

A GUARDA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NO DIVÓRCIO

Ana Carolina Neves Amaral do Valle¹

Izabela Ferreira Borges²

RESUMO

O artigo tem como finalidade adequar os animais de estimação dentro do conceito de família multiespécie para justificar a aplicação analógica de algumas disposições do direito de família, como a guarda dos filhos menores após a dissolução do casamento ou com o término da união estável. Para alcançar o intento, será pertinente investigar os aspectos filosóficos que evidenciam a inserção dos animais no meio social, a sua natureza jurídica e como a inversão de valores promovida com o Código Civil de 2002 e o princípio da afetividade possibilitam a aplicação analógica de regras do direito de família sem que seja preciso humanizar a relação entre homens e animais de estimação.

Palavras-chave: Animais de estimação. Divórcio. Guarda.

INTRODUÇÃO

A relação entre homem e o animal remonta a história da humanidade, sendo marcada pela superioridade dos indivíduos e pela domesticação dos animais criados para suprir as necessidades de transporte, alimento e vestuário.

Com a evolução da sociedade e a constituição de famílias instituídas com base no afeto, tornou-se comum a existência de famílias multiespécies, resultado do mundo contemporâneo, em que os indivíduos, com muitas atividades e pouco tempo, têm optado por animais de estimação em seus lares, em substituição aos filhos.

¹ Mestre em Direito, FADISP, Faculdade Autônoma de São Paulo, Professora do Curso de Direito. ULBRA, Câmpus Itumbiara, GO. Advogada.

²Discente do Curso de Direito. ULBRA, Câmpus Itumbiara, GO.

Apesar de o afeto nortear os vínculos dos animais e seus donos, não há legislação para amparar os animais de estimação após o fim do casamento ou da união estável. Questões como cuidados essenciais e o direito de convivência com ambos os responsáveis pelos animais não encontram respaldo no Código Civil, fator que exige do operador de direito a utilização de técnicas de interpretação como a analogia na resolução dos conflitos.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226 e parágrafos, assegura que a família, independente do modelo familiar tradicional consolidado pelo casamento, merece tutela jurídica do Estado e é base para a sociedade. A partir da extensão do conceito de família erigido no texto constitucional, torna-se possível o enquadramento da família multiespécie, isso porque a própria Constituição Federal, em outro dispositivo, reconhece proteção jurídica aos animais, ao vedar práticas de crueldade. (Artigo 225, §1º, inciso VII).

A finalidade do artigo consiste em analisar a relação dos animais e dos seres humanos, primeiramente em âmbito filosófico para depois abordar a natureza jurídica dos animais no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002 e, posteriormente, identificarmos como os tribunais brasileiros têm se posicionado sobre a guarda e cuidados essenciais dos animais na ausência de legislação específica. Neste momento, é importante destacar a utilização de técnicas de interpretação como a analogia para proporcionar aos animais tratamento idêntico ao ofertado aos filhos com o divórcio ou com a dissolução da união estável.

Desse modo, pretende-se construir uma visão plural do conceito família, cujo alicerce seja o afeto, para justificar que mesmo na ausência de lei, os animais de estimação não podem ser tratados como objetos já que pertencem ao núcleo familiar e participam da troca de afetos entre os membros da família.

1. VISÃO FILOSÓFICA SOBRE OS DIREITOS DOS ANIMAIS

Com a propagação da filosofia, o ser humano, passou a um estado mais contemplativo, analisando com mais minúcias sua interação social, assim como, sua convivência para com os outros seres vivos. Por meio dessa observação, os

indivíduos desenvolveram um novo processo de integração social, em que se incluem homens e outros meios de vida com a finalidade de resguardar o meio terrestre.

Apoiando-se na visão diversificada oferecida pela filosofia, os indivíduos passaram a aplicar tratamento distinto aos animais domesticáveis, permitindo que estes possuíssem maior acesso no ambiente familiar, fator que levou ao estreitamento da relação entre homem e animal, o que, posteriormente, ocasionou o questionamento sobre as semelhanças existentes entre ambos.

Sob esse prisma, as contribuições de Peter Singer e de Hans Jonas são fundamentais por estarem diretamente relacionadas à visão social, possibilitando questionar o papel garantidor do ser humano para com as demais espécies e se estas são realmente tão distintas da espécie humana. A concepção jurídica extraída da relação entre homens e animais na atualidade baseia-se no que esses autores concebem sobre a capacidade de sentir dos animais, denominada de senciência.

Segundo Peter Singer, todos os seres vivos são iguais, independentemente de sua origem e capacidade cognitiva, sendo detentores de direitos condizentes com suas peculiaridades.³ Para o mencionado autor, é viável que os animais usufruam de direitos comuns aos homens em relação às necessidades básicas, isso porque são semelhantes.

A igualdade entre homens e animais para garantir as necessidades básicas tem fundamentos morais, e não possui sua formação em fatos isolados, pois as ações humanas se refletem em sua própria existência, assim como na existência de outros seres, e subjugar o bem-estar e a vida de uma espécie em detrimento de outra não seria algo ético.⁴

Por ser favorável à capacidade de sentir dos animais, Peter Singer afirma que estes podem manifestar diversos sentimentos como: raiva, medo, afeto, prazer entre outros, sendo estes equivalentes aos sentimentos vivenciados pelos seres humanos.

³SINGER, Peter. *A Libertação Animal*. Ed. rev. Porto Alegre: Lugano, 2004, p. 2.

⁴ *Ibidem*; p.10.

A igualdade, referida por Peter Singer, ocorre por intermédio da equiparação da dor sentida pelo homem e pelo animal, já que a consciência do ser humano é a única forma de diferenciar o modo com que ambos sentem, pois o homem possui a percepção do que vem a ser a dor, assim como suas características, já no caso do animal, isso não pode ser afirmado⁵. A posição do referido autor é de que, mesmo sendo a concepção de dor distinta para o homem e para o animal, isso não significa afirmar que ela não exista, pelo contrário, a dor é o traço que identifica a aproximação entre o humano e o animal, marcando nesta seara a igualdade.

As lições de Peter Singer foram utilizadas para difundir o pensamento de que homens e animais possuem certas semelhanças, e por este motivo, é cada vez mais evidente que a atribuição de bem móvel semovente aplicado aos animais encontra-se desconexa com o pensar da sociedade e da filosofia, que os veem como seres que possuem direitos mais complexos do que os que se encontram positivados em nosso ordenamento jurídico.

A sociedade contemporânea tem levado ao Poder Judiciário questões que comprovam a forte ligação sentimental entre os indivíduos e os animais, e continuar tratando-os como objetos afronta o sentido de sensibilidade, presente no atual modelo de família composto por pessoas e seus animais de estimação.

Hans Jonas analisou as ações humanas e o meio ambiente, e como aquelas afetam a vida de outros seres. Assim, ao partir dessas afirmações, o referido autor justifica que todas as ações humanas devem ser praticadas de forma ética para garantir o desenvolvimento de outros meios de vida.⁶

Entende-se que, é necessário que o homem, como ser racional, tome atitudes que garantam sua continuidade na composição da biosfera, e que tais atitudes não isolem a vida humana da convivência para com outras espécies e que haja ética por parte dos indivíduos para que estes não prejudiquem a continuidade da vida de outros seres.

⁵SINGER, Peter. *A Libertação Animal*. Ed. rev. Porto Alegre: Lugano, 2004, p. 71.

⁶BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. *O Princípio Responsabilidade de Hans Jonas: Um Princípio Ético para os Novos Tempos*. n.º 06, Santa Maria. Thaumazein, 2010, p. 74.

Segundo Hans Jonas, é necessário um novo modo de portar-se, por meio do qual o homem não agiria em função apenas de seus interesses, mas sim, em um contexto moral, no qual o indivíduo é responsável pela manutenção de sua espécie e pelos componentes da biosfera. Este deverá observar a irreversibilidade de seus atos para com todas as formas de vida, pois sua ação ou omissão trará resultados por intermédio da somatória de fatos e efeitos, portanto, posteriormente, o indivíduo poderá não mais deparar-se com o que originou uma determinada situação, mas sim, com um cenário adverso.⁷

Hans Jonas possui relevância na mudança da visão que os indivíduos possuem dos animais, pois buscou, por meio de suas lições, conscientizar os indivíduos sobre o papel que possuem na manutenção da vida terrestre como um todo.

A partir dos pensamentos filosóficos, os detentores de animais de estimação passaram a observá-los com mais sensibilidade, percebendo que desempenham grande importância em suas vidas. Com o desenvolvimento gradativo e a adaptação da visão difundida por Hans Jonas e Piter Singer, em momentos adversos, como no caso de divórcio ou com o fim da união estável, os animais passaram a não serem esquecidos pelos casais, mas sim disputados, pois ambas as partes creem na sentença de seus animais de estimação e nos vínculos de afeto formados entre ambos.

2. NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS

A Constituição Federal garante proteção jurídica aos animais no artigo 225, §1º, inciso VII, e proteção à livre formação familiar em seu artigo 226. O Código Civil 2002 de forma contrária ao texto constitucional, e sem alteração legislativa após o reconhecimento do princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, ainda deixa lacunas sobre a incidência ou não da aplicação das normas de direito de família aos animais de estimação.

⁷JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Rio de Janeiro. Contraponto: Ed. PUC – Rio, 2006, p. 40.

Para demonstrar que, na ausência de lei, a analogia deve ser aplicada às soluções dos litígios envolvendo a guarda dos animais com o divórcio ou fim da união estável, percorreremos a estrutura do Código Civil de 1916, os princípios constitucionais sacramentados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002 para, posteriormente, inserirmos o princípio da afetividade como norteador das relações familiares, justificando nele a utilização da analogia para responder às indagações envolvendo a guarda dos animais no divórcio ou fim da união estável à aplicação de preceitos constitucionais que tutelam a dignidade humana dos envolvidos, observando sua vulnerabilidade e a recorrência dos casos versando sobre a custódia dos animais de estimação.

O Código Civil de 1916 foi sistematizado para garantir os direitos de propriedade, este era individualista, centrado no patrimônio e fruto de uma política que visava somente aos lucros. Rose Melo Venceslau Meireles afirma que:

Por algum tempo, o estudo do direito civil se centrou no ter, enquanto ser ficou marginalizado como categoria jurídica. Esta assertiva se baseia na observação dos institutos do direito civil, em sua maioria com o objeto do teor nitidamente patrimonial.⁸

O direito de propriedade sobrepunha-se ao ser humano, era a supremacia do patrimônio permeando todas as áreas do direito civil, inclusive o direito de família. Vislumbra-se que o conceito de “ter” era sobreposto ao conceito de “ser”, sendo assim, o indivíduo não possuía grandes preocupações com a tutela dos direitos ligados à pessoa humana, mas em contraponto, defendia veementemente seus direitos patrimoniais.

O Código Civil de 1916 interpretava as relações privadas a partir do direito de propriedade impulsionando uma supervalorização do patrimônio e eximindo a tutela humana de proteção. Tal assertiva foi seguida pelo direito de família e comprovada pela supremacia da propriedade, ao analisar a forma de resolução de litígios envolvendo bens materiais com o fim do casamento. Assim sendo, percebe-se que os indivíduos preocupavam-se mais com temas relacionados a bens materiais,

⁸Rose Melo Venceslau Meireles. Autonomia e dignidade humana. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 2.

sendo permitido legalmente a estes usufruir e dispor de suas propriedades de acordo com seus interesses.

Em decorrência da época em que foi elaborado (século XIX), o Código Civil de 1916 possuía uma sistemática fechada, individualista, restrita a satisfazer os interesses patrimoniais da burguesia. Nesse sentido, Francisco Amaral preleciona que:

O Código Civil de 1916 era, assim, produto da sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduzia o sistema normativo de um regime capitalista colonial.⁹

Nessa ótica, era impensável incluir os animais como seres tuteláveis no Código Civil de 1916, visto que essa prerrogativa não era alcançada com exclusividade nem mesmo pelos particulares, fato que justifica o posicionamento dos animais como objeto para o Direito Civil. Os animais nada mais eram do que seres irracionais e sem sentimentos que contribuía para a manutenção da propriedade e, em alguns casos, considerados moedas de troca ou utilizados como meio de transporte.

No período de vigência do Código Civil de 1916, não era comum a relação afetiva entre homem e animais, por tal fato, os proprietários não se preocupavam com a saúde destes, a não ser que fossem utilizados como moeda de troca ou destinados à alimentação e, com relação a agressões físicas, não se pensava que o animal era suscetível a dor e sentimentos.

Pelo fato de o Código Civil de 1916 tutelar com ênfase o patrimônio, as pessoas e os animais eram esquecidos e a preocupação era resguardar as relações de conteúdo patrimonial. Dentro dessa perspectiva, Rose Melo Vencelau Meireles preleciona que:

Tão relevante é a propriedade no âmbito do direito privado que se torna difícil encontrar algum instituto jurídico completamente alheio a ela. Basta verificar a estrutura da Parte Especial do Código Civil, na

⁹AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 178.

qual, dos cinco Livros, todos recebem influência do direito de propriedade.¹⁰

Desse modo, o conceito de senciência não era difundido, em razão de ser o direito de propriedade rigorosamente tutelado e perpétuo. Os animais de estimação eram tratados como patrimônio e sujeitos à apropriação. Nesse sentido, o artigo 593º do Código Civil de 1916, previa:

Art. 593. São coisas sem dono e sujeitas à apropriação:
I - os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade;
II - os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596;
III - os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente;
IV - as pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior.

Partindo desse pressuposto, era impensável incluir os animais como seres tuteláveis no Código Civil de 1916, visto que essa prerrogativa não era alcançada com exclusividade nem mesmo pelos particulares, fatos que intensificam a posição de que os animais são classificados como objetos para o Direito Civil. Sob esse prisma, Marcos Aurélio S. Viana solidifica a ideia de que os animais encontravam-se na categoria de bens móveis por natureza, devido a seu fácil manejo, sendo assim, estes eram considerados facilitadores da vida humana.¹¹

Os animais eram considerados coisas e passíveis de apropriação, sendo estes ferozes ou domesticáveis. Para o Código Civil de 1916, os animais de estimação deveriam ser marcados por seus donos para que, em casos de fugas, não fossem vítimas de apropriação, já que eram bens e possuíam valor comercial. A marcação do animal, sendo este doméstico, vem exemplificar o ato de tratá-lo como coisa, demonstrando a marcação com o ferro em brasa o domínio do proprietário sobre o bem móvel.

¹⁰Rose Melo Vencelau Meireles. Autonomia e dignidade humana. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, introdução.

¹¹VIANA, Marcos Aurélio. Curso de Direito Civil: Parte Geral. vol. 1. Belo Horizonte. Del Rey 1993, p. 138

A busca pelo Poder Judiciário para regulamentar a custódia dos animais de estimação no momento do divórcio era inconcebível em 1916, já que estes aos olhos de seus proprietários eram apenas mais um bem que possuíam, não havendo, em tal época, a valorização afetiva para com os animais, nem a preocupação de com quem ficariam no momento do divórcio, pois se tratando de uma propriedade, estes ficariam com seu dono, ou entrariam na partilha de bens.

Entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, ao instituir o Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, possibilitou a valorização da pessoa humana em detrimento do ter (patrimônio). Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, ao destacar a importância do texto constitucional de 1988 afirma que: “a norma constitucional pode, ela própria, quando não existirem normas ordinárias que disciplinem o caso concreto, ser fonte da disciplina jurídica de uma relação de direito civil”.¹²

O princípio da dignidade da pessoa humana privilegia o ser em detrimento do ter (patrimônio), e está diretamente relacionado com as relações jurídicas privadas, atenuando o conteúdo patrimonial. Assim, “a dignidade da pessoa humana é o limite interno capaz de definir com novas bases as funções sociais da propriedade e da atividade econômica”.¹³

Embora os animais não tenham a dignidade prevista no texto constitucional, por meio do afeto, é possível retirar a sua natureza jurídica de objeto e conceber tratamento diferenciado integrando-os no conceito de família multiespécie.

Ao confrontar o Código Civil de 1916 e os dispositivos constitucionais, Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que:

O Código Civil correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante, o testador – na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem – a Constituição Federal, ao

¹²MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil. Revista Brasileira de Direito Comparado, 1999, p.86.

¹³TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In. Temas de direito civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.55-56.

contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade constitui um dos fundamentos da República, assegurando, por esta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extra-patrimoniais.¹⁴

Passa-se a analisar o direito de modo único tendo a Constituição Federal de 1988 como o norte para toda e qualquer interpretação. O Código Civil de 2002 visa à proteção do “ser” em detrimento do “ter”, ao contrário da estrutura patrimonialista que era adotada pelo Código Civil de 1916. De acordo com Rose Melo Venceslau Meireles, nem todos os indivíduos possuem a qualidade de proprietários, alusão ao Código Civil de 1916, mas todos estes são contemplados pela dignidade da pessoa humana trazida de forma efetiva pela Constituição Federal de 1988, e incorporada ao Código Civil de 2002, com isso, os indivíduos passam a ter a garantia de seus direitos subjetivos e existenciais, defendendo, assim, seu conteúdo intrínseco.¹⁵

Com a proteção da pessoa humana na esfera das relações privadas, instituem-se três preceitos a serem observados, tratam-se dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade.

O Código Civil de 2002 tem abordagem distinta com relação ao seu antecessor (Código Civil de 1916), pois se dá maior atenção à proteção dos indivíduos, acompanhando, assim, as mudanças dogmáticas ocorridas, onde a proteção patrimonial já não necessita de tutela plena, mas sim os direitos do sujeito. Desse modo, destina-se mais espaço para a aplicação da hermenêutica jurídica, não limitando o Direito Civil apenas ao que se encontra postulado em codificações, sendo este mais abrangente, aplicando, assim, todo apoio jurídico que o magistrado possuir no momento de explicar sua decisão, podendo valer-se de leis esparsas, jurisprudências e utilizar suas próprias convicções, para melhor atender às necessidades dos sujeitos de direito.

Apesar de tantos avanços e modificações apresentadas pelo Código Civil de 2002, este ainda traz o conceito de coisa quando se refere aos animais,

¹⁴MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil. Revista Brasileira de Direito Comparado, 1999, p.76.

¹⁵MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro. Renovar, 2009, p. Introdução.

considerando-os bens semoventes, conforme dispõe o artigo 82 do Código Civil. O artigo 936 do CC relata a obrigação de indenizar destinada ao dono de um animal caso este venha a causar danos a terceiros.

O preceito de propriedade ainda recai sobre os animais, mas com mudança comportamental da sociedade, como os questionamentos filosóficos, as preocupações com os direitos dos animais e a efetividade permeando as relações entre seres humanos, passou-se a questionar o título de coisa e propriedade humana atribuído a estes, isso porque, com o passar do tempo, animais e seres humanos ficaram mais próximos disseminando uma relação de afeto entre ambos ao ponto de os animais passarem a integrar o grupo familiar.

Vinculada a essa concepção, Maria Berenice Dias assevera que:

Nos dias de hoje, o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.¹⁶

Com os adventos da Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, as questões pertinentes aos direitos subjetivos do homem passaram a ser observadas, entre elas inclui-se a dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, que se encontram extremamente arraigados no direito de família, atribuindo assim, uma definição mais ampla do que vem a ser a formação familiar, não se baseando apenas em preceitos biológicos.

Com a adoção do conceito amplo de família, criou-se a possibilidade de empregar este termo a uniões de pessoas que destoam do conceito tradicional e patriarcal de família aplicado pelo Código Civil de 1916, abrindo caminho a relações de afeto tuteladas pelo direito vigente, pode-se utilizar como exemplificação a família multiespécie, tão recorrente na sociedade atual, pois esta se baseia na afetividade existente entre homem e animal.

¹⁶DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 131.

A nova visão atribuída aos animais de estimação fez com que seus proprietários passassem gradativamente a recorrer ao Poder Judiciário em busca de soluções satisfatórias frente à ausência de leis. As questões relacionadas à custódia dos animais de estimação após o divórcio ou o fim da união estável trouxeram à tona a necessidade de o direito abrir-se a modificações e interpretações condizentes com a realidade vivida, observando, assim, situações tidas como atípicas, e com a maior ocorrência de estas adequarem-se mais rapidamente para possibilitar às partes envolvidas um posicionamento jurídico que vá garantir aos sujeitos de direito uma segurança jurídica maior.

Observa-se que a ideia de desvincular o animal do conceito de bem, não ocorre apenas na sociedade brasileira, países como Inglaterra e Portugal passaram a atender a questões relacionadas à consciência ambiental que vem sendo propagada ao longo do tempo, para refletir sobre a vida humana em harmonia com a fauna e flora, para que ambos possam se desenvolver dentro de suas necessidades.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais no ano de 1978 determina tratamento humanitário aos animais buscando afastar sofrimentos físicos e psicológicos incompatíveis com os direitos reservados a estes.

Na Inglaterra, no ano de 1965, por meio do Relatório do Comitê Branbell, foram criadas as “cinco liberdades” destinadas aos animais, as quais são analisadas por Graciela Froehlich ao afirmar que: “(...) os animais devem estar livres de fome e de sede; livres de desconforto, livres de dor; de maus-tratos e de doenças; livres para expressar seu comportamento natural e livres de medo e tristeza”.¹⁷

Este constante debate sobre a forma com que os animais são vistos e tratados influenciou a legislação portuguesa, assim como seus costumes já vigentes. No ano de 1995, foi aprovada a Lei de Proteção aos animais, com a finalidade de impedir a violência, o sofrimento e possíveis agressões. A lei portuguesa prevê e garante atendimento aos animais feridos e aplicação de medidas protetivas aos animais que se encontrem em situação de extinção.

¹⁷FROEHLICH, Graciela. Entre Índices e Sentimentos: Notas Sobre a Ciência do Bem-Estar Animal. Ano 2. n.º 04. Revista Florestan, 2015, p. 75.

Em 2017, Portugal alterou seu Código Civil, Penal e Processual Civil, a partir da Lei n.º 08/2017, ao reconhecer a qualidade de seres vivos aplicada aos animais, não os dando mais a aplicação jurídica de bem, mas sim seres dotados de sensibilidade. Com relação ao divórcio, a lei dispõe que os animais de estimação deverão ser confiados a um dos cônjuges ou a ambos, e também narra a necessidade de valorar o seu bem-estar.

O Brasil está no caminho das alterações ocorridas em âmbito internacional em relação aos animais de estimação, enquanto não temos uma lei específica que trate do assunto, as demandas referentes à guarda dos animais com o fim do casamento ou da união estável, preceitos como o princípio da afetividade e da sensibilidade passam a ser invocados por magistrados a sentenciarem ações envolvendo família multiespécie.

3. INTERPRETAÇÃO POR ANALOGIA E A GUARDA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

A ausência de normas envolvendo a família multiespécie tem obrigado os magistrados a utilizarem a analogia para resolver as divergências de guarda dos animais com o término das relações familiares.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro garante que, com a omissão da lei, o magistrado poderá fazer o uso da analogia e outros meios para proferir a decisão do caso concreto atípico. Essa utilização, para o caso da guarda dos animais de estimação no divórcio, vem trazer uma solução momentânea ao caso, pois como já mencionado, o magistrado não pode calar-se perante um fato novo que não possui previsão legal, e não pode impedir que as partes busquem regulamentar a situação da custódia de seu animal de estimação, já que, para elas, tal caso é extremamente importante. Desse modo, seus anseios devem ser valorados pelo Poder Judiciário.

A possibilidade de utilização da analogia como uma das técnicas de integração de normas visa diminuir significativamente situações que poderiam não ter respaldo judicial, é necessário um profundo estudo por parte do magistrado do caso concreto, para que a aplicação da analogia ocorra de forma correta, pois serão

levadas em conta as necessidades psíquicas dos envolvidos e as necessidades básicas condizentes à manutenção da vida do animal.

De acordo com Vicente Bertotti¹⁸, procedimento da analogia consiste na aplicação de tratamento igualitário a casos que se assemelham, entretanto, se um caso não possuir previsão legal, o magistrado, após profunda análise do fato novo, deverá detectar nas leis vigentes um caso que se equipare ao fato concreto não previsto em lei, em que os sujeitos apresentem a mesma razão do fato positivado, para que possa haver a aplicação da mesma disposição legal.

Por ser a custódia dos animais de estimação uma questão de alta indagação, no ano de 2015, colocou-se em pauta do Congresso brasileiro o Projeto de Lei de n.º 1.365, na intenção de regulamentar a guarda dos animais após o divórcio. A proposta visava instituir audiência de conciliação entre cônjuges na tentativa de solucionar a guarda do animal, além de prever outros assuntos como o cruzamento e a alienação. Como o referido projeto não foi adiante no Congresso, a interpretação das normas constitucionais e a técnica de integração de normas prevista pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem sido frequentemente utilizadas pelos juízes nos casos de divórcio.

De acordo com o artigo 1.383 do Código Civil, no momento do divórcio poderão ser aplicadas a guarda unilateral ou a compartilhada. A guarda unilateral ocorre quando apenas um dos pais apresenta condições de amparo e proteção ao menor, ficando a encargo da parte contrária supervisionar os interesses do menor para que este tenha um desenvolvimento saudável. Essa modalidade não extingue o exercício do poder familiar de um dos indivíduos, pois está a cargo de ambos a educação e a criação do menor. A guarda compartilhada visa à divisão de direitos e obrigações por parte dos genitores, ambos deverão se comprometer para reduzir os impactos causados pelo divórcio na vida dos menores. De acordo com Maria Berenice Dias:

A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da

¹⁸BERTOTTI, Vicente. Analogia. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. Revista dos Tribunais. v. 1. 2012, p. 01.

guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais.¹⁹

No caso concreto, o menor é substituído pelo animal de estimação, que se torna o centro da lide, e assim, como na disputa pela guarda de menores, os magistrados apoiam a aplicação da guarda compartilhada, pois, a partir desta, busca-se uma maior interação entre o animal de estimação e seus detentores. O artigo 1.583, § 2º do Código Civil, quando a guarda unilateral for estabelecida, dando a oportunidade de convivência entre animal de estimação e seu detentor, as visitas deverão ser estabelecidas por meio de divisão equilibrada, sempre levando em consideração aquilo que for mais favorável aos envolvidos, sem que os detentores sejam privados da companhia de seu animal de estimação, observando-se os vínculos afetivos que devem ser preservados.

De acordo com Paulo Lôbo²⁰, o direito à convivência é inerente à relação estabelecida entre prole e genitores, que, mesmo após o divórcio, possuem o direito à manutenção da afetividade, as visitas em caso de guarda compartilhada ou unilateral ocorrerão em comum acordo entre as partes ou conforme estipular o magistrado, respeitando a disponibilidade de horários dos envolvidos.

No que se refere à custódia dos animais de estimação, no divórcio, a aplicação analógica da guarda compartilhada vem se tornando uma das opções adequadas para a resolução de lides, em que os indivíduos, em ação de divórcio ou em momento posterior, buscam judicialmente regulamentar a situação de seus animais de estimação embasados no princípio da afetividade, pois para os mesmos seus animais possuem valor inestimável e sua ausência representa grande sofrimento.

¹⁹DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 526.

²⁰LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 196.

4. ENQUADRAMENTO JURISPRUDENCIAL DA GUARDA DOS ANIMAIS COM O DIVÓRCIO OU FIM DA UNIÃO ESTÁVEL

Com o surgimento das famílias multiespécies, não tardou para que questões referentes à possível guarda dos animais de estimação fossem encaminhadas ao poder judiciário. Perante essa ocorrência e a ausência de lei específica, restou ao magistrado munir-se dos recursos disponíveis, como a utilização de princípios constitucionais, da analogia e costumes vigentes.

Com a crescente demanda de ações versando sobre a guarda de animais, surgiram jurisprudências para elucidar a temática, como exemplificação ao caso concreto pode-se mencionar a apelação civil n.º 0019757-79.2013.8.19.0208, que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e possuiu como relator o Desembargador Marcelo Lima Buhatem, sendo esta julgada em 27 de janeiro de 2015:

DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX-CONVIVENTE MULHER—recurso que versa exclusivamente sobre a posse do animal – réu apelante que sustenta ser o real proprietário – conjunto probatório que evidencia que os cuidados com o cão ficavam a cargo da recorrida direito do apelante/varão em ter o animal em sua companhia – animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador do direito - semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família - cachorrinho “dully” que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por estes – vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos - solução que não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, expressando-se, por outro lado, como mais uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente –parcial acolhimento da irresignação para, a despeito da ausência de previsão normativa regente sobre o *thema*, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão dully, exercendo a sua posse provisória, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, das 10:00 hs de sábado às 17:00hs do domingo.

Sentença que se mantém²¹

A apelação em questão foi promovida contra sentença de ação de dissolução de união estável concomitantemente com partilha de bens, momento em que foi solicitada pela apelada, em petição inicial, a guarda do animal de estimação. O apelante contestou a petição inicial e, ainda, narrou que obteve o animal de estimação para si e, devido ao fato, sempre cuidou, realizou passeios, levou o cão ao veterinário quando necessário e arcou com despesas e vacinações. Entretanto, a apelada conseguiu comprovar em conjunto probatório que se tratava da responsável pelo animal de estimação.

Ressalta-se a presença do princípio da afetividade no decorrer da demanda, pois as partes, a todo momento, narram a afeição que possuem pelo animal e a representatividade que este possui, pois foi adquirido em momento de aborto espontâneo sofrido pelo casal, caracterizando, assim, um período de profunda tristeza e tragédia vivenciado por ambos.

O princípio constitucional da dignidade humana foi observado pelo relator ao emitir seu voto, pois este valorou a relevância do animal para as partes e buscou não trazer prejuízos emocionais aos litigantes, já tão abalados pelos infortúnios promovidos pelo fim da união estável.

O relator, a fim de sanar a problemática, enfrentou os desafios de atuar em uma demanda que não apresentava lei específica para o caso concreto, ainda assim, ressaltou a importância dos animais de estimação e a afetividade que o homem possui com relação a estes a ponto de vê-lo como um membro da família. Sua decisão foi proferida com extrema sensibilidade, pois foram observadas as necessidades dos sujeitos processuais e do animal de estimação que já apresentava idade avançada.

Tem-se que, com o passar do tempo, inúmeras ações surgiram tratando da problemática que envolve a guarda dos animais de estimação, com a ausência de lei

²¹BRASIL. APELAÇÃO CIVIL N.º 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª CÂMARA CIVIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELATOR DESEMBARGADOR MARCELO LIMA BUHATEM, JULGADO EM 27/01/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>> Acesso em: 06 de novembro de 2017.

específica e a diversidade de decisões frente aos casos concretos, a insegurança jurídica prolifera-se neste âmbito, mas com o reiterado ajuizamento de demandas tratando da guarda de animais, restou aos tribunais manifestarem-se sobre tal questão.

Em meados de março de 2018, a 7ª câmara de Direito Privado do TJ/SP, trouxe novamente a temática da guarda dos animais de estimação em voga ao decidir, por meio de acórdão nos autos do processo 2052114-52.2018.8.26.0000, que se trata de competência das varas de família ações que versem sobre a guarda compartilhada de animais.

O relator José Rubens Queiroz Gomes menciona a afetividade existente entre homem e animal e afirma que: “há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial”.²²

A ausência de lei que ampare e determine a competência referente às lides que versem sobre a guarda de animais de estimação impede a aplicação da celeridade processual, fazendo com as demandas não obtenham resultado em tempo hábil, prolongando, assim, os conflitos entre os sujeitos processuais.

A utilização analógica da guarda, anteriormente aplicada apenas aos filhos dos litigantes, busca sanar momentaneamente conflitos que se assemelham aos enfrentados durante o estabelecimento da guarda de filhos menores de idade, a respeito dessa semelhança narra o relator que:

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.²³

²²BRASIL. AGRADO DE INSTRUMENTO 2052114-52.2018.8.26.0000. 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, RELATOR JOSÉ QUEIROZ GOMES, JULGADO EM 23/03/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf###LS>> Acesso em: 19 de julho de 2018.

²³BRASIL. AGRADO DE INSTRUMENTO 2052114-52.2018.8.26.0000. 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, RELATOR JOSÉ QUEIROZ GOMES, JULGADO EM 23/03/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf###LS>> Acesso em: 19 de julho de 2018.

Perante tais fatos, a 7ª câmara de Direito Privado do TJ/SP, decidiu ser competência das varas de família dirimir sobre questões que tratem sobre a guarda de animais de estimação. Em maio de 2018, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a analisar a possibilidade de regulamentar visitas aos animais de estimação após a dissolução de união estável. Esse fato ocorreu perante o julgamento de um recurso, cujo relator tratava-se de do Ministro Luiz Felipe Salomão.

A demanda ocorreu, pois as partes, durante união estável, adquiriram uma cadela e, após a dissolução da união, esta a princípio ficou com o convivente, posteriormente, o animal passou a residir com a convivente, que impossibilitou as visitas. Em sentença proferida em face de ação de regulamentação de visitas, o magistrado julgou que as relações existentes entre os indivíduos e seus animais de estimação não equivalem às relações mantidas entre pais e filhos. Sendo assim, as visitas não foram aplicadas ao caso supracitado, entretanto o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela reforma da sentença, aplicando, assim, de forma analógica o direito à convivência.

O Supremo Tribunal Federal em acórdão do relator Luis Felipe Salomão, considera ser possível o estabelecimento de visitas aos animais e diz:

Não é um tema menor ou bizarro ou que possa parecer diminuído pelo fato de se discutir aqui a relação afetiva. Nós vivemos em um tempo em que esses casos são recorrentes. É um tema relevante, envolve paixão, sentimento, dignidade dos conviventes de modo que eu não consigo verificar impedimento, vejo necessidade de a corte se debruçar neste tema. É um tema do momento, da pós-modernidade.²⁴

O relator abordou a possibilidade da aplicação analógica do instituto da guarda, com base na realidade vivida, em que os animais passaram a substituir os filhos do casal por diversos fatores. Já a Ministra Isabel Galotte abordou a necessidade de uma lei específica para o caso de guarda de animais, a fim de que novos problemas não surjam da aplicação analógica do instituto de guarda.

²⁴COELHO, Gabriela. STJ se divide sobre dever de o Judiciário regulamentar guarda de animais. ConJur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-23/stj-divide-dever-judiciario-regular-guarda-animais>> Acesso em: 19 de julho de 2018.

Após longos debates, decidiu-se, por três votos a dois, que as visitas destinadas aos animais de estimação não se equiparam com a guarda de filhos, porém reconheceu-se, sumariamente, a existência de uma relação afetiva entre as partes, em virtude da manutenção desta efetividade, decidiu-se pela aplicação de visitas aos animais, que deverão ser reguladas por juiz de primeira instância.

Perante o posicionamento jurisprudencial, torna-se clara a necessidade de lei que regule a guarda dos animais de estimação, garantindo às partes segurança jurídica e possibilitando ao magistrado manifestar-se com maior respaldo legal, garantindo aos envolvidos a efetivação de seus direitos.

Por tratar-se de tema relativamente novo, a guarda de animais ainda pode ser vítima de vários posicionamentos jurisprudenciais diversos, por não possuir uma lei que a regule de forma específica, toda essa diversidade de decisões acaba gerando insegurança jurídica às partes envolvidas, que recorrem ao judiciário a fim de serem contemplados pela plena efetivação de seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As modificações no conceito de família, a inclusão do afeto permeando as relações sociais e a ampliação das famílias multiespécie, sem a promulgação de lei específica sobre o assunto, têm exigido dos operadores do direito a utilização da analogia para resolver questões atinentes à guarda dos animais após o divórcio ou com o fim da união estável.

As contribuições dos filósofos Piter Singer e Hans Jonas foram fundamentais para marcar o surgimento da visão moderna e para estabelecer a relação entre homem e animal. Foi a partir de suas indagações que os indivíduos passaram a perceber seus animais de estimação por outra perspectiva, em que a troca de afetos, os cuidados com os animais se assemelham aos de um filho.

A afirmação de que uma espécie não humana pode assemelhar-se em alguns aspectos ao homem, contribuiu para aproximar os indivíduos das demais

formas de vida, reforçando, assim, o papel garantidor defendido por Hans Jonas, por meio do qual, não serão observados apenas os interesses particulares dos indivíduos.

Os pensamentos reflexivos desses filósofos podem facilmente ser colocados em prática, já que não apresentam complexidade em seus raciocínios, pois ocorre apenas a aplicação de respeito e igualdade para com todos os seres vivos, não os subjugando pelas suas possíveis vulnerabilidades.

O tema em questão, ainda, é tratado com muita estranheza por parte dos juristas defensores do tradicionalismo e patrimonialismo, amplamente difundido no Código Civil de 1916, entretanto a defesa dos direitos subjetivos do homem, elencados com afincos na Constituição Federal de 1988, juntamente com o Código Civil de 2002, permitem aos juristas modernos aplicar analogicamente as leis vigentes, a fim de garantir aos animais o amplo acesso aos seus direitos básicos.

As demandas referentes à guarda de animais de estimação são fontes de provas de que as vivências sociais são intrínsecas ao Ordenamento Jurídico e que, por mais que este busque calar-se, torna-se necessária a criação de leis que discorram sobre a possibilidade da aplicação de um sistema semelhante ao de guarda e visitas aos animais de estimação, já que a família multiespécie vem se tornando recorrente, e como toda formação familiar, esta pode dissolver-se.

Enquanto o Poder Legislativo não acompanha as nuances da sociedade, o Poder Judiciário acertadamente tem conseguido avançar e trazer soluções como a guarda compartilhada aos divorciados e ex-companheiros que almejam continuar participando do convívio com o animal.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. Renovar: Rio de Janeiro, 2014.
- BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. O Princípio Responsabilidade de Hans Jonas: Um Princípio Ético para os Novos Tempos. N.º 06, Santa Maria. Thaumazein, 2010.
- BERTOTTI, Vicente. Analogia. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. Revista dos Tribunais. v. 1. 2012.
- BRASIL. APELAÇÃO CIVIL N.º 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª CÂMARA CIVIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELATOR DESEMBARGADOR MARCELO LIMA BUHATEM, JULGADO EM 27/01/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>> Acesso em: 06 de novembro de 2017.
- BRASIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO 2052114-52.2018.8.26.0000. 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, RELATOR JOSÉ QUEIROZ GOMES, JULGADO EM 23/03/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf##LS>> Acesso em: 19 de julho de 2018.
- COELHO, Gabriela. STJ se divide sobre dever de o Judiciário regulamentar guarda de animais. ConJur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-23/stj-divide-dever-judiciario-regular-guarda-animais>> Acesso em: 19 de julho de 2018.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Família. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.
- FROEHLICH, Graciela. Entre Índices e Sentimentos: Notas Sobre a Ciência do Bem-Estar Animal. Ano 2. N.º 04. Revista Florestan, 2015.
- JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Rio de Janeiro. Contraponto: Ed. PUC – Rio, 2006.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2011.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro. Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil. Revista Brasileira de Direito Comparado, 1999.

PINHEIRO, Alcyvania Maria Cavalcante de Brito. Ave Sem Ninho: O Princípio da Afetividade no Direito à Convivência Familiar. Fortaleza – CE. UNIFOR, 2009.

SINGER, Peter. A Libertação Animal. Ed. rev. Porto Alegre: Lugano,

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In____.Temas de direito civil.4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIANA, Marcos Aurélio. Curso de Direito Civil: Parte Geral. vol. 1. Belo Horizonte. Del Rey 1993.