previsão adversa da Carta Magna, a qual vedou qualquer distinção entre os filhos advindos do casamento ou fora deles (art.227,§6).

Todavia, a norma especial no que concerne à criança e adolescente (Estatuto da Criança e Adolescente), diploma promulgado em 1990, lei 8.069, trouxe para seu texto a previsão constitucional, no art. 20, caput.

Posto isto, cabe repisar que, com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, desconstituiu aquela ideologia patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial, e trouxe em seu texto princípios importantes relacionados à família, como a dignidade da pessoa humana, bem como o valor jurídico dado à afetividade e à solidariedade familiar. Somado a isso, cuidou de capítulos específicos relacionados à família, à criança, ao adolescente, além da igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres.

O constituinte foi tão perspicaz ao tecer normas vanguardistas, pois além de saber da filiação extraconjugal, tinha ciência que as famílias nem sempre são formadas por dois pais, com isto, normatizou no art. 227, §4, da CF, que: entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Ou seja, as famílias monoparentais.

Com efeito, diante a evolução social incorporado pelo texto constitucional, , o código civil de 2002 em que pese tenha nascido defasado, retirou a concepção do *pátrio poder* ou *paterpotesta*, pelo PODER FAMILIAR, retirando o poder absoluto e

unilateral que o pai tinha sob a prole, passando abarcar a participação da mãe, tanto nos direitos e deveres com sua prole, assim se respalda os artigos 1.630 a 1.638.

Isto se reflete, porquanto antes mesmo da CRFB/88, as transformações da estrutura familiar já tinha sido impulsionadas por ajuste legislativos, como, por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), que restaurou a capacidade civil e atribuiu bens reservados, garantindo a propriedade exclusiva dos ganhos advindos do labor, bem como, o advento da instituição do divórcio pela EC 09/1977 e lei 6.515/1977, que encerrou a concepção de casamento como indissolúvel, rompendo com a ideia de família como instituição sagrada.

Assim, as novas concepções e normas, posta na Constituição e no diploma civil, incumbindo o poder familiar diversos deveres, alguns deles elencados no art. 22, como sustento, guarda e educação, reproduzido do art. 1634 do Código Civil/2002. Contudo, além desses deveres, o § único do art. 22, do ECA, garante aos pais o direito de transmitir a seus filhos sua herança cultural, suas crenças e liturgias.

2.6 A família contemporânea: novas configurações e desafios

A família contemporânea teve seus contornos após a Constituição de 88, conforme anteriormente elucidado, somente os arranjos familiares constituídos dentro do casamento tinham a devida proteção, os demais vínculos eram alijados pelo Estado, condenados à invisibilidade, como, as uniões extrapatrimoniais, uniões simultâneas, uniões poliafetivas, parentais e pluriparentais, embora existissem, esses arranjos famílias, não eram protegidos pelo Estado, até a Constituição da República de 1988.

Deste que a família passou a ser espaço do afeto, do companheirismo, e as pessoas passaram a se casar por amor, começaram a surgir novas estruturas parentais e conjugais. A Constituição da República de 1988, legitimou todas elas, uma vez que o rol do art. 226 é apenas exemplificativo. Pereira (2021, p. 68).

Entretanto, em decorrência deste pluralismo de arranjos existente, Zamberlam (2001) aponta a dificuldade de se conceituar família e seus papéis, haja vista o elevado número de subsistemas e a pluralidade de arranjos presentes na contemporaneidade. Nessa realidade, emergem e ganham visibilidade diferentes formas de família e distintas maneiras de se relacionar dentro dela, o que acarreta

uma redefinição de papéis e uma redistribuição de responsabilidades a seus componentes.

Posto isto, ressalte-se entre elas, a família conjugal, aquela constituída além da relação sexual, mas pautada no afeto, desejo e amor sexual (não necessariamente na genitália), porquanto temos indivíduos impotentes pela idade, doença ou razões que não cabe tecer, esta modalidade de família, comporta vários arranjos (casamento, união estável, homo ou heteroaferivas); família parental, estabelecida pelo vínculo de parentesco, não estritamente consanguíneos, uma vez, que pode ser por socioaferividade ou por afinidade, também é uma modalidade de arranjo familiar que comporta outras espécies, como monoparental, multiparental, extensa, adotiva, homoparental; família monoparental, constituída por filhos com apenas o pai ou mãe (art. 226,§4, CF); família anaparental, composta por irmãos, primos ou pessoas que tem uma relação de parentesco entre si, sem que haja uma conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência, conceito extraído do Resp 1217415/RS, da relatoria da Ministra Nanci Andrighi, 3t., públ. 28/06/12.

Deste modo, os inúmeros arranjos familiares que emergem suscitam atualmente a questão de como protegê-los juridicamente. Atualmente, não há uma lei expressa que preconize qualquer proteção a esses vínculos familiares, deixando essas famílias sujeitas à interpretação da norma constitucional, seus princípios e entendimento jurisprudencial.

Além disso, ressalta-se que, em dezembro de 2023, um projeto de reforma do Código Civil foi entregue pela Comissão de Juristas instituída pelo Senado, sob a coordenação geral do Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ.

Dias, uma das integrantes e responsáveis pelo subgrupo do Direito de Família, relata que o livro precisa de modificações profundas e significativas. Assim, foram empregados esforços para eliminar conceitos obsoletos que ainda persistem na legislação, como a separação judicial. Ademais a jurista, sustentou que, neste projeto, foram eliminadas as disparidades nos papéis parentais, especialmente em relação à questão de gênero, e abordados outros temas emergentes que a sociedade e as famílias necessitam, não só para obter segurança jurídica, mas também para garantir seus direitos constitucionais.

3 A GUARDA DE FILHOS: UMA EVOLUÇÃO JURÍDICA E SOCIAL

A evolução exposta no capítulo acima, demonstrou que as transformações dos núcleos familiares, desde a incumbência e direitos das partes integrantes daquele núcleo familiar, até sua formação em si.

Com efeito, o que concerne a guarda dos filhos também sofreram significativos impactos, uma vez que, inicialmente, foi convencionado socialmente que o filho fica sob os cuidados da mãe, tanto pela falta de afetividade que o pai tinha com a sua prole, quanto o despreparo com a maternagem. Posteriormente, com a evolução social no âmbito dos direitos das mulheres, e elas vindo para o mercado de trabalho, os arranjos interna mudaram, os homens começaram a também ter apreço afetivo por sua prole, conseqüentemente, começaram a ter vontade de ter a guarda dos filhos, quando as rupturas ocorriam.

Neste sentido, Dias (2021, p. 378), assevera que, os homens começaram a sentir as delicias da paternidade e, assim, reivindicaram convívio com a prole após a ruptura conjugal. Todavia, está póstuma encontrou enormes resistências, diante uma cultura de que os filhos só podiam ficar com a mãe, enquanto ao pai tão somente cabia prestar alimentos e visitar. Contudo, os homens se uniram em um número significativo de associações e organizações não governamentais, tendo a primeira conquista em 2008, com a lei alteração do Código Civil, instituindo a guarda compartilhada (Lei 11.68/08).

Por sua vez, no âmbito jurídico, o qual sofre reflexos diante as mudanças sociais advindas dos núcleos familiares, sendo umas delas, aquelas acima expostas, o convívio compartilhado, ora a corresponsabilidade parental, é uma imposição tanto de ordem constitucional, quanto de uma seara psicológica, a qual visa garantir o melhor interesse da prole, assim leciona Marieta Antonieta Pisano Motta, em sua obra *Compartilhando a Guarda* (p.596-599).

Com o mesmo pensar, Pereira (2021.p678), a medida que assenta que, o sistema jurídico determina que a ruptura da conjugalidade não pode significar também ruptura dos vínculos entre a prole e seus pais; sendo que a própria Constituição da República estabelece séries de deveres para a família, principalmente às responsabilidades dos pais, visando à guarda e proteção do infante, a fim de lhes proporcionar as necessárias condições de sua formação e desenvolvimento biopsíquico.

Portanto, com o advento da Lei 13.058/2014, está que instituiu a guarda compartilhada como regra, alterou o Código Civil de 2002, precisamente no artigo 1.634, cuja redação preconiza as atribuições basilares da autoridade parental, sem qualquer distinção entre os pais: 1.634. Compete a ambos os pais, independentemente da 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.

Em derradeiro, a guarda nada é que um elemento do poder familiar, o qual se repisa em uma atribuição de direitos e deveres de ambos os pais, uma vez que, a Constituição de Federal 1988 extirpou do ordenamento jurídico o *pátrio poder*. Deste modo, os pais têm consigo os mesmos direitos e deveres e conseqüentemente, o direito a guarda compartilhada.

3.1 O conceito e as características da guarda ao longo da história

Anteriormente explanado que, no Brasil, o *pátrio poder* perdurou até o atual Código Civil de 2002, o qual incorporou preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, e aboliu o poder absoluto do pai sob o filho. Todavia, até esta guinada na legislação brasileira, a guarda dos filhos era do pai, *in verbis*:

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.
Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. Dirigir-lhes a criação e educação. II. Tê-los em sua companhia e guarda.
Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação

dada pela Lei nº 4.121, de 1962). Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Sobre essa disposição, esclarece Dias: O Código Civil de 1916 determinava que, em caso de desquite, os filhos menores ficavam com o cônjuge inocente. Era nitidamente repressor e punitivo o critério legal. Para a definição de guarda, 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 da perda da guarda da prole. (DIAS, 2015, p. 518).

Neste mesmo sentido, Andréa Rodrigues Amin, assenta os retrocessos que era o instituto da guarda dos filhos na legislação brasileira:

Nos primórdios da legislação civil brasileira, havia critérios objetivos para orientação da Justiça acerca de qual dos pais deveria permanecer com a guarda dos filhos, bases essas que não satisfaziam os interesses dos filhos como, por exemplo, a entrega do filho menor de idade ao cônjuge inocente pela separação (Decreto-lei n. 181/1890), mesmo sem comprovação de que o pai/mãe inocente fosse presente ou afetuoso para com a prole. No Código Civil de 1916, se ambos fossem culpados, a decisão dependeria da idade e do sexo da criança. No Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121 de 1962), se ambos os genitores fossem culpados, abrir-se-ia à mulher a possibilidade, mesmo culpada, de ficar com os filhos. Com a Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), manteve-se o critério da ausência de culpa para se indicar o guardião do filho menor, mas previa-se a possibilidade de o juiz regular de maneira diferente (art. 13), havendo motivos graves.

Todavia, posteriormente, com o surgimento da Constituição de 1988 e, precisamente com o advento do Estatuto da Criança e Adolescente em 1990, já no seu art. 21, preconizou-se expressamente que: **poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe**, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

E, 12 anos depois, o Código Civil de 2002 é promulgado. Conforme já mencionado, ele surge defasado, de tal forma que, em seu texto original, o diploma estabelece a guarda unilateral como regra caso os pais não chegassem a um acordo, nos seguintes termos:

Art. 1.583 No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 1.584 Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Somente com 6 anos, após a vigência do novo diploma civil, através do advento da Lei 11.698/2008, houve o surgimento da guarda compartilhada, alterando assim, o art. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, veja-se:

Art. 1o Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1.583. 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. § 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais 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. § 3o A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 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 e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

Nesta linha, Kelly Moura Oliveira Lisita destaca que, antes da Lei 11.698/2008, o Brasil adotava a guarda unilateral como a regra, onde um dos genitores detinha a guarda do menor e o outro tinha o dever de pagar pensão alimentícia e o direito de visitação, com horários específicos para convivência. Com a introdução da referida lei, a guarda compartilhada foi estabelecida como uma opção, não como regra, mas com a exigência de que ambos os pais compartilhassem igualmente os direitos e deveres em relação ao menor, visando seu bem-estar e evitando práticas como a Alienação Parental.

Não obstante, o surgimento louvável da guarda compartilhada, 6 anos após seu nascimento, advenho a Lei 13058/2014, momento em que, instituiu a guarda compartilhada como regra, quando os pais não acordam sobre a está; ou quando houver indícios de violência doméstica, essa ressalva surgiu com a Lei 14.713/2023, assim alterando novamente o artigo 1.584 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. (Redação dada pela Lei nº 14.713, de 2023).

Após repisar as nuances históricas do instituto da guarda dos filhos no Brasil, cabe tecer sobre o que é guarda, entre o seu conceito e sua característica. Com isto, a guarda pode ser entendida como um mecanismo pelo qual os pais assumem a responsabilidade pela custódia dos filhos, comprometendo-se com a educação, bem-estar físico, saúde e alimentação, dentre outras áreas relevantes do desenvolvimento humano.

Neste sentido, Maria Helena Diniz, em seu curso de direito civil brasileiro (2012, p. 444), uma vez que, está afirma que, o instituto da guarda "Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

Por sua vez, Madaleno (2008, p.270), leciona dentro da ótica do melhor interesse, quando assenta que, *ipsis litteris*: "o mote da guarda é o interesse do filho, sua integral felicidade, não sendo outra a ilação extraída do caput do art.1.584 do Código Civil". Corroborando com tal posicionamento, Ana Carolina Brochardo Teixeira (2005, p.130), a qual identifica os melhores interesses da prole nas diretrizes constitucionais dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes e na sua fonte estatutária (Estatuto da Criança e Adolescente), posto que a autoridade parental se afastou inteiramente de um poder dos pais e de um dever dos filhos, dirigindo-se para uma relação onde os genitores devem tutelar a personalidade dos rebentos e trabalhar para a construção da autonomia e responsabilidade.

Nesse sentido, Carbonera, citado por Levy (2008, p.43), define a guarda no âmbito do Direito de Família como o atributo de um guardião, concedendo-lhe um conjunto de direitos e deveres para proteger e suprir as necessidades de desenvolvimento de outro indivíduo sob sua responsabilidade por lei ou decisão judicial. Seguindo essa linha, Levy (2008, p. 44) descreve a guarda como um conjunto de deveres e direitos que visa à proteção integral do filho menor não emancipado, abrangendo desde o cuidado, vigilância, criação e educação até a convivência, bem como a recuperação dos filhos de quem injustamente os detenha.

Contudo, vale ressaltar que, concordando com essa definição introduzida por Levy, Venosa (2008, p. 271) explica que a guarda é um "atributo do poder familiar", sugerindo que esse instituto não é exclusivo dos titulares do poder familiar, podendo ser concedido a terceiros quando estiver em consonância com o Princípio do Melhor Interesse do Menor ou em casos de impedimento em que os genitores não podem exercer a guarda dos filhos.

3.2 As modalidades de guarda - Aspectos jurídicos e psicossociais das modalidades de guarda

As modalidades de guarda são de certa forma enxutas no Brasil, uma vez que, expressamente, temos somente duas, com base no artigo 1.583 do Código Civil: a guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

No entanto, além desses tipos de guarda previstos na legislação civil, surge também a guarda alternada, sendo que esta modalidade é oriunda de uma interpretação equivocada da Lei 13.058/2014, em decorrência de diversas decisões judiciais e artigos doutrinários, que reiteradamente assentam a existência de uma fixação dupla de residência.

Dessa forma é imperioso, perquirir detalhadamente as diferentes modalidades de guarda e seus impactos no núcleo familiar, abordando tanto os aspectos jurídicos quanto os psicossociais.

A guarda unilateral está preconizada e conceituada no artigo 1.583, §1, do Código Civil, nos seguintes termos: compreende-se por guarda unilateral a atribuída um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Outrossim, verifica-se que a aplicação de um guarda exclusiva a um só responsável legal, pode ser em decorrência do consenso de ambos (art.1.584, inciso I, do CC), ou quando um deles declarar ao

magistrado(a) que não tem interesse em exercer a guarda (art. 1.584,§2, do CC), por fim, cumpre repisar que o advento da Lei 14.713/2023, trouxe para o texto do Código Civil, que nos casos de indícios de violência doméstica ou familiar, a guarda unilateral será aplicada, *in verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. (Redação dada pela Lei nº 14.713, de 2023).

Dias (2021, p.382), assevera que ainda que a guarda seja unilateral, compete a ambos o pleno exercício do poder familiar, podendo o não guardião ter os filhos em sua companhia em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz(a).

No mesmo sentido, Pereira (2017, p.339), ao passo que define a guarda unilateral como “aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, devendo ser concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança e educação”.

Pereira (2017, p.341), também, assenta que seja qual for a forma de convivência dos genitores com os filhos, não se pode deixar de enfatizar a importância do pernoite com o genitor não guardião. É um direito da criança ter convívio pleno com cada um dos pais e um dever direito de cada genitor apoiar psicologicamente seus filhos em cada um dos momentos de suas vidas, quer durante o dia, quer durante a noite.

Por sua vez, corroborando no que tange a necessidade de um convívio entre a prole o não genitor guardião, Andréa Rodrigues Amin (2019, p.237-239), assevera que é importante reconhecer o papel do genitor não guardião na vida do infante, enfatizando que deve ser garantido o convívio deste com a prole, a fim de promover seu saudável desenvolvimento biopsicossocial. Amin também ressalta que a visão ultrapassada de limitar a convivência do não guardião precisa ser eliminada, pois as visitas representam uma oportunidade crucial para manter o vínculo afetivo entre o genitor visitante e a criança, devendo o genitor guardião facilitar aproximação do convívio ocorra de maneira adequada, como, por exemplo, organizar as atividades do

filho fora do período de visitação, valorizar o outro genitor na presença da criança, informá-lo sobre as atividades do filho, entre outras atitudes que contribuam para a construção de pontes de convivência entre visitante e visitado. Por fim, a autora, ainda, salienta que é essencial que o guardião compreenda que o visitado não é sua propriedade, e que seu papel deve ser exercido em prol dos interesses da criança, deixando de lado quaisquer mágoas, vinganças ou chantagens. Com as mudanças trazidas pela Lei n. 12.010/2009, que destaca o direito à convivência familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a reconhecer de forma mais clara e específica esse direito fundamental, tornando obrigatória a convivência do não guardião com o filho nos casos em que terceiros exerçam a guarda.

Noutro giro, segundo estudo realizado por Lando e Silva (2019), a análise da lei n.º 13.058/2014 levanta dúvidas quanto ao instituto que se tornou obrigatório, temos a guarda compartilhada, modalidade advinda por meio da Lei nº 11.698/2008 e modificada pela Lei n.º 13.058/2014, consistindo em uma modelo no qual ambos os pais exercem de forma conjunta a tomada de decisões em favor de seu filho, pois ambos são responsáveis pela sua guarda.

Com efeito, insta consignar, que esta modalidade é amplamente defendida na doutrina, jurisprudência e pelo próprio legislador como mais benéfica à prole. De tal forma que, é aplicada em regra, assim preconiza e assenta a jurisprudência, a luz do artigo. 1.584, §2, do Código Civil e *in verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS, FIXAÇÃO DE GUARDA, ALIMENTOS E CONVIVÊNCIA. PLEITOS DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, AMPLIAÇÃO DA CONVIVÊNCIA E REDUÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR PROVISÓRIO. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. GUARDA. DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL (ARTS. 1.583 E 1.584), A GUARDA PODE SER UNILATERAL OU COMPARTILHADA, SENDO QUE A ÚLTIMA MODALIDADE PRESSUPÕE A RESPONSABILIZAÇÃO CONJUNTA DOS PAIS QUE NÃO VIVAM SOB O MESMO TETO, PARTILHANDO TAMBÉM O EXERCÍCIO DE DIREITOS E DEVERES CONCERNENTES AO PODER FAMILIAR. DIVIDE-SE O TEMPO DE CONVÍVIO COM OS FILHOS DE

MANEIRA EQUILIBRADA E FIXA-SE UMA RESIDÊNCIA BASE DE MORADIA DOS FILHOS, SEMPRE LEVANDO EM CONTA O MELHOR INTERESSE INFANTOJUVENIL. O CONJUNTO PROBATÓRIO ATÉ ENTÃO PRODUZIDO INDICA QUE AMBOS OS PAIS TÊM CAPACIDADE E INTERESSE PARA EXERCER A GUARDA. AINDA, A DESPEITO DO DIVÓRCIO DECRETADO, PERMANECIAM RESIDINDO NA MESMA CASA ATÉ RECENTEMENTE, O QUE IMPLICA DESSUMIR QUE A FILHA CONVIVIA COM AMBOS OS GENITORES DIARIAMENTE DE MODO EQUILIBRADO. CABÍVEL A FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA, COM RESIDÊNCIA BASE MATERNA. CONVIVÊNCIA. **A CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS É UM DIREITO CONSTITUCIONAL CONFERIDO, PRIMORDIALMENTE, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E NÃO EXCLUSIVAMENTE AOS PAIS. POR CONTA DISSO, OS AJUSTES RELATIVOS À GUARDA E AO CONVÍVIO OBEDECEM AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, ATENTANDO-SE PARA A SUA FAIXA ETÁRIA, EM FUNÇÃO DO SEU DESENVOLVIMENTO FÍSICO, MENTAL, EMOCIONAL E, TAMBÉM, SOCIAL, ALÉM DAS PECULIARIDADES PESSOAIS DE CADA NÚCLEO FAMILIAR.** CASO EM QUE A CRIANÇA TEM 04 ANOS DE IDADE E NÃO DEPENDE DE CUIDADOS EXCLUSIVOS MATERNOS. IMPRESCINDÍVEL A AMPLIAÇÃO PAULATINA DA CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL PARA ALÉM DE FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS. INCLUSÃO DE CONVIVÊNCIA UM DIA NA SEMANA, COM PERNOITE, O QUE DEVERÁ SER OPORTUNAMENTE AMPLIADO NA ORIGEM PARA DUAS VEZES DURANTE A SEMANA, PRIORIZANDO O MELHOR INTERESSE DA INFANTE. A QUESTÃO ALUSIVA AO PERÍODO DE FÉRIAS, FERIADOS E DATAS COMEMORATIVAS DEPENDE DE PRÉVIA DELIBERAÇÃO NA ORIGEM, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE UM GRAU DE JURISDIÇÃO. ALIMENTOS. TRATANDO-SE DE ALIMENTOS DECORRENTES DE PARENTESCO, CUMPRE AOS PAIS, EM PRIMEIRO PLANO, PROVER A MANUTENÇÃO DE SEUS FILHOS, CONFORME PRECEITUA O ARTIGO 1.566, INCISO IV, DO CÓDIGO CIVIL. TAL NECESSIDADE É PRESUMIDA QUANDO SE TRATA DE FILHO MENOR DE IDADE, SITUAÇÃO DOS AUTOS. A FIXAÇÃO DO QUANTITATIVO DEVE OBEDECER AO BINÔMIO NECESSIDADE DE QUEM RECEBE E POSSIBILIDADE DE QUEM PAGA, CONFORME PRESCREVE O ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. DE ACORDO COM A CONCLUSÃO DE Nº 47 DO CENTRO DE ESTUDOS DO TJRS, DISPONDO O ALIMENTANTE DE VÍNCULO LABORAL FORMAL, CONVÉM QUE OS ALIMENTOS SEJAM FIXADOS SOBRE A SUA REMUNERAÇÃO LÍQUIDA, SENDO ESSE O CASO DOS AUTOS. ALIMENTANTE DEMONSTROU A IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM O VALOR FIXADO NA ORIGEM. ANÁLISE DO BINÔMIO ALIMENTAR QUE INDICA A NECESSIDADE DE REDUÇÃO DOS ALIMENTOS, AINDA QUE EM PATAMAR INFERIOR AO PRETENDIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE. (Agravo de Instrumento, Nº 50080698620248217000, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jane Maria Köhler Vidal, Julgado em: 12-04-2024)

Ademais, Dias (2021, p. 385) corrobora que a preferência legal é pela guarda compartilhada, porquanto, trata-se de um modelo corresponsabilidade entre os responsáveis legais, retirando do guardião uma ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com não guardião

Nesta mesma esteira, Grisard Filho e Madaleno, ao passo que asseveram que:

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos e deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla elaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto. (grisard filho, 2016, p. 211).

Com a separação dos pais a guarda compartilhada tem a função de preservar em condições de igualdade seus laços de interação com seus filhos, permanecendo o mais próximo possível do relacionamento existente durante a coabitação dos genitores. (madaleno, 2018, p. 424).

Cabe ressaltar um interessante estudo realizado por, Amanda Pansard Alves, Dorian Mônica Arpini e Sabrina Daiana Cúnico (2015, p. 916-935), sobre a guarda compartilhada, uma vez que estas realizam um panorama de como os genitores que estão sob a guarda conjunta de seus filhos e experimentam uma série de situações que indicam uma experiência positiva com relação ao compartilhamento da guarda. Um dos participantes destacou a flexibilidade das visitas, o que contribuiu para um maior convívio com seu filho. Além disso, observou-se uma boa relação entre alguns pais e suas ex-companheiras, possibilitando o estabelecimento do diálogo para tomada de decisões relacionadas ao filho. No entanto, algumas mães relataram que seus ex-companheiros não convivem mais com os filhos, mesmo com o acordo de compartilhamento de guarda homologado judicialmente. Isso sugere uma mudança no envolvimento e cuidado do pai com os filhos após a separação, refletindo em dificuldades para o exercício da paternidade. Outro obstáculo identificado foi a dificuldade de relacionamento com o ex-cônjuge, o que pode afetar a dinâmica da guarda compartilhada.

Além disso, o estudo aborda a dinâmica entre os pais, suas ex-companheiras e suas atuais parceiras. Um dos participantes relatou que sua atual companheira apresenta dificuldades em compreender sua relação com seu filho, o que gera conflitos e impacta nas decisões relacionadas ao cuidado da criança. Essa situação reflete um desafio adicional para o exercício da guarda compartilhada, pois evidencia a necessidade de conciliação não apenas entre os pais, mas também entre os diferentes núcleos familiares envolvidos.

Por fim, ainda no que concerne à modalidade da guarda compartilhada, especificamente no aspecto psicológico, destaca-se o estudo conduzido por Irving e Benjamin, citado no artigo de Vivian de Medeiros Lago e Denise Ruschel Bandeira (LAGO e BANDEIRA, 2009). Esse estudo comparativo realizado no Canadá envolveu 201 pais com guarda compartilhada e 194 mães com guarda exclusiva. Os resultados

revelaram que, na maioria dos casos, a guarda compartilhada ofereceu um sistema satisfatório tanto para pais quanto para filhos. Ao longo do tempo, observou-se uma melhoria nos ajustes e na convivência entre pais e filhos sob esse sistema. A escolha pela guarda compartilhada mostrou-se indicada em casos de casais com baixos níveis de conflitos anteriores à separação, que exerciam a paternidade/maternidade centrados na criança, concordavam com a decisão do término da relação conjugal e da guarda compartilhada, e demonstravam motivação para aceitar e superar as exigências e complicações associadas ao exercício dessa modalidade de guarda.

Tecidas as considerações e apontamentos, jurídicos e psicossociais sobre as guarda unilateral e compartilhada, há outra que, não está expressamente contida no ordenamento jurídico, assim assenta Lando e Silva (2019):

De criação doutrinária e sem regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda alternada é a espécie pela qual o filho fica um período pré-determinado com o pai e outro período com a mãe. Tal espécie é conhecida como a guarda do mochileiro, pelo fato de que o filho ficará em constantes períodos de revezamento com ambos os pais, pois, como não tem local de moradia definido, permanecerá até quando terminar o período em que estiver com guardião X, quando deverá organizar seus pertences para se dirigir ao guardião Y, para o próximo período

Emerge salientar que, não é incomum que muitos genitores confundam, a guarda ALTERNADA, com a guarda compartilhada. Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p.599):

Modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1.º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados: de 1.º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos.

Conforme ressaltado por Gagliano e Pamplona Filho, a guarda alternada configura-se como uma situação em que a criança passa períodos alternados com cada um dos pais, havendo um revezamento dos períodos de guarda exclusiva, enquanto o outro genitor detém o direito de visitas. Em outras palavras, trata-se da modalidade em que a mãe exerce a guarda exclusiva em determinados períodos, enquanto o pai assume essa responsabilidade em outros momentos. Nesse contexto, Tartuce (2018, p. 251) expressa sua opinião contrária a essa forma de guarda, uma

vez que, na visão dele, pode acarretar confusões psicológicas na criança, refere a essa modalidade como "guarda pingue-pongue", destacando que a criança é constantemente deslocada entre os lares parentais, o que pode ser comparado à imagem de um "mochileiro" que carrega sua bagagem de um lugar para outro. Contudo, Tartuce, inclusive, assevera que essa prática é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial e recebe tratamentos distintos na casa paterna e materna.

Superadas as modalidades de guarda e suas respectivas características e reflexos nos núcleos familiares, cabe, ainda, assentar como a relação familiar afeta diretamente o comportamento da criança ou do adolescente, naquele núcleo familiar.

Diante disso, Maycoln L. M. Teodoro, Bruna Moraes Cardoso e Tiago Ferraz Porto Pereira perquiriram o tema de forma elucidadora, no livro organizado por Adriana Wagner, intitulado "Desafios Psicossociais da Família Contemporânea: Pesquisas e Reflexões". Teodoro, Cardoso e Pereira, em uma pesquisa realizada com 184 adolescentes em escolas públicas da região metropolitana de Porto Alegre, revelaram que as relações familiares desempenham um papel crucial no desenvolvimento emocional e comportamental dos jovens (Wagner, 2015).

Ou seja, crescer em uma família conflituosa faz com que os adolescentes tenham dificuldades de compreender como lidar com as situações de conflito mais tarde. Argumentam-se, que as relações permeadas por violência física ou verbal, tem impacto significativo no bem-estar emocional dos adolescentes, influenciando negativamente sua autoestima, competência social e habilidades de resolução de problemas. Por outro lado, famílias afetivas são um importante fator de proteção contra o surgimento de problemas psicológicos durante a infância e adolescência.

Ao examinar a percepção dos adolescentes sobre a afetividade e o conflito em suas famílias, juntamente com seus sintomas internalizantes e externalizantes, os pesquisadores identificaram padrões significativos. Descobriram que maior afetividade familiar estava associada a menores escores de sintomas internalizantes e externalizantes, enquanto maior conflito familiar correlacionava-se com maiores sintomas tanto internalizantes quanto externalizantes.

E, esses resultados indicam que a qualidade das relações familiares desempenha um papel crucial na saúde mental dos adolescentes. Além disso, a pesquisa também distinguiu entre sintomas internalizantes e externalizantes. Os

sintomas internalizantes, como ansiedade, depressão e isolamento, estão relacionados a uma manifestação interna do sofrimento psicológico, enquanto os externalizantes, como comportamento agressivo e quebra de regras, se manifestam de forma mais evidente e direta no comportamento externo.

3.3 A criança e o adolescente como sujeitos de direitos: a doutrina da proteção integral e estatuto da criança e do adolescente (eca)

A priori conforme assentado no início deste trabalho é importante destacar a afirmação de George Orwell, que menciona: "Quem domina o passado, domina o futuro. E quem domina o presente, domina o passado".

Nesta linha, Heloisa Helena Barboza (2000), teceu que, ao longo do tempo, diversos foram os desafios enfrentados pela doutrina dos direitos humanos, sendo possível afirma ter se verificado verdadeiro processo de expansão. Ela destacou que Constituição de Weimar de 1919 estabeleceu um novo modelo em matéria dos direitos sociais, incluindo normas sobre casamento e juventude, e no que diz respeito à infância e juventude, a Constituição de Weimar considerava que a educação da prole para o desenvolvimento corporal, espiritual e social constitui o dever supremo e um direito natural dos pais, deixando evidenciado que a criança e o adolescente fazia parte integrante do complexo familiar e como tal gozavam de proteção do Estado.

Além disso, Barboza (2000), assevera que coube a Convenção internacional sobre os direitos da criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989 (ratificado no Brasil pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990), consagrar a doutrina da proteção integral, ao passo que esta reconheceu os direitos próprios da criança, posicionando-a como um membro individualizado da família, necessitando de proteção e cuidados especiais em virtude de sua falta de maturidade física e mental.

Com efeito, a criança tem direito à vida, a um nome, a nacionalidade, a preservar sua identidade, a liberdade de expressão e opinião - devendo ser ouvida em todo processo judicial que lhe diga respeito -, à liberdade de pensamento, consciência, de crença, de associação.

No mesmo sentido, Dias (2021, p.71), uma vez que esta enfatiza a necessidade de um tratamento especial até os 18 anos, devido uma vulnerabilidade e fragilidade destes indivíduos que estão em desenvolvimento. Ainda, Dias destaca que a criança, adolescente e jovens tem com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Contudo, salientou a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente como microsistema que reconhece esses indivíduos como sujeitos de direito, pautado nos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando conduzi-los à maioridade de forma responsável e garantido o pleno gozo de seus direitos fundamentais.

Conforme assentado por Maria Beneci Dias acima, o Estatuto da Criança e Adolescente, rege e preconiza diversos direitos da(s) criança(s) e adolescente(s), visto que, no artigo 4º e 100º, parágrafo único, II, dispões expressamente acerca do princípio da prioridade absoluta ao infantojuvenil, *in verbis*:

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.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

Além disso, no art.5 do Estatuto da Criança e adolescente, preconiza a parte final do dispositivo constitucional (art.227), traduzindo-se por certo no reconhecimento da Criança e do adolescente como sujeitos de direito, uma vez que a norma em comento, proibi qualquer conduta de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste contexto, Guilherme Freire de Melo Barro (2021, p.30), esclarece que o Código de Menores e o Estatuto da Criança e Adolescente mudaram a percepção da criança e do adolescente de objeto de proteção para sujeito de direito, evidenciando que eles têm direitos e que toda a sociedade - pais, responsáveis e poder público - deve observá-los.

Por sua vez, no que concerne o instituto da guarda, este foi abarcado pela lei especial (ECA), tendo previsão expressa no art. 33 e seus parágrafos, nos seguintes termos:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
 § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

Entretanto, conforme leciona Dias (2021, p. 394), embora a expressão “guarda” contida no diploma especial (ECA), reproduza terminologicamente o mesmo daquele constante na norma geral (CC). Entretanto, cabe ressaltar que, no âmbito do ECA, a guarda tem significado diverso, uma vez que, aciona-se somente quando a situação da criança ou adolescente é de ameaça, ou violência (art.98, do ECA), ou quando estes não convivem com qualquer dos pais.

Com efeito, Dias (2021, p.396), salienta que, como o intuito encontra-se abrigo tanto no Código Civil, quanto no Estatuto da Criança e Adolescente, tal fato, muitas vezes, acarreta confusão processual, quanto a competência da ação.

Logo pode-se conferir esse entendimento, do Conflito de competência, Nº 51065031320248217000, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leandro Figueira Martins, Julgado em: 11-04-2024, uma vez que em seu voto o Des.Rel. Leandro Figueira Martins, assentou que:

[...] à competência do Juizado da Infância e da Juventude, rezam os artigos 98 e 148, parágrafo único, alíneas "a" e "g", do ECA:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

[...]

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;

[...]

g) conhecer de ações de alimentos" (grifou-se).

Nada obstante o exposto e ser notório o desajuste nas relações, não se identifica, concretamente, qualquer medida formal com efeitos concretos no âmbito da Infância e da Juventude, estando o conflito vinculado, primordialmente, às questões ligadas ao direito de família.

Assim, ausente, observado o objeto da lide, situação de incidência do disposto no artigo 98 do ECA, o que, salienta-se, sobretudo em função do previsto no artigo 227 da CF/88, não impede que medidas pertinentes à proteção da menina sejam avaliadas, havendo, no caso, relação dinâmica e sujeita à modificação, com incontestável incidência da cláusula *rebus sic stantibus*.

Cabe ressaltar ainda, no que compete estritamente ao princípio da proteção integral, que abarca o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, entre outros princípios norteadores que preconizam a criança e o adolescente no centro da questão.

É, como preleciona, neste sentido:

[...] os denominados, pela própria Constituição Federal (art. 227, § 3.o, V), princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, na verdade, integram o princípio da proteção especial ou integral, constante do art. 227, § 3.o, caput ("o direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos..."). Eles são aplicáveis apenas ao contexto do adolescente infrator, quando recebe medida privativa da liberdade. Eis por que não podem ser considerados princípios norteadores do Direito da Infância e da Juventude. Como subprincípios: a) brevidade: encontra similar na duração razoável da prisão cautelar, no processo penal. Entretanto, possui maior amplitude, pois a privação da liberdade do adolescente deve ser a mais breve possível tanto na fase cautelar quanto após a decisão de internação. Conecta-se aos dois outros que vêm a seguir; b) excepcionalidade: seu semelhante, no processo penal, é a presunção de inocência (aplicável igualmente ao adolescente), que dá ensejo ao caráter excepcional das medidas cautelares restritivas de direitos. Se o réu é inocente até sentença condenatória definitiva, logicamente a sua prisão cautelar somente pode ocorrer em situação excepcional. No caso do adolescente, pela sua própria condição de pessoa em formação, a segregação é a *ultima ratio* (última opção); c) condição peculiar de pessoa em desenvolvimento: no cenário da privação da liberdade do adolescente, entende-se a preocupação do constituinte, afinal, a segregação pode afetar gravemente a formação da personalidade do jovem. Aliás, a privação da liberdade é capaz de modificar até mesmo a personalidade do adulto, portanto, com muito mais força o fará no tocante ao menor de 18 anos. Por isso, a orientação ao juiz é tríplice, ao impor uma internação: observe que se trata de pessoa em desenvolvimento físico-mental, de modo que a privação da liberdade precisa ser excepcional e breve. (Guilherme de Souza Nucci (2018, p.29).

Ainda nos ensinamentos de Nucci (2018, p 2018), a proteção integral, tem como em seu núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é levado ao

extremo quando entra em conflito com os dos adultos, uma vez que, a criança e adolescente possuem uma hiper dignificação de suas vidas, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regular ou limitar o gozo de bens e direitos. Essa maximização da proteção precisa ser eficaz, ou seja, consolidada na realidade da vida e não apenas prevista em dispositivos abstratos. Caso contrário, deixa-se de visualizar a proteção integral para se constatar uma proteção parcial, desrespeitando não apenas o princípio em questão, mas também a Constituição e a lei ordinária. A proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social.

Deste modo, se tem que a proteção integral sempre vai colocar o(a) infante acima dos direitos dos genitores, ou seja, análise de eventual aplicação de modalidade de guarda, será bem abalizada pelo poder judiciário, ilustra-se do posicionamento exarado do acordão, junto a apelação 0013112-19.2017.827.0000-TO, 4ª Turma da 1ª Câmara Cível, rel. Maysa Rosal, 16.08.2017: Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, insculpido no artigo 227 da CF e no art. 1º do ECA – Lei no 8.069/90. 2. Autora que afirmou possuir melhores condições de exercer a guarda da criança, não trazendo nenhuma prova aos autos (art. 373, I, do CPC). 3. Somente em casos excepcionais pode-se alterar a guarda da criança, e embora no caso esta estivesse com a avó paterna, o genitor vivia com ambas, devendo a criança permanecer no status quo, pois vive em harmonia, mantendo-se a ‘organização familiar’, e a alteração causaria, no mínimo, incertezas. Estudo psicossocial favorável à guarda do genitor. 4. Recurso de apelação conhecido a que se nega provimento”.

4 A GUARDA NIDAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Prefacialmente, cabe tecer o que seria o tão sustentado princípio do melhor interesse da criança e adolescente, princípio norteador que deve transitar sobre as relações familiar, uma vez quem deve ser protegido e menor, devendo os pais, adultos, terem isto em mente.

Com isto, ressalta-se que o supramencionado princípio teve sua origem na Europa, precisamente na Inglaterra - *parens patriae*, nas palavras de GRIFFITH (1991): “a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica”. Na mesma esteira, Tânia Da Silva Pereira:

O princípio do *parens patriae* é particularmente relevante nas leis referentes à guarda. A autoridade, antes inerente às Cortes de Equidade, foi atribuída aos tribunais conforme a codificação de cada Estado. As Cortes detêm o dever de supervisionar os guardiães e de assegurar que eles ajam no melhor interesse de seus pupilos. Os guardiães, como "oficiais" da Corte, bem como seus pupilos, estão sempre sob o controle desta.

Neste sentido, a fim de integralizar tal princípio, o Brasil passou a desenvolver legislações específicas acerca da temática, como o Decreto nº 99.710/90, qual ratificou os termos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança: Art. 1º A Convenção sobre os Direitos da Criança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Com efeito, cabe atenta-se para art. 3.1 da referida convenção: todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

Todavia, a própria Carta Magna já preconiza tal proteção, visto que no seu artigo 227, caput, há a seguinte previsão: 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.

Deste modo, a fim de regulamentar a disposição Constitucional, além de cumprir com o pacto internacional, promulgou-se a Lei nº 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido:

A mudança de paradigma e a introdução de um novo direito da criança e do adolescente no ordenamento brasileiro encontra suas origens na ratificação da Convenção internacional das Nações Unidas sobre os direitos da criança em 1989, na campanha criança e constituinte e logo na entrada em vigor da própria Constituição (SPOSATO, 2010, p. 47, apud MENEZES; NOGUEIRA JUNIOR, p. 02).

No Estatuto, a previsão está em consonância ao dispositivo constitucional, o qual se refere aos direitos assegurados aos infantes, *in verbis*:

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)

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.

Do exposto, é indubitável afastar a aplicação do princípio na hora de decidir sobre a guarda do infante, Beatriz Picanço Florenzano, em seu artigo "Princípio do melhor interesse da criança: como definir a guarda dos filhos?" ressalta que, o princípio do melhor interesse da criança e adolescente está inserido em grande maioria das decisões judiciais, especialmente sobre no que tange a guarda dos infantes, entretanto, Florenzano, adverte que, "no que concerne ao decidir sobre a vida e guarda de um menor, ainda se observa bastante a falta de interpretação social

que melhor interesse carrega em sua essência”. Além disso, destaca que a guarda dos filhos é o direito e dever dos pais, a qual é marcada no momento em que o casal se separa e precisam definir com que a prole irá morar. Portanto, Florenzano, traz a seguinte questão: “como definir qual guarda será escolhida? Isto vai depender do melhor interesse da criança. Considera-se “melhor interesse da criança” aquilo que a Justiça acredita ser o melhor para o menor, e não o que os pais acham que seja”.

Ante o exposto do princípio do melhor interesse da criança e adolescente, claro não superadas todas as nuances a questões que pairam sob ele, cabe tecer sobre o mencionado princípio e o aninhamento (guarda nidal).

A Guarda Nidal embora pouco conhecida entre os responsáveis legais do(a) infante, em decorrência da pouca difusão desta modalidade na sociedade; ou por falta de previsão legal. Todavia, esta modalidade coloca a criança e o adolescente acima dos interesses dos pais, ou seja, aplica em sua integralidade o princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança e adolescente.

Ademais, cabe assentar que, esta modalidade de guarda é bastante utilizada e apresenta um aumento exponencial em vários países ocidentais como Estados Unidos, Austrália, Suécia, Escócia, Reino Unido e Holanda, salienta-se os dados relatados pela Maddy Savage, em seu artigo junto a BBC NEWS, intitulado *Birdnesting: The divorce trend where parents rotate homes:*

Advogados de divórcio relataram um aumento na observação de pássaros em lugares como os EUA, Austrália e Holanda. Um estudo recente do Reino Unido realizado pela Coop Legal Services sugeriu que 11% dos pais divorciados ou separados já experimentaram. Na Suécia, onde a custódia //partilhada equitativamente dos filhos tem sido comum há décadas, alguns pais divorciados trocaram de casa já na década de 1970.

Outrossim, o artigo aborda se a modalidade de ninho (guarda nidal) é realmente melhor para os interesses das crianças, neste ponto, foi exposto dois pontos de vista, um deles foi da Dra. ANN GOLD BUSCHO, PH.D., uma terapeuta da Califórnia que escreveu um livro sobre nidação. Buscho (Savage, 2021) entrevistou dezenas de famílias que incorporaram a guarda nidal num período de 15 meses, chegando ao veredito que é mais saudável para criança, porquanto ajuda as crianças se adaptarem a nova realidade familiar (rompimento conjugal dos pais) e permite que o infante mantenha as rotinas existentes.

Corroborando a visão da Buscho, Linnea Andersdotter, compartilhou sua vivência, uma vez que os pais dela usaram a guarda nidai e, quando descobriu que não precisava se mudar, isso lhe ajudou a não surtar com a situação familiar, *ipsis litteris*: eu fui mantida em uma pequena bolha segura enquanto eles resolviam a questão do rompimento (Savage, 2021).

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

Contudo, há uma visão exposta pela psicóloga infantil e cientista do Instituto Karolinsk (Estocolmo), Malin Bergström, a qual adverte contra o excesso dessa ideia de proteção, alertando para os possíveis impactos negativos na saúde mental das crianças. Essa abordagem, segundo ela, pode impedir que as crianças enfrentem e superem os desafios da separação dos pais, privando-as das oportunidades de desenvolver resiliência para o futuro. Além disso, Bergström questiona a suposição de que a nidificação é menos estressante do que o deslocamento entre as casas dos pais, apontando estudos que sugerem pouca diferença na saúde mental das crianças em comparação com arranjos típicos de guarda conjunta ou famílias nucleares tradicionais (Savage, 2021).

Outrossim, Rafaela Lehtme & Karmen Toros (2019), em sua obra *bird's nest parenting*, por seu turno, ambas pesquisadoras da Tallinn University, na Estônia, em seu estudo realizado com alguns participantes (na Estônia), constataram que de fato, em decorrência da falta de difusão da nidificação/aninhamento (guarda nidai), pela sociedade, alguns não sabiam da existência de tal possibilidade, bem como seu funcionaria, isto se constata pelo relato do Participante 6 do referido estudo, uma vez que expressou, "Nunca ouvi falar disso antes. Pode funcionar? A criança pode realmente se sentir em casa em todas as casas? Parece muito incomum, mas também parece uma solução muito boa para as crianças".

E, com esta visão do participante acima sobre a prática do ninho de pássaro foi muito positiva, ao passo que expressou "parece uma solução muito boa para as crianças", porquanto, acredita-se que, se os pais pudessem resolver suas diferenças e colaborar para criar um ambiente familiar estável e amigável, o ninho de pássaro

seria uma excelente solução para garantir que as crianças mantivessem o sentimento de lar e a estabilidade emocional durante o processo de separação.

Nesta linha também foi a participante 4, uma vez que destacou: "Isso soa como uma excelente ideia. Se eles [os pais] puderem fazer isso funcionar, seria ótimo para as crianças. Eu sempre disse que o mais importante é garantir que a criança tenha um lar. Isso parece promissor".

Contudo, Lehtme & Toros (2019), destaca que os participantes também observaram que, para que o ninho de pássaro funcione, os pais precisam estar dispostos a colocar de lado suas diferenças e trabalhar juntos em prol do bem-estar das crianças, salientando a exposição do participante 3, o qual apontou: "Se eles [os pais] puderem realmente fazer isso funcionar, acho que seria ótimo. Mas duvido que a maioria dos pais possa. Eles [os pais] precisam ser capazes de cooperar, e muitos não conseguem".

4.1. Conceito E Características Fundamentais Da Guarda Nidal - A Rotatividade Dos Pais: Vantagens E Desafios.

A Guarda Nidal ou aninhamento vem da expressão contida no latim “*nidus*” - *ninho*, uma vez que, esta modalidade de guarda a criança ou adolescente permanece na residência da família, em regra naquela que já mora(va) com os pais na constância da união, de modo que, a criança não ficara em meio uma transição de residência, porquanto, cabe aos pais fazerem o revezamento, períodos pactuados entre eles (pré-fixados).

Esta modalidade tem como objetivo a amenizar os efeitos da separação conjugal pode gerar, pois mantém o seu *status quo* da prole, desde o domicílio, rotina a eventual desnecessidade de mudança de escola e amigos.

Nesta esteira, o Ph.D. Edward Kruk (2013) - Professor Emérito de Serviço Social na Universidade de British Columbia, com especialização em políticas infantis e familiares:

Um arranjo de co-parentalidade do tipo “ninho de pássaro” é aquele que é exclusivamente centrado na criança. Em vez de os filhos terem de se adaptar às necessidades dos pais e viver em duas habitações separadas, eles permanecem na casa da família e os pais revezam-se para entrar e sair, como pássaros que pousam e saem do “ninho”. Durante o período em que os pais não estão em casa com os filhos, eles moram em uma residência separada, que pode ser isolada ou alternada com o outro progenitor.

Contudo, repisa-se que esta modalidade de guarda não há previsão expressa na legislação brasileira, todavia, sob uma ótica do melhor interesse da criança e adolescente, é muito interessante por possuir que a rotina da criança não seja alterada e, exprime o interesse dos filhos acima de qualquer outro (patrimonial ou pessoal dos pais), neste sentido, Lehtme & Karmen (2019):

A ideia principal por trás da introdução da parentalidade "ninho de pássaro" para os pais é orientá-los a entender profundamente as necessidades e o bem-estar de seu filho. Acima de tudo, a parentalidade "ninho de pássaro" foi vista como uma abordagem centrada na criança, pois prioriza os melhores interesses da criança durante os processos de divórcio. A criança permanece em sua casa, garantindo estabilidade, segurança e contato com ambos os pais. Termos como 'solução amigável para a criança', 'no melhor interesse da criança' e 'colocar os interesses da criança em primeiro lugar' foram comumente usados ao discutir a parentalidade "ninho de pássaro". O participante 3 resumiu: "Eu definitivamente acho que a parentalidade 'ninho de pássaro' está realmente no melhor interesse da criança. Isso garante à criança sua própria casa, amigos, pertences e uma sensação de segurança (tradução livre).

Por oportuno, vale ressaltar que nem mesmo na doutrina brasileira a modalidade é difundida, em poucas doutrinas você encontra, inclusive, de forma comedida. Dias (2021, p. 386):

Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além da perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de aninhamento ou nidadação. O filho permanece na residência e são os genitores que se reveza, mudando-se periodicamente cada um deles a casa em que o filho permanece, só que, nesta hipótese, há necessidade da manutenção de três residências.

Além disso, quando comentada pelos doutrinadores, estes asseveram concomitantemente no sentido da pouca ou difícil aplicabilidade em decorrência da necessidade econômica depreendida pelo núcleo familiar para o custeio desta modalidade, conforme assentado por Dias, no trecho acima colacionado, Tartuce (2017, p. 1375), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p.1083), também asseveram 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. (Tartuce).

Uma espécie pouco comum em nossa interferência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que uma criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram

em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. tipo de guarda um pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram. (haja disposição econômica para tanto!)

Como outrora visto, a guarda nidal tem como sua principal característica a manutenção da criança ou adolescente na residência da família, além disso, nesta modalidade há a periodicidade entre as alternâncias dos pais, e não da criança, conforme temos nos outros tipos de guarda, uma vez a criança sempre ficará no ninho e os pais que vão a ele. Neste respeito, Pereira (2021, p. 688), leciona que:

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

Por sua vez, em relação esta rotatividade dos genitores, cabe salientar que fica de livre encargos dos pais escolherem a melhor forma, claro, tudo sob o prisma do bem-estar da criança que ficará no ninho (casa).

Consequente, com essa rotatividade advém o principal ponto negativo amplamente asseverado pela doutrina supramencionada: a “manutenção de duas residências”; ora, já que o filho ficará no ninho, e enquanto um dos pais fica no ninho com o filho, o outro, terá que sair, com isto, urge a necessidade do custeio de outra residência além do ninho, ou, morar com os pais.

Posto isto, vale destacar que Maddy Savage entrevistou Niklas Björling, de Estocolmo, de 38 anos, o qual relatou que “ficava no quarto de hóspedes de sua mãe durante seu tempo livre dos filhos, enquanto sua ex alugava um quarto em uma casa compartilhada”. Savage também destacou que, há “os *nesters* (aquele que institui a guarda nidal) mais ricos podem optar por comprar apartamentos individuais, investir numa segunda propriedade partilhada ou converter parte da família principal num anexo de folga (Savage, 2021).

Indubitavelmente não se olvida do desafio da rotatividade, entretanto, é salutar o pensamento e posição explana por Björling, na escolha pela guarda nidal, ao passo que este destaca que foi para “manter a estabilidade para as crianças e não apenas

destruir tudo de uma vez, as crianças poderiam manter a casa, a escola e os amigos como antes, além de evitarem o estresse de se deslocarem entre duas propriedades”.

Em suma, a rotatividade exige dos pais uma organização da rotatividade, planejamento e flexibilidade, a fim de evita conflitos e mal-entendidos, neste sentido, Kruk, assenta que as disposições relativas à manutenção do agregado familiar e da casa, bem como as regras básicas, devem ser absolutamente claras e cada progenitor deve respeitar rigorosamente as disposições acordadas; com o tempo, à medida que se adaptam ao novo estilo de vida, são possíveis acordos mais flexíveis. É essencial um plano de co-parentalidade claramente elaborado ou um cronograma negociado desde o início. O respeito mútuo contínuo é vital; e embora seja razoável presumir que haverá discussões ou desacordos sobre vários aspectos do acordo, é fundamental que as crianças sejam protegidas de conflitos contínuos.

4.2. O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente - Fundamentação legal e Jurisprudência sobre a guarda nidal

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente, conforme anteriormente decantado, está amparado desde da nossa carta magna (art.227, caput, CF), ao diploma específico que foi promulgado (ECA, Lei 8069/90), com fito regulamentar especificamente os direitos esculpidos no dispositivo constitucional, como também, aqueles direitos incorporados pelo Brasil, através dos tratados internacionais.

Dentre os diversos princípios que consubstanciam o Direito da Criança e do Adolescente e que goza do status da primazia das suas necessidades como critério de interpretação da lei, destaca-se o interesse superior da criança, ao qual se deve conferir uma interpretação extensa e sistêmica de seu alcance, orientador de todos aqueles que irão aplicá-lo na garantia dos direitos fundamentais, enquanto sujeito de direitos e titular de todos os direitos: sempre o que for melhor para a criança e para o adolescente. (...) O superior interesse da criança e do adolescente é um princípio que, por sua natureza e extensão, está inserido nos documentos e tratados internacionais e interamericanos de proteção dos direitos humanos, como um instrumento de proteção e garantia para uma população que, também, por sua própria natureza, é especial, priorizada, portanto, pelo direito humanitário. (...) Esse princípio do best interest of the child ou o melhor interesse da criança é peremptório em atribuir ao Estado a obrigação de colocar a criança e o adolescente acima de todos os interesses, com prioridade absoluta como mandamento constitucional constante do art. 227, uma construção embasada nesse princípio como dever social, moral e ético, compartilhado com a família e a sociedade e com todos os habitantes do território nacional sob sua jurisdição, como um dever de todos” (Hélia Barbosa, A arte de interpretar o

princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos, p. 19-24).

Entretanto, o supramencionado princípio no tocante ao objeto da guarda conjunta, tanto, em sua modalidade convencional, quanto na modalidade do ninho (guarda nidal), tem um olhar para o direito da criança e do adolescente a convivência com o(s) genitor(es), refletindo este direito como o melhor interesse para o infante.

Neste sentido, Guilherme Dolabella e Samili Woichekoski (2022), ao passo que destacam o novo Enunciado 672 da IX Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

ENUNCIADO 672: Art. 1.589, parágrafo único: O direito de convivência familiar pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais as crianças ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse. (O enunciado cancela o enunciado 333, da IV JDC).

Para Dolabella e Woichekoski, o enunciado inovou uma vez que, altera o entendimento anterior, representado pelo Enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil, substituindo o "direito de visita" pelo "direito de convivência familiar". Salientam que a mudança visa assegurar o melhor interesse da criança ou adolescente, conforme previsto no artigo 227 da Constituição Federal, e reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 15, *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

Art. 15. A criança e ao adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis - ECA.

Destaca-se que, a(s) jornada(s) tem o fito estabelecer padrões interpretativos e atualizações legislativas, doutrinarias e jurisprudências em consonância com a legislação civil em vigor.

A jurisprudência atual no Brasil sempre preza para o melhor interesse do infante, de modo que, em regra, aplicam a guarda compartilhada, uma vez que no olhar dos magistrados é a modalidade que melhor atende-se os interesses do infante.

De tal forma, a guarda nidal não se destoa da guarda compartilhada no seu núcleo, uma vez que, ambos os pais mantêm a guarda do infante, as

responsabilidades e os deveres, todavia, na guarda compartilhada temos uma residência fixa para criança e adolescente, sendo ela a da mãe ou do pai. Contudo, na guarda nidal, também temos uma residência fixa, entretanto, ao invés de se decidir qual das (pai ou mãe), a residência fixada é a que a família convivia ou outra de comum acordo dos responsáveis, mas ambos os pais convivem naquela residência, claro de forma alternada, conforme anteriormente explanado.

Outrossim, insta consignar que a modalidade da guarda nidal começou a ser citada nas decisões dos(as) magistrados(as), ou seja, embora rara, há de se ter um olhar para esta opção, como qualquer outro tipo de guarda, ainda que, há amparo legal, dito isto e, a fim de dar azo as asseverações acima, colaciono o entendimento jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. TERMO INICIAL. PARTILHA DE BENS. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. SUCUMBÊNCIA. 1. O termo inicial da relação fica estabelecido como sendo a data em que ambas as partes admitem que passaram a viver sob o mesmo teto, requisito que, embora não essencial à caracterização da união estável, se mostra como a maior evidência da intenção de constituir família. 2. Partilha modificada em parte, excluindo-se os bens que não foram adquiridos onerosamente na constância da relação. 3. Se muito reservadas são as chances de bom êxito no estabelecimento de guarda compartilhada, e sobretudo na alternada (como no caso), praticamente certo é o prognóstico de seu insucesso, em situação como a dos autos, onde os requisitos para sua instituição não estão minimamente presentes, pois está evidente que: a) a falta de acordo entre os pais é influenciada por questões não relacionadas aos melhores interesses da criança (a saber: a incapacidade de superar rancores conjugais); b) os genitores comprovadamente não ostentam habilidade em cooperar na tomada de decisões sobre a criança na extensão requerida pelo estabelecimento da guarda conjunta; c) os pais mostram-se incapazes de estabelecer uma convivência civilizada e respeitosa. Guarda atribuída ao pai, ante a ausência de apelação por parte da mãe, e considerando a resistência da criança em aceitar a figura materna. 4. A verba alimentar em prol das filhas, cuja guarda permanece com a mãe, mostra-se adequada, pois o patrimônio partilhável evidencia que o ganho real do varão é bem superior ao alegado. 5. Encargos sucumbenciais redimensionados, para guardar melhor proporção ao decaimento de cada parte. 6. Determinação, de ofício, para que o menino seja submetido a psicoterapia continuada, custeada por seu guardião, a fim de ser amparado na sua reconstrução emocional depois da exposição a todos os fatos narrados nos autos, buscando sempre a restauração dos laços com a mãe. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível, Nº 70013817895, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 25-01-2006). APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. A guarda compartilhada, prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, pode ser imposta pelo Juiz, desde que verificadas as condições que melhor atendem os interesses dos menores. Implementada a guarda compartilhada, fica prejudicado o pensionamento em favor dos filhos, uma vez que os encargos com as crianças passam ser de responsabilidade de ambos os genitores. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. (Apelação Cível, Nº 70035274794, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir

Fidelis Faccenda, Julgado em: 20-05-2010). Assunto: Direito de Família. União estável. Reconhecimento. Dissolução. Alimentos. Pensão. Descabimento. Filho menor. Guarda compartilhada.

E, repisa-se que a guarda nidal é uma modalidade de consenso, de modo que, às vezes saindo os pais do estado beligerantes, sentando em uma mesa de conciliação, acabam visualizando o modelo como uma viabilidade.

Nesta linha de raciocínio, destaca-se à notícia do núcleo de Comunicação do Fórum de São Luís no Estado do Maranhão, onde foi proferida uma decisão no Centro de Conciliação e Mediação de Família do Fórum Des. Sarney Costa, que assegurou a guarda compartilhada na modalidade ninho para duas crianças, ressaltou a magistrada Joseane de Jesus Corrêa Bezerra, em sua decisão homologatória que, a medida prioriza o bem-estar e a estabilidade das crianças após o divórcio dos pais, *ipsis litteris*, “esse casal é maduro e responsável, optando por manter as filhas com essa possibilidade de não haver uma mudança efetiva na rotina das crianças que moram com os pais, apenas alternando a presença de cada um na residência”.

Contudo, destaco que a posição exposta pela advogada Priscila Corrêa da Fonseca, ao passo que em sua matéria intitulada, “Pílulas sobre a guarda nidal”, publicada junto ao site Migalhas, colacionou diversos entendimentos jurisprudenciais acerca da nidificação, de tal forma que, esta destaca que, “a jurisprudência admite abertamente essa modalidade de guarda, mas também - nem poderia - a impõe”.

4.3. Guarda nidal - Superando desafios visando as vantagens – Atuação multiprofissional

Inicialmente, infere-se do todo exposto outrora que, há divergência de opiniões sobre a eficácia da guarda nidal, alguns defendem que é benéfica para a criança ao facilitar sua adaptação à nova realidade familiar e manter suas rotinas, outros levantam preocupações sobre seus possíveis impactos negativos na saúde mental das crianças ao evitar que enfrentem os desafios da separação dos pais.

Ademais, foi colacionado as opiniões dos participantes de um estudo sobre o assunto, que refletiam tanto otimismo quanto preocupação com a prática da guarda nidal. Enquanto alguns participantes consideram a guarda nidal uma solução favorável para as crianças, enfatizando a necessidade de cooperação dos pais para criar um ambiente familiar estável, outros expressam incertezas sobre a capacidade dos pais de cooperarem efetivamente para fazer esse arranjo funcionar.

Contudo, há as preocupações basilares exposta por alguns dos nossos doutrinadores, sendo elas, a questão financeira do custeio de duas/três residências, que anteriormente foi debatida no campo da possibilidade de arranjos (anexo da casa, voltar morar com a mãe, alugar um quarto compartilhado etc).

Entretanto, ainda que a questão financeira pese na hora da escolha da desta modalidade, conforme assentado pelos doutrinadores (Dias, Pamplona, Tartuce entre outros), para o advogado britânico, Stephen Williams, especialista em direito de família, vê que a questão financeira pode ser vista de outro lado (positiva), uma vez que, na instituição da guarda nidal, o casal tem uma redução com processo judicial, impostos relacionados à venda da casa. Saliento ainda a percepção do advogado, no que concerne a motivação de principal para o aumento da modalidade nos pais europeus: “conscientização sobre a saúde mental das crianças” (Savage, 2021).

Alguns casais também são atraídos pelo aninhamento porque pode ser uma solução mais econômica, por exemplo, reduzindo as custas judiciais ou atrasando os impostos ligados à venda de casas, de acordo com Stephen Williams, sócio de direito da família numa outra firma britânica, a Ashtons Legal. (Tradução livre). Maddy Savage - Birdnesting: a tendência do divórcio em que os pais alternam as casas.

Ademais, há a posição Kruk (2013), ao passo que ele assevera que a despesas envolvidas vai depender “se os pais providenciam uma ou duas residências fora da casa da família. No primeiro caso, a nidificação de pássaros não precisa ser mais cara do que a dos pais que vivem em duas famílias separadas. Pode até ser menos dispendioso do que manter duas casas para os filhos, pois a residência externa pode ser muito mais modesta se os filhos não aí residirem; um apartamento ou estúdio de um quarto provavelmente fornecerá espaço mais do que suficiente. Além disso, os pais não têm de comprar dois conjuntos de brinquedos e roupas para as crianças, como podem decidir fazer se as crianças estiverem em rotação entre dois agregados familiares”

Ou seja, a questão financeira se estende para um olhar além do custeio com residência, mas também com as necessidades do infante - roupa, mobília para um novo quarto, brinquedo, de modo que, se aplicando a guarda nidal, não se tem este custo.

Além do ponto acima destacado acerca da financeira, tem outras dificuldades que eventualmente poderá dificultar a implementação do birdnesting. Sendo a

primeira delas alertada por Lehtme & Toros(2019), o surgimento de novas(os) parceiros na vida dos pais, o que complica ainda mais a dinâmica familiar e logística para a implementação da guarda nidal.

Todavia, a questão mencionada anteriormente por Lehtme & Toros não foi um obstáculo para a Bodil Schwinn, uma vez que, ela relata o seguinte: "Você precisa ter um bom relacionamento com seu ex", ela e o ex-parceiro escolheram instituir o *birdnesting*, e já com um período de 2 anos, pretendem manter o acordo por pelo menos mais 18 meses. Também aduz que, ela e seu ex-parceiro contribuem para as compras da casa e nunca discutem questões relacionadas à divisão de alimentos, "apenas lidamos com isso". Savage (2021), destaca que Schwinn estabeleceu um limite para a nova namorada de seu ex passar noites na casa familiar a cada duas semanas, então eles concordaram em adaptar o escritório para acomodar a nova namorada. Por fim, Schwinn, ressalta que: "Muita gente acha que isso é muito estranho, mas estou bem com isso. Estou muito feliz que ele esteja feliz e tenha encontrado alguém". (Savage, 2021).

Nesta linha, o outro obstáculo, assentado por Lehtme & Toros (2019), é a necessidade crucial de cooperação, mutualidade e confiança entre os ex-parceiros para que o aninhamento funcione. De tal forma que estes ponderam que o aninhamento é frequentemente considerado uma solução temporária nos estágios iniciais da separação, o que pode limitar sua viabilidade como uma opção de longo prazo para algumas famílias.

Corroborando o entendimento de Lehtme & Toros (2021) no tocante a temporalidade da nidação, o advogado de direito de família Ben Evans, aduz que a nidificação funciona para alguns casais, porquanto pode ajudar o casal a ganhar um pouco de tempo e aliviar a pressão sobre eles. Com isto os pais podem avaliar melhor os seus passos futuros, inclusive, evitando decisões impulsivas ou dispendiosas.

No mesmo sentido, Buscho (2022), uma vez que assevera que o período da nidificação proporciona um "espaço para respirar" e pensar em como vai ser o plano de co-parentalidade ao longo prazo.

Todavia, quando se fala em co-parentabilidade ao longo prazo, pensa-se na questão suscitada por Lehtme & Toros (2019), que o aninhamento é frequentemente considerado uma solução temporária nos estágios iniciais da separação, o que pode limitar sua viabilidade como uma opção de longo prazo para algumas famílias.

Ora, conforme amplamente assentado a nidação é uma modalidade pensada, abraçada pelos pais, aliado ao consenso e mutualidade, embora estes elementos deve consubstanciar em todas as modalidades de guarda, na nidada é essencial para seu bom funcionamento, de tal forma que, não são todas os núcleos familiares que conseguem implementar.

Nesse diapasão, colaciona-se o relato da Åse Levin (Savage, 2021), uma designar gráfica de Estocolmo, que tentou implementar o *birdnesting* durante seis meses depois a ruptura conjugal, ela e o marido alternavam entre a casa que os dois filhos ficaram, com o quarto de aluguel que ambos alugaram em conjunto. Levin aduziu que: “Eu sei que nós dois estávamos muito ansiosos por estar naquele apartamento... você não tinha suas coisas, então não era um lugar aconchegante para ir”; “Você está preso em algum tipo de bolha ou algo assim, você não pode fazer nada. Você não pode seguir em frente.”

Portanto, destaca-se a posição da psicóloga Bergström, ao passo que esta suscita que a nidação, para alguns, pode ser prejudicial, psicologicamente, uma vez que, atrasaria a capacidade de compreensão da(o) companheira(o) em relação o fim da relação. “O desejo natural após o divórcio como pai é criar sua própria vida, enfrentar a situação, seguir em frente”, ela argumenta. “E acho que a nidificação de pássaros funciona contra esse desejo.”

Outrossim, atente-se a visão do Björling, que conforme anteriormente explanado, implementou o *birdnesting*, porém com o passar o tempo, o ex-casal acabou com a nidação, ao passo que este aduz: “Não me arrependo de ter feito isso... Mas você quer ficar totalmente livre depois de um tempo”.

Contudo, em outra seara e como já mencionado anteriormente, esta modalidade tem como característica a manutenção da prole na residência da família (ninho), sendo não apenas a principal característica deste tipo de guarda, mas também uma de suas vantagens, conforme observado pelo advogado britânico Stephen Williams, que aponta para a diminuição da eventual venda da casa e seus custos. É importante ressaltar também a posição expressa por Lehtme & Toros (2019):

A criação de ninhos de pássaros utiliza todas as vantagens da custódia compartilhada, ao mesmo tempo em que previne suas fraquezas, garantindo que as crianças tenham tanto um lar estável quanto a continuidade de seu estilo de vida anterior, e a possibilidade de viver a vida cotidiana com ambos os pais. O principal objetivo desse arranjo é evitar interrupções na vida das crianças; mantendo a rotina, continuidade e permanência aos quais estão

acostumadas ao permanecer na casa da família, onde suas amizades na escola e no bairro podem continuar sem interrupções e elas podem manter relacionamentos significativos com ambos os pais, o que é crucial para seu bem-estar contínuo(...).A abordagem centrada na criança deriva da consideração dos interesses da criança ao tomar decisões sobre ela, levando em consideração as necessidades da criança como primeiro passo (Toros et al. 2013). Esse princípio também é central na criação de ninhos de pássaros, pois enfoca as necessidades e o bem-estar das crianças, deixando de lado as necessidades e desejos dos pais.

Neste mesmo sentido Buscho (2022), destaca três coisas importantes no *birdnesting*, e como ajudara os filhos e os pais: 1) A continuidade de rotinas estáveis para seus filhos, os conflitos, especialmente entre os pais, são os que mais prejudicam as crianças. A separação é dolorosa e esmagadora para as crianças e o aninhamento torna-a mais fácil para elas. Eles ficam na mesma casa e suas rotinas não mudam. Isso dá aos seus filhos tempo para se ajustarem às mudanças; 2) Uma pausa na tensão entre você e seu cônjuge, o aninhamento protege seus filhos do conflito entre você e seu parceiro. Você obtém uma trégua das dificuldades em seu casamento. O aninhamento também proporciona a vocês, pais, tempo para se reorganizarem e se estabilizarem; 3) De desenvolver a co-parentalidade enquanto descobre seus próximos passos, pode facilitar um relacionamento de co-parentalidade sem mover os filhos entre duas casas, os pais terão o tempo necessário para se concentrar no futuro do seu relacionamento. Por fim, Buscho ressalta que há de se ter um pouco de confiança em seu cônjuge, colocando as necessidades dos seus filhos à frente do conflito.

Outrossim, ressalta-se que, as dificuldades permeiam todas as modalidades de guarda, independente qual seja ela quando não há confiança, maturidade e diálogo entre os pais (adultos), embora estejam enfrentando o rompimento conjugal, há de se ter em vista a criança e adolescente (infante) que surgiu daquela relação.

Em consonância ao pensamento acima, ressalta-se o voto-vista da Min. Nancy Andrihi, no Resp. 1.838.271/SP (2018/0273102-3) julgado em 06/04/2021, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanverino, ao passo que a Ministra em seu voto-vista destacou que, “vida é fluida, o tempo é influente sobre as pessoas, que evoluem, que amadurecem, razão por que exorto às partes para que vençam os obstáculos que a impedem de, juntas oferecer um desenvolvimento completo, amoroso e sadio a sua filha”; ainda em seu voto, a Ministra colacionou o ensinamento de Waldir Grisard Filho, uma vez que o autor salienta que não é o litígio que impede a guarda conjunta, mas o

empenho de litigar, o qual corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo, e que com isto, “nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente”.

Com efeito, no campo jurídico, os operadores do direito têm o papel crucial em fazer uma análise do *in casu*, perquirindo se o *birdenesting*, aplica-se ao melhor interesse do infante e do ex-casal, além disso, o causídico(a) deve ter em mente os métodos autocompositivos, evitando o litígio, a contenda judicial, ora, cabe repisar que a guarda nidal, por si só é em sua essência é de um consenso dos pais.

Nesta linha, advogado Ataides Gonçalves da Silva Souza:

A guarda nidal visa proteger a criança do processo de separação dos pais, minimizando o quanto for possível as mudanças que serão sentidas a partir do divórcio. Por isso, envolve diversos direitos básicos como o direito à educação, ao cuidado e à saúde, mas também direitos relacionados à proteção do menor e à personalidade. Para que uma modalidade de guarda seja regulamentada, é necessário recorrer a via judicial. Por isso, é indispensável que se busque auxílio de um advogado especialista em direito de família para garantir os melhores resultados. O pedido de guarda deve conter todos os documentos e provas que comprovem as condições do menor e da pessoa que solicita a guarda. Assim, o juiz poderá determinar a modalidade de guarda que melhor se aplica para o menor em questão. No entanto, o juiz também pode recomendar a intervenção de outras entidades nas relações entre pai e filho, determinando o acompanhamento de psicólogos e de serviço social. Neste processo, o advogado pode ressaltar a importância de estabelecer a guarda nidal, delimitando seus benefícios ao caso em análise. O direito de guarda é uma questão de extrema importância para a proteção e o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes. Por isso, é fundamental que se busque um profissional experiente para auxiliar no processo de regulamentação da guarda nidal. Assim, a regulamentação da guarda poderá ser efetivada de maneira a proteger a criança de todo o processo conturbado de divórcio.

Ademais, conforme destacado pelo advogado supramencionado, “o juiz também pode recomendar a intervenção de outras entidades nas relações entre pai e filho, determinando o acompanhamento de psicólogos e de serviço social”. Tal premissa encontra-se respaldo no ordenamento jurídico, *in verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
 § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Todavia, a forma acima apresentada e em um cenário que há um expediente processual, de modo que, juiz sob análise daquela equipe técnica avaliará se de fato os pais têm condições de implementar a guarda nidal.

Não obstante, ressalta-se os ensinamentos de Águida Arruda Barbosa (2014), uma vez que, este defende a mediação familiar, composta por uma equipe multiprofissional, que tenham competência técnica especialização interdisciplinar, a fim de entender e compreender o sofrimento daquele núcleo familiar, prestando um suporte psicológico aos envolvidos

Além disso, Barbosa, assenta a importância de da interdisciplinaridade como forma de complemento a mediação famílias, porquanto, segundo ela, a ética do cuidado e conhecimento pós-moderno não favorecem a linguagem interdisciplinar.

Interdisciplinaridade também comporta ter aqui seu contorno, visto que seja complementar à mediação familiar. A ética do cuidado e o conhecimento pós-moderno exigem linguagem interdisciplinar. Hilton Japiassu atribui conceito de natureza universal à interdisciplinaridade: “corresponde a uma evolução dos tempos atuais, resultante de um caminho irreversível, vindo preencher os vazios deixados pelo saber proveniente das áreas de especialidade do conhecimento, constitui importante instrumento de reorganização do meio científico, a partir da construção de um saber que toma por empréstimo os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de um nível hierarquicamente superior, desencadeando uma transformação institucional mais adequada ao bem da sociedade e do homem.” **Portanto, a interdisciplinaridade não é a atuação de diferentes profissionais, como o trabalho conjunto, por exemplo, de advogado com psicólogo, mas se trata da ampliação do conhecimento de uma ciência pela colaboração de outros saberes. Esta é, aliás, a formação que se espera de um mediador.**

Outrossim, Müller Fernanda Graudenz, Beiras Adriano, Cruz Roberto Moraes, salientam que o mediador pode ser um advogado, um médico, um sociólogo, um assistente social, um psicólogo, dentre outros. Todavia, Muller adverte que o profissional encarregado da mediação deve, primeiramente, perceber quais os aspectos psicológicos que estão por trás do conflito que as partes expõem, de modo que, embora seja possível outros profissionais exercerem como mediador, o psicólogo se coloca como um importante profissional nessa área.

Nesta linha, Costa, Campos & Cruz (2016, p.1) enfatizam a necessidade de "uma constante atualização no domínio de dispositivos legais básicos provenientes do Código Civil vigente, que contempla algumas das novas formas de configurações familiares, especialmente aos psicólogos que atuam em Varas de Família".

Ainda, Roberto Moraes Cruz ressalta que, por fim, a mediação familiar conduzida por profissionais da psicologia tende a oferecer mais recursos e uma análise mais sensível de elementos que outros profissionais talvez não deem

importância, como os aspectos emocionais ou aqueles que ultrapassam o discurso objetivo, podendo ser compreendidos como manifestações da subjetividade.

Contudo, cabe ressaltar que uma análise minuciosa tanto dos profissional do campo jurídica (advogado, Ministério Público, Defensor Público), quanto do expert da área da psicologia designado para aquele caso, devem estar pautada em um olhar pró-infante, verificando as nuances do núcleo familiar e a viabilidade da implementação do *birdenesting*, *oferecendo* confiança para eventual homologação do acordo pelo Poder judiciário.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho realizou uma análise aprofundada, investigando a eventual viabilidade da aplicação da guarda nidal nas rupturas conjugais em consonância com o melhor interesse da criança e do adolescente no Brasil, país no qual não há previsão legal dessa modalidade.

Desde já, verifica-se que se apresenta uma viabilidade e potencial para ser implementada no país, baseada em uma interpretação evolutiva do direito de família e na priorização do melhor interesse da criança e do adolescente. Em uma análise minuciosa na doutrina, ainda que escassa, bem como na jurisprudência e nos princípios como o melhor interesse da criança e do adolescente e a proteção integral, constata-se que essa modalidade de guarda (nidial, aninhamento, nidificação ou *birdnesting*) encontra-se viável em nosso contexto nacional, embora tenha que ser analisada caso a caso, não sendo adequada para todos os núcleos familiares.

Além disso, é importante ressaltar que, embora seja inovadora e benéfica para a modalidade em questão, esta não se aplica a todas as crianças e famílias. Para a implementação da modalidade em um determinado núcleo familiar, é necessária uma avaliação cuidadosa dos prós e contras, incluindo questões emocionais e financeiras da família.

Verificou-se que, embora seja de fato um ponto desafiador a questão financeira, especialmente em um cenário brasileiro onde a maioria das famílias é hipossuficiente, existem possibilidades a serem consideradas para que a implementação seja viável. Conforme salientado por estudos elaborados por Rafaela Lehtme e Karmen Toros (2022), a guarda nidal, como uma forma de convivência de transição pós-divórcio, pode ser adotada por famílias de médio e baixo poder econômico, desde que o instituto seja difundido e adotado como uma opção em um cenário de rompimento matrimonial.

Outrossim, a questão emocional é presente em todas as modalidades de guarda (unilateral, alternada e compartilhada), de modo que, embora seja desafiadora para os pais, é necessário ter em mente o melhor interesse da criança e do adolescente, que muitas vezes estão mais fragilizados durante esse processo. No entanto, existem formas de minimizar as dificuldades emocionais, como evidenciado pelos depoimentos colhidos nos estudos realizados por Rafaela Lehtme e Karmen Toros(2019), bem como nas entrevistas conduzidas por Maddy Savage (2021).

Não obstante, a escassa divulgação da modalidade no meio jurídico prejudica os princípios basilares do direito das famílias e das crianças. Isso leva as famílias que poderiam ter condições (emocionais e financeiras) para implementar a guarda nidal a recorrerem às modalidades "tradicionais", que não atendem integralmente aos seus interesses, como a guarda nidal poderia proporcionar.

Diante do exposto, a guarda nidal é viável nos núcleos familiares brasileiros e deve ser amplamente difundida na sociedade para proporcionar essa opção às famílias que desejam adotá-la, mesmo que temporariamente. É importante abraçar as diversas realidades familiares existentes e tuteladas pela Constituição Federal. Excluir essa modalidade de guarda da sociedade com base em premissas negativas, especialmente estritamente relacionadas à questão financeira, é inadequado para com as famílias e para com o direito das famílias, que atualmente está pautado na afetividade. Já há muito saímos do prisma econômico e patrimonial quando falamos de direito das famílias.

REFERÊNCIAS

ACKER, Maria Teresa Vianna Van. **Grécia: a vida cotidiana na cidade-Estado**. São Paulo: Atual, 1994.

ALVES, A. P.; ARPINI, D. M.; CÚNICO, S. D. **Guarda compartilhada: perspectivas e desafios diante da responsabilidade parental**. Estudos e Pesquisas em Psicologia, v. 15, n. 3, p. 916–935, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=451844505008>. Acesso em: 21 abr. 2024.

ALVES, Jose Figueirêdo. **Famílias Pluralizadas: nova doutrina e experiência judiciária**. In: Pereira, Rodrigo da Cunha. Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

AMIN, Andréa Rodrigues...[et al.]. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. 3.ed. São Paulo, JusPODIVM, 2022.

ATAIDE JUNIOR. **Destituição do poder familiar**. Vicente de Paula Ataide Junior. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, A. A. **Guarda Compartilhada e Mediação Familiar - uma parceria necessária**. 2014. (Mestrado em Direito Civil) – FDUSP. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-ArrudaBarbosa-Guarda-Compartilhada-e-media%C3%A7%C3%A3o-familiar-parceria.pdf>> Acesso em 13 abr. 2024.

BARBOSA, Hélia. **A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos**. Revista de Direito da Infância e da Juventude. Coord. Richard Pae Kim e João Batista Costa Saraiva. v. 1, ano 1. São Paulo: RT, jan.-jun. 2013.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 201-213.

BOWLBY, J. **Separação: angústia e raiva**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BUSCHO, A. G. (2022, 15 de novembro). O Guia dos Pais para Birdnesting: Uma solução centrada na criança para a coparentalidade durante a separação e o divórcio. Disponível em: <<https://drannbuscho.com/>>. Acesso em 13 abr. 2024

CARDOSO, Graziela Moraes; BRAMBILLA, Pedro. **A evolução histórica da instituição familiar e o conceito de família**. [online]. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/4951/4812>. Acesso em: 15 out. 2023.

CÓDIGO DE HAMMURABI. **Família e Incesto na Babilônia Antiga**. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10797/10797_3.PDF. Acesso em: 15 out. 2023.

COSTA, F. N., Campos, I. C. M., & Cruz, R. M. **Atuação do Psicólogo no Campo Jurídico**. Florianópolis, SC. Disponível: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/FkyVxF7ZJc7nKpLLGbvtKzJ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso: 13 abr 2024.

CRUZ, R.M. et al. **O trabalho do psicólogo no campo jurídico**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005. Disponível em <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-papel-do-psicologo-juridicono-avaliacao-da-guarda-dos-filhos>> Acesso em 13 abr. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador, JusPODIVM, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Reforma do Código Civil Direito das Famílias**. [online]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-24/a-reforma-do-codigo-civil-direito-das-familias/>. Acesso em: 17 mar.2024.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 27. ed. Vol. 5. Direito de família. São Paulo: Saraiva.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/333537/mod_resource/content/0/ENGELS_A%20origem%20da%20familia.pdf . Acesso em: 19 nov. 2023.

FONSECA, Priscila Corrêa da Fonseca. **Pílulas sobre a guarda nidal**. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/depeso/384383/pilulas-sobre-a-guarda-nidal>. Acesso em: 11 abr. 2024.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/229322/mod_resource/content/1/Gilberto%200Freyre%20-%20Casa-Grande%20e%20Senzala.pdf. Acesso em: 22. out 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Da família moderna**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumell/10anoscodigocivil_volll_242.pdf. Acesso em: 22 out. 2023.

GRIFFITH, Daniel B. The Best Interests Standard: a comparison of the state's parens patriae authority and judicial oversight in best interest determinations for children and incompetent patients. *Issues in Law and Medicine*, v. 7, n. 3, p. 243-260, 1991.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KRUK, E. (2013, 16 de julho). Arranjos de co-parentalidade “Ninho de Pássaro”: Quando os pais entram e saem da casa da família. *Psychology Today*. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/blog/co-parenting-after-divorce/201307/birds-nest-co-parenting-arrangements>>. Acesso em 13 abr. 2024

LAGO, V. DE M.; BANDEIRA, D. R. **A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família**. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 29, n. 2, p. 290–305, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/CJJJPPqWPswTTSmF7hsyRq/?lang=pt#>. Acesso em: 21 abr. 2024.

LANDO, G. A.; SILVA, B. L. P. L. **Guarda compartilhada ou guarda alternada: análise da lei nº 13.058/2014 e a dúvida quanto ao instituto que se tornou obrigatório**. *Revista de Direito*, [S. l.], v. 11, n. 01, p. 299–333, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/2005>. Acesso em: 21 abr. 2024.

LEHTME, Rafaela; TOROS, Karmen. Bird's nest parenting as a child-centered solution in the context of shared parenting. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/336588882_Bird's_nest_parenting_as_a_child-centered_solution_in_the_context_of_shared_parenting>. Acesso em: 25 abr. 2024.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LISITA, Kelly Moura Oliveira. **Direito das Família e a Guarda de Pessoa Menor**. Disponível em: <https://ibdfam.org>. Acesso em: 07 abr. 2024.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENEZES, Rita de Cássia Barros de; NOGUEIRA JUNIOR, Gabriel Ribeiro. A aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança em decisões de reconhecimento da pluriparentalidade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91a0ac7c34ea63ff>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

MULLER, Fernanda Graudenz; BEIRAS, Adriano; CRUZ, Roberto Moraes. **O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina**. *Aletheia*, Canoas, n. 26, p. 196-209, dez. 2007. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14133942007000200016&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 13 abr. 2024.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito e Evolução Histórica e Sua Importância**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54661525/Origeme_e_Evolucao_do_conceito_de_Familia-libre.pdf?1507520450=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOrigeme_e_Evolucao_do_conceito_de_Famili.pdf&Expires=1697904414&Signature=f157UpVpYT-MfQBRkph5olt0K13r1z47mA3psbLKpWA8p-

3YX3K0b36HNvAyQVyQMjLPI25hvkXjvn1dJ-D—
 U0m4chNlCfJcxgWCnTDh01BX1k0KpsqRTAIEFZhv2C4Z486WQtKAExCQhrGZ3z0
 BFfz3icuQPKUTSdXrDNZ-eIaFUyFMgZn29jLeXPzc1tE7btiK3Px678IQiUrCxmTU-
 2be-ven7-
 kzkDDwn0tQYujNv31c2Uto18mjl7Z6wjQ56erzKXDv2PvEXhshR65o7vRCceJULNiS
 TLcRxDVUTnkcV7vgmFKXuxYSquhlyay-z8k6ixWp4VdtNQg__&Key-Pair-
 Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 21 out. 2023.

PAMPLONA, Pablo.Stolze. **Manual de Direito Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Caio Mária da Silva. **Instituições de direito civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mária da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** In: Groeninga, Giselle Câmara (coord.). **Direito de Família e psicanálise** São Paulo: Imago, 2003.

SANCHIS, Décio. Aspectos do Direito de Família na Grécia Antiga. *Revista de Direito Civil*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/article/view/1816/1602>. Acesso em: 15 out. 2023.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SAVAGE, M. (2021, 5 de agosto). Birdnesting: The divorce trend where parents rotate homes. Recuperado de <https://www.bbc.com/worklife/article/20210804-birdnesting-the-divorce-trend-in-which-parents-rotate-homes>. Acesso em: 10 abr. 2024.

SILVA, D.M.P. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

SIQUEIRA, Alessandro Marques. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar**. *Revista Jus Navigandi*, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17628>. Acesso em: 22 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1574859**. Min. Mauro Campbell Marques. São Paulo. 17 dez. 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201574859>. Acesso em: 19 nov, 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 898060**. Min. Luiz Fux. Santa Catarina, 21 set. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 19 nov. 2023.

TÂNIA DA SILVA PEREIRA. Adoção; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. APELAÇÃO CIVEL Nº 70013817895. Des.Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre. 25 jan 2006. Disponível: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=%27...&conteudo_busca=documento_text. Acesso em 3 mai 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. APELAÇÃO CIVEL Nº 70035274794 . Des.Rel. Claudir Fidelis Faccenda. Porto Alegre. 20 mai 2010. Disponível: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 3 mai 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Conflito de Competência nº 5106503132024821700. Des.Rel. Leandro Figueira Martins. Porto Alegre. 11 abr. 2024. Disponível: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=conflito+de+compet%C3%Aancia.+guarda.+ECA.&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 23 abr.2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WAGNER, A. Desafios psicossociais da família contemporânea. Porto Alegre: Artmed, 2011.

YARON, R. Zu babylonischen Eherechten. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (ZSSra), v. 109, 1992.

ZAMBERLAM, C. O. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.