



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA  
AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Bruna Lamboglia Marques

Rio de Janeiro  
2020

BRUNA LAMBOGLIA MARQUES

POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA  
AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2020

## POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Bruna Lamboglia Marques

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – os animais domésticos vêm, crescentemente, ocupando um importantíssimo papel afetivo dentro das famílias. Percebe-se que, em diversos casos, são considerados verdadeiros membros familiares. Entretanto, em oposição a tal constatação, o ordenamento jurídico pátrio, por meio do Código Civil de 2002, mantém a posição de tratá-los como coisa. Diante desta realidade, é imperioso discutir alternativas para atender ao anseio social e, ao mesmo tempo, garantir a aplicação da justiça, sobretudo nos casos em que há disputa da guarda dos animais domésticos em virtude de litígio, buscando o melhor para todas as partes.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Animais. Guarda compartilhada.

**Sumário** – Introdução. 1. Animais como coisa ou sujeito de direitos. 2. Guarda de animal: questão de família ou direito civil? 3. O reconhecimento do bem-estar animal e a aplicação da guarda compartilhada. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com o avanço das relações, cada vez mais se faz necessário à adequação do direito positivado com o que já vem sendo praticado. Comumente, os assuntos de relevância provocam o Poder Judiciário, antes mesmo de chegarem ao Legislativo, a fim de resolver problemas do cotidiano, que, por vezes, ainda não tem normas norteadoras, que só serão formadas com a quantidade repetitiva dos casos e debates acerca do assunto.

É o que se observa hoje em relação aos animais de estimação, que em muitos lares já são considerados parte da família, o que aumenta ainda mais a necessidade de uma regulamentação sobre temas que os envolvam, visando garantir a segurança jurídica e evitar decisões contraditórias.

Atualmente, segundo o IBGE, há mais cachorros do que crianças nos lares brasileiros. É incontestável o importante papel que esses animais vêm desempenhando no âmbito familiar, passando a serem considerados verdadeiros membros. Apesar disso, o Direito ainda não reconheceu esse seu novo posto, não tendo normas que supram os anseios dos donos de animais, especialmente em caso de litígios sobre sua guarda.

Por ainda serem classificados como “coisas” pelo Código Civil, é restrito a eles a aplicação de regras atinentes a direito de propriedade, o que não vem se mostrando suficiente na prática e nos leva a questionar o atual tratamento jurídico que se tem dado aos animais.

Com a expansão desse questionamento, vem ocorrendo um movimento de modificação de paradigma no tratamento dos animais de estimação, demonstrando a necessidade de um exame mais aprofundado para decidir quem ficará com eles num possível litígio, já que apenas observar o simples registro de propriedade pode gerar grandes prejuízos para todas as partes envolvidas.

Para evitar decisões judiciais em extrema desarmonia e buscando a adequação da situação jurídica dos animais com a atual realidade e avanço de conscientização dos brasileiros em relação aos direitos deles, diversos magistrados pátrios verificam a possibilidade de aplicar às lides envolvendo animais institutos criados para a proteção e melhor interesse de incapazes no caso de divórcio de seus responsáveis legais, como a guarda compartilhada.

O presente trabalho visa, justamente, a questionar a adequação dessa aplicação analógica das regras da guarda compartilhada, originalmente criada para auxiliar no litígio que envolve filhos de casais em processo de separação, para resolver conflitos sobre a guarda de animais de estimação, o que implica, por vezes, num resultado antagônico do esperado pela legislação nacional, que prevê a entrega do bem ao seu proprietário e, em caso de condomínio sem acordo, a venda do bem com divisão igualitária do lucro, o que não atende aos interesses das partes no caso.

Nesta pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa brasileira, criando um conjunto de proposições hipotéticas, as quais a pesquisadora acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa.

O método de procedimento específico adotado foi a pesquisa exploratória, visto que se busca esclarecer e trazer conceitos e ideias sobre o tema, com caráter necessariamente qualitativa, se valendo da análise bibliográfica sobre o tema, por meio de doutrinas, jurisprudências, artigos jurídicos, legislação, revistas jurídicas, publicações da mídia e documentos na internet.

A escolha do tema se justifica na medida em que é necessário discutir-se a questão da tutela dos animais e seus direitos, trazendo uma reflexão sobre possíveis mudanças de paradigmas a fim de se oferecer maior proteção aos animais e garantindo os interesses de seus donos.

Este trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro, pondera-se sobre a adequação do tratamento jurídico conferido aos animais pelo Código Civil com o previsto na Constituição Federal e a realidade atual das famílias.

O segundo capítulo é reservado a uma sintética análise sobre a necessidade de um exame mais aprofundado quando precisar decidir quem ficará com o animal num possível litígio, buscando estudar qual seria a vara mais adequada para conhecer e julgar litígios dessa espécie.

Finalmente, o terceiro e último capítulo busca analisar a possibilidade de aplicação de institutos, como a guarda compartilhada, criados para a proteção e melhor interesse de incapazes no caso de divórcio de seus responsáveis legais aos animais domésticos.

## 1. ANIMAIS COMO COISA OU SUJEITO DE DIREITOS

Em uma leitura sistemática do Código Civil brasileiro de 2002, é perceptível que o tratamento dado aos animais ainda é de mera “coisa”, especialmente ao se conjugar os artigos 82, 445 e 1.232, além, é claro, dos artigos que permitem empenhar animais, como o artigo 1.442, V, 1.444 e 1.447, visto que penhor é um direito real de garantia constituído sobre coisa alheia.<sup>1</sup>

Contudo, tal classificação vem sendo amplamente questionada, já que o direito à vida e ao tratamento digno são inerentes a todos os indivíduos, conforme destacado por Edna Dias<sup>2</sup>:

[...] Valorando a pessoa como um ser vivo, temos que reconhecer que a vida não é atributo apenas do homem, e sim um bem genérico, inato e imanente a tudo que vive. E, sob esta ótica, a pessoa tem seus direitos imbricados e sua condição de indivíduo, e não apenas pessoa física com identidade civil. Não poderemos chegar a outra conclusão senão a de que os animais, embora não sejam pessoas humanas ou jurídicas, são indivíduos que possuem direitos inatos e aqueles que lhes são conferidos pelas leis, sendo que os primeiros encontram-se acima de qualquer condição legislativa.

Outrossim, a Constituição Federal<sup>3</sup> resguarda a proteção de direitos dos animais delegando ao Ministério Público o dever de assegurar a efetividade de tais direitos e

<sup>1</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011, p. 947.

<sup>2</sup> DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 897, 17 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667>>. Acesso em: 28 set. 2019.

<sup>3</sup> Artigo 225, §1º, VII.

representar aqueles em juízo, determinação expressa também do art. 2º, §3º do Decreto nº 24.645/34.<sup>4</sup>

Ora, estaria a Constituição estabelecendo a existência de relações jurídicas entre coisas e pessoas ao eleger um ente público como legitimado para substituir bens em juízo ou demonstrar que os animais são sujeitos de direito?

Tradicionalmente, os bens, que tem como espécies as coisas e os semoventes, são tratados como objetos do direito, ou seja, bens jurídicos sobre os quais o sujeito titular do direito exerce o poder assegurado pela ordem legal.<sup>5</sup>

Considerando que personalidade é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações<sup>6</sup>, quem tem personalidade deve ser considerado sujeito de direitos. Sujeito de direitos não é apenas o homem, mas qualquer ente suscetível de ser detentor de direitos, incluindo entidades e organizações chamadas de pessoas jurídicas. Se a titularidade de direitos subjetivos fica condicionada à vontade do legislador, tendo ele atribuído direitos aos animais, por que estes ainda não são reconhecidos como sujeitos de direito?

Como destaca o Des. Carlos Alberto Garbi<sup>7</sup>:

Não é em virtude da habilidade dialética ou da capacidade intelectual que se deve definir o sujeito de direitos, mas em favor dos portadores de interesses. E nesse sentido FRANCESCA RESCINO observa que o progresso da ciência e da etologia tem demonstrado claramente que os animais são portadores de interesses, necessidades, desejos, instintos e direção e por isso não podem ser equiparados a coisas

É importante ressaltar que capacidade de direitos e capacidade de exercício ou de fato não se confundem. A primeira é a garantia de ter seus direitos assegurados, já a segunda é possibilidade de pleitear esses direitos em juízo por si só<sup>8</sup>. Portanto, o fato de alguém não possuir capacidade de exercício não implica no reconhecimento de inexistência de capacidade de direitos.

<sup>4</sup> Apesar do Decreto 24.645/34 constar, no *site* do Planalto, como revogado pelo Decreto nº 11 de 1991, ele encontra-se em pleno vigor, dado que foi editado durante a vigência do Decreto nº 19.398/30, que em seu art. 1º atribuiu ao chefe do Poder Executivo funções do Poder Legislativo. Isso é, por ter sido editado pelo chefe do executivo com o poder conferido pelo art. 1º do Decreto n. 19.398, o Decreto 24.645 tem força de lei, assim sendo, não pode ser revogado por um decreto posterior, em respeito a hierarquia das normas. Assim, apenas outra norma com *status* de lei (ou supralegal) poderá revogar o Decreto 24.645, conforme destaca Alessandra Strazzi, no artigo “*Direitos dos animais: dever do Estado? Parte 3 (final)*”, disponível em <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/133033984/direitos-dos-animais-dever-do-estado-parte-3-final>>. Acesso em: 28 set. 2019.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 34.

<sup>6</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: Lições*. Niterói: Impetus, 2007, p. 11.

<sup>7</sup> BRASIL. 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Voto nº 20.626*. Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. P. 1. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

Para tanto, o CC/2002 traz a figura do incapaz para denominar quem possui apenas a capacidade de diretos. A incapacidade “é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil”<sup>9</sup> e se divide em relativa e absoluta, a depender do grau de discernimento. Desta forma, na primeira – aplicada a quem tem certo grau de discernimento – se pode praticar alguns atos da vida civil, desde que esteja assistido por seus representantes legais (art. 4º, CC/2002); enquanto na segunda, por não possuir nenhum grau de discernimento, os considerados absolutamente incapazes não estão autorizados a praticar pessoalmente nenhum ato jurídico e nem exercer seus direitos sem estarem representados (art. 3º, CC/2002).

Heron José de Santana<sup>10</sup>, Promotor de Justiça do Meio Ambiente e doutor em Direito Animal, em companhia do também Promotor de Justiça do Meio Ambiente Luciano Rocha Santana e um pouco mais de uma dezena de juristas e associações, ao impetrar, em 2005, um *habeas corpus* (nº 833085-3) em favor da chimpanzé “Suíça”, caso histórico e inovador no Brasil, traz como um dos argumentos, o conceito de Kelsen, grande jurista austríaco, que:

não considerava nenhum absurdo que os animais fossem considerados sujeitos de direito, pois para ele a relação jurídica não se dá entre o sujeito do dever e o sujeito de direito, mas entre o próprio dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde. Para o mestre de Viena, o direito subjetivo nada mais é do que o reflexo de um dever jurídico, uma vez que a relação jurídica é uma relação entre normas, ou seja, entre uma norma que obriga o devedor e outra que faculta ao titular do direito exigi-lo

Por esse motivo, Edna Dias<sup>11</sup> defende que o tratamento dado aos animais no ordenamento jurídico brasileiro deveria se aproximar do outorgado aos incapazes, uma vez que ambos detêm direitos e podem reivindicá-los através de um representante legal, ou seja, possuem capacidade de direito, todavia não a capacidade de fato. Concluí, então que “os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres (...) incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas.”

Já para Daniel Lourenço<sup>12</sup>, se aplica aos animais a teoria dos entes despersonalizados, que diz que, mesmo não ostentando o *status* de pessoa, esses entes possuem determinados direitos subjetivos conferidos pelo ordenamento jurídico, ficando a titularidade desses direitos condicionada a vontade do legislador. Destarte, não é necessária a

<sup>9</sup> Ibidem. p. 107.

<sup>10</sup> KELSEN apud HC nº 833085-3/2005, *Revista Brasileira de Direito Animal*. V. 1, n. 1 (jan. 2006), Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006, p. 267.

<sup>11</sup> DIAS, op. cit.

<sup>12</sup> LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no congresso nacional brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2 (2016), nº 1, p. 826. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0811\\_0839.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0811_0839.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2019.

“adequação típica do animal na categoria de pessoa para que ele venha a titularizar determinados direitos subjetivos fundamentais.”<sup>13</sup>

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal admitiu em, ao menos, três casos emblemáticos que questionavam a constitucionalidade de leis que envolviam animais – farra do boi (RE nº 153.531-8/SC), briga de galo (ADI nº 1856) e vaquejada (ADI nº 4.983) – que a CF/88 garantiu direitos básicos a eles:

[...] não se deve desprezar o avanço representado pela possibilidade de regulamentação de muitas práticas envolvendo animais com vistas a evitar ou diminuir seu sofrimento e a garantir seu bem-estar. (...) o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais. Ao vedar “práticas que submetam animais a crueldade” (CF, art. 225, § 1o, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio-ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.<sup>14</sup>

Como todas as normas devem ser interpretadas conforme a constituição, é imperioso afirmar que os animais têm sim direitos subjetivos, não sendo mais possível serem considerados como simples coisas, meros objetos do direito, como prescreve o CC/2002. Hoje, no sistema normativo brasileiro, são assegurados aos animais direitos básicos e o mínimo existencial, além de lhes serem garantidos a possibilidade de exigir, por meio do Poder Público, o cumprimento de determinadas condutas das pessoas a fim de efetivar seus direitos.

## 2. GUARDA DE ANIMAL: QUESTÃO DE FAMÍLIA OU DIREITO CIVIL?

O ordenamento jurídico brasileiro determina que conflito entre particulares por direitos sobre bens privados será regido pelo Direito Civil. Assim, quando há litígio sobre a propriedade ou posse de uma coisa, a competência para conhecer a questão será da vara cível stricto sensu.

Desta forma, pela legislação atual, quando não há consenso nas lides relacionadas à propriedade ou posse dos animais de estimação, o competente para dirimir tais conflitos será o juízo cível.

<sup>13</sup> Idem. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 310.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 Ceará*. Relator: Ministro Marco Aurélio. P. 39/40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1º out. 2019.

Contudo, com a evolução da ciência o princípio da senciência passou a ser considerado uma realidade e, com isso, o reconhecimento que uma simples partilha de bens ou as regras tradicionais para definir a propriedade não são suficientes para resolver satisfatoriamente a tutela de animais domésticos.

Senciência surgiu da junção dos termos sensibilidade e consciência. É entendida como a capacidade de sentir conscientemente. Para Gilson Volpato<sup>15</sup> é a “habilidade de subjetivamente experimentar dor, frio, conforto, desconforto, e conscientemente diferenciar estados internos como bons ou ruins, agradáveis ou desagradáveis”.

Charles Darwin<sup>16</sup>, com sua famosa teoria da evolução, já defendia que a “atividade mental dos animais deve ser semelhante àquela dos humanos, indicando assim que os animais seriam seres com ao menos algum grau de consciência”, ou seja, a diferença dos animais humanos para com outros animais é apenas de grau.

Em 2012, foi publicado o Manifesto da Universidade de Cambridge, assinado por neurocientistas de todo o mundo, inclusive pelo celebre Stephen Hawking, um dos mais consagrados cientistas da atualidade. O projeto científico<sup>17</sup> que gerou o manifesto revelou que animais também possuem consciência:

[...] a habilidade de sentir dor e prazer em mamíferos e seres humanos é muito semelhante. (...) Quando um cachorro está com medo, sentindo dor, ou feliz em ver seu dono, são ativadas em seu cérebro estruturas semelhantes às que são ativadas em humanos quando demonstramos medo, dor e prazer.

Em 2016, o periódico *Biology Letters* acrescentou a essa descoberta a informação que cachorros são capazes de compreender emoções de indivíduos da própria espécie e de humanos, o que revela uma capacidade cognitiva sofisticada.<sup>18</sup>

Ora, se os animais são capazes de, conscientemente, sofrerem em situações dolorosas, desconfortáveis ou frustrantes, o interesse deles também deve ser levado em consideração. Não é mais possível admitir que uma mera questão patrimonial seja preponderante face a todo sofrimento imposto.

<sup>15</sup> VOLPATO apud MAIA, Caroline Marques. *O que é senciência?* Blog ConSCIÊNCIA animal. Disponível em: <<https://conscienciaanimalblog.wordpress.com/o-que-e-senciencia/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> PIRES, Marco Túlio. “Não é mais possível dizer que não sabíamos”, diz Philip Low. *Veja*. Jul. 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/nao-e-mais-possivel-dizer-que-nao-sabiamos-diz-philip-low/>> Acesso em: 9 abr. 2020.

<sup>18</sup> Seu cão sabe quando você está mal, confirma estudo. *Veja*. Jan. 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/seu-cao-sabe-quando-voce-esta-mal-confirma-estudo/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

O animal é dotado tanto de intelecto quanto de consciência e, por isso, o seu sofrimento deve suscitar no homem uma profunda piedade. Não somente a conduta dos animais, mas seus próprios comportamentos, gestos e fisionomia revelam neles a existência de uma vida interior: uma vida talvez diversa e distante da nossa, mas dotada de consciência, de modo que não pode ser reduzida a um simples mecanismo fisiológico<sup>19</sup>

Com a nova ética senciocêntrica torna-se inviável a discussão de tais temas no âmbito puramente civil.

Nessa linha de pensamento, o juiz Leandro Katscharowski Aguiar<sup>20</sup>, titular da 7ª Vara Cível da comarca de Joinville - SC, em um julgamento de grande repercussão, declinou a competência em favor da Vara da Família daquela comarca sobre o processo de posse e propriedade da cadelinha de um casal recém-separado, por entender que magistrados das Varas da Família são muito mais sensíveis para resolver a questão e que poderiam processar e julgar a causa da melhor maneira, baseando-se na afetividade no âmbito familiar e “quem sabe se valendo da concepção, ainda restrita ao campo acadêmico, mas que timidamente começa a aparecer na jurisprudência, que considera os animais, em especial mamíferos e aves, seres sencientes, dotados de certa consciência”.

Tal posição já ganhou adeptos até mesmo em segunda instância. Em acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador Carlos Alberto Garbi<sup>21</sup> inicia seu voto ressaltando Migliore, que defende que a lei, ao manter os animais como coisas, usou premissas que sucumbiram, baseadas em ideais ultrapassadas com egocentrismo absolutamente – chamado por ele de egoísmo especista.

Continua explicando que o homem não deve ser o único sujeito digno de consideração moral, visto que há outros seres com individualidades biopsicológicas, com psiquismo ativo e que são capazes de sentir e de querer, devendo, portanto, ser aplicado a eles também os princípios de igualdade e justiça, sob pena de afrontar a consciência ética da humanidade. Ao concordar com Antônio Pereira da Costa, ressalta que:

a sensibilidade torna-os merecedores de tutela jurídica (...) o animal é um ser que sofre, sente alegria e tristeza, fica nervoso, cria relações de amizade e de inimizade, brinca e gosta de ser acariciado, tem por vezes um grande sentimento de gratidão, como o cão vadio recolhido, que é de grande dedicação à pessoa que o acolhe, e de solidariedade<sup>22</sup>

<sup>19</sup> MARTINETTI apud LEVAI, Laerte Fernando. *Os animais sob a visão da ética*. p. 21. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/os\\_animais\\_sob\\_a\\_visao\\_da\\_etica.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>20</sup> MEDEIROS, Ângelo et al. *Juiz entende que cão não é objeto e remete disputa por animal para Vara de Família. Poder Judiciário de Santa Catarina*. Sala de Imprensa. 19/05/2016. Disponível em: < <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-anim-al-para-vara-de-familia> > Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>21</sup> MIGLIORE apud BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>22</sup> Ibidem. p. 5.

A única diferença é que o humano plenamente capaz consegue expressar seus sentimentos através de palavras.<sup>23</sup> Por isso, há necessidade de uma análise minuciosa do juízo ao decidir sobre conflitos envolvendo incapazes (seja animais ou pessoas com discernimento incompleto), a fim de se evitar injustiças escandalosas:

O animal em disputa pelas partes não pode ser considerado como coisa, objeto de partilha, e ser relegado a uma decisão que divide entre as partes o patrimônio comum. Como senciente, afastado da convivência que estabeleceu, deve merecer igual e adequada consideração (...). O acolhimento da sua pretensão atende aos interesses essencialmente da agravante, mas tutela, também, de forma reflexa, os interesses dignos de consideração do próprio animal.<sup>24</sup>

Privilegiando um fundamento ético e congruente aos valores da nova era, Garbi corrobora com Villela ao afirmar que independe o tratamento jurídico dado pelo código aos animais para que se possa protegê-los na prática. Ainda que o CC/2002 já tenha nascido velho e perdido a oportunidade de, seguindo os moldes de Códigos Europeus, rever a posição designada aos animais no direito pátrio, esta atualização não é necessária “para reconhecer que [os animais] são portadores de dignidade e lhes garantir tratamento justo.”<sup>25</sup> Afinal “o direito nunca dependeu da biologia para oferecer respostas convenientes”<sup>26</sup>.

Isso posto, resta clara a adequação do tema a competência reservada à vara de família, que, por ser tratar de uma vara especializada, analisará a questão com mais cuidado e sensibilidade necessária ao caso.

### 3. O RECONHECIMENTO DO BEM-ESTAR ANIMAL E A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.

Reconhecendo a inadequada classificação do CC/2002 com o novo *status* jurídico dos animais, constata-se uma lacuna legislativa a respeito da regulamentação sobre animais adquiridos sem fins patrimoniais, e sim com a função precipuamente afetiva, tornando-se necessário adaptar a legislação existente para atender tais casos.

Pensando nisso, diversos projetos de lei foram propostos a fim de dirimir os conflitos decorrentes dessa relação afetiva e regulamentar a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores.

---

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem. p. 1.

<sup>25</sup> VILLELA apud Ibidem. p. 9.

<sup>26</sup> Ibidem.

Atualmente, está em tramitação um projeto de Lei<sup>27</sup> que dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável.

Como justificativa para o projeto, a Senadora Rose de Freitas<sup>28</sup> argumenta que

Os animais de estimação ocupam um espaço afetivo privilegiado dentro das famílias brasileiras, sendo por muitas pessoas considerados membros da entidade familiar. (...) Apesar disso, o ordenamento jurídico ainda não possui previsão normativa para regular o direito à convivência com os bichos após o fim do casamento ou da união estável.

Enquanto a lei regulamentando um regime de guarda e visitação para o animal de estimação não é editada, magistrados de todos os cantos do país e nos mais variados graus de jurisdição vêm decidindo de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, o que é permitido pela LINDB<sup>29</sup>.

Ratificando essa ideia, foi aprovado, no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, o Enunciado nº 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)<sup>30</sup>, segundo o qual “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”.

Com a expansão do conceito de família e o reconhecimento de um vínculo quase paterno-filial entre as pessoas e seus animais de estimação, a aplicação desse entendimento vem se tornando cada vez mais frequente.

É evidente que os deveres que obrigam os humanos a terem uma espécie de cuidado para com os animais não se originam do parentesco ou de um poder familiar advindo de uma relação de filiação, como no caso das crianças e adolescentes, mas de um comportamento ético-moral esperado. “É uma relação pautada pelo afeto que ambos os seres experimentarão, mas também vinculada a uma conduta responsável por parte dos humanos, que se exprimirá através de um dever de cuidado.”<sup>31</sup>

Assim, deve-se reconhecer que ao aplicar o direito de família ao conflito não estará o julgador privilegiando apenas o bem-estar do animal senciente, mas também os interesses

<sup>27</sup> Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018.

<sup>28</sup> BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 542*, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1567529324426&disposition=inline>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>29</sup> Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

<sup>30</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciado nº 11*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>31</sup> CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?* 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

afetivos dos humanos em disputa, que querem, numa análise mais profunda, que o imparcial judiciário se manifeste acerca da lide atendendo o melhor interesse do animal.

O conceito jurídico de melhor interesse é indeterminado, portanto, o juiz, na análise dos elementos do caso concreto, que o materializará buscando o bem-estar do ser envolvido na causa, seja uma criança ou um animal.

É imperioso ressaltar que esse critério, diferente do que ocorre com as crianças, não se mostra absoluto dado as peculiaridades do caso. Deve-se, sempre que possível e da maneira mais viável, ser compatibilizado esse melhor interesse do animal com o interesse de seus tutores.<sup>32</sup>

Marianna Chaves<sup>33</sup> defende, inclusive, que a guarda alternada<sup>34</sup> se adequa melhor aos animais do que propriamente a crianças e adolescentes, já que nessa modalidade de guarda o indivíduo terá uma divisão equilibrada do tempo de contato com cada responsável e uma alternância constante de residência, o que é desaconselhável para crianças e adolescentes:

O *pet*, assim como os filhos humanos, necessita de afeto, atenção e cuidado, mas não será prejudicado pela alternância constante de residência. (...) A mudança, para os animais, não irá gerar grandes conflitos, pois não deverá ser compatibilizada com horários das atividades escolares e extracurriculares, e tampouco irá acarretar suscitar distúrbios como a falta de raízes, que a guarda alternada impõe nas crianças e adolescentes que vivem como nômades, com uma mochila nas costas.

No que pese posições contrárias, que interpretam literalmente o CC/2002 e tratam os animais como meras coisas sem direito algum, é possível afirmar que o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência, inclusive com decisões do STJ neste sentido, é de que “o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.”<sup>35</sup>

Em seu voto, no Recurso Especial nº 1.713.167, o Ministro Luis Felipe Salomão<sup>36</sup> destacou que:

A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Modalidade de guarda prevista no art. 1.583, §2º, CC/2002.

<sup>35</sup> BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Voto do relator no Recurso Especial nº 1.713.167 - SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. p. 3. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83443343&num\\_registro=201702398049&data=20181009&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83443343&num_registro=201702398049&data=20181009&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>36</sup> Ibidem. p. 4.

Ao negar provimento ao recurso e manter o direito de visitas do recorrido ao animal, reconheceu que:

Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender [...] aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.<sup>37</sup>

Nessa mesma linha, o Des. Marcelo Lima Buhatem<sup>38</sup>, na apelação cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, assevera que “por sua natureza e finalidade [o animal de estimação], 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.”

Por isso, o judiciário cada vez mais ratifica que “Vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos.”<sup>39</sup>, mesmo sem normatização específica a respeito.

Desta maneira, torna-se claro que a atual realidade científica e jurisprudencial requer um modo de resolução de conflitos mais adequado a importância que esses animais exercem em suas famílias. Enquanto isso não ocorre, devido ao total retrocesso e descompasso que a normatização pátria apresenta, necessário é que o julgador, com seu senso de justiça, revise os conceitos do Direito para aplicar a correta decisão.

Demonstra-se, portanto, perfeitamente possível, a fim de compatibilizar os anseios da sociedade e a expectativa legítima que ela deposita no judiciário, o uso, analogicamente, das regras de guarda compartilhada, visitação e prestação de alimentos já existentes no ordenamento brasileiro aos animais de companhia, naquilo que for compatível e respeitando as peculiaridades do caso. Priorizando sempre o interesse de todos os envolvidos.

## CONCLUSÃO

A proposta desta pesquisa foi refletir sobre o atual tratamento jurídico dado aos animais de estimação e sua adequação com a realidade fática das famílias.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> BRASIL. 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Desembargador Marcelo Lima Buhatem, p. 1, 2 e 11. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/posse-compartilhada-cao-estimacao.doc>> Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>39</sup> Ibidem. p. 3.

É incontestável a confiança que a sociedade brasileira deposita no judiciário para a resolução de suas lides, contudo este não pode estar totalmente desconectado com as mudanças da sociedade, sob pena de cometimento de graves injustiças e um resultado nada efetivo.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou verificar a urgência da necessidade de uma mudança do paradigma atual e da visão juscivilista que se mantém ultrapassada em relação aos animais. Enquanto isso não se concretiza, forçoso é o reconhecimento das lacunas legislativas e a aplicação analógica de regras que se enquadram melhor no cenário contemporâneo.

Inicialmente, a análise se fundou no *status* jurídico dos animais, tanto o previsto no Código Civil, quanto a nova interpretação extraída da Constituição Federal. Esta, apesar de ser anterior ao CC/2002, se revela mais novel ao não negligenciar outras formas de vida não humana, ao passo que o Código Civil se mostra desatualizado quanto os sujeitos passíveis de tutela estatal, ainda tratando os animais como meras coisas.

Ao perceber que a senciência é um fato, não é possível manter-se indiferente com o sofrimento alheio simplesmente por ser com entes fisicamente diferentes da gente. Assim, o interesse dos animais nas relações que os envolvem passa a ser reconhecido.

É perceptível que os animais domésticos fazem parte do núcleo familiar padrão brasileiro e, como tal, seus conflitos devem ser deliberados na vara especializada da justiça em resolver questões inerentes a família.

Conclui-se que o estágio evolutivo em que a sociedade contemporânea chegou exige não somente compaixão, mas uma verdadeira inclusão ética de outros organismos vivos ao atual rol de legitimados, que, assim como a gente, são capazes de sentir.

O princípio que veda o *non liquet* impede que a falta de disciplina legal que normatize integralmente determinado assunto sirva de alibi para a não resolução da questão e o cometimento de injustiças.

Não se pode esquecer que o direito é mutável, devendo adaptar-se a realidade fática, sob pena de ficar obsoleto e sem efetividade social. Se há alguns anos os animais eram relegados a segundo plano, hoje se revelam no centro de diversas lides, tornando-se merecedores de especial atenção.

Restou cristalino, por essas razões, que a proposta da pesquisadora consiste na tese de que deve haver uma considerável preocupação do magistrado na decisão que envolva animais domésticos com vínculos afetivos, resguardando-se os direitos e garantias conferidos a todos os envolvidos na relação, a fim de que a melhor solução seja tomada.

Desse modo, não há uma razão lógica para impedir a aplicação das regras inerentes à guarda compartilhada dos filhos menores aos conflitos envolvendo animais de estimação, visto a similitude das situações envolvendo incapazes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Voto do relator no Recurso Especial nº 1.713.167 - SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83443343&num\\_registro=201702398049&data=20181009&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83443343&num_registro=201702398049&data=20181009&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 25 abr. 2020

\_\_\_\_\_. 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Voto nº 20.626*. Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>>. Acesso em: 11 abr. 2020

\_\_\_\_\_. 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/posse-compartilhada-cao-estimacao.doc>> Acesso em: 25 abr. 2020

\_\_\_\_\_. HC n.833085-3/2005, *Revista Brasileira de Direito Animal*. V. 1, n. 1 (jan. 2006), Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

\_\_\_\_\_. *Projeto de lei do Senado nº 542*, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1567529324426&disposition=inline>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4.983 Ceará*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 out. 2019.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: Lições*. Niterói: Impetus, 2007.

CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?* Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 897, 17 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667>>. Acesso em: 28 set. 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciado nº 11*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

LEVAI, Laerte Fernando. *Os animais sob a visão da ética*. p. 21. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/os\\_\\_animais\\_\\_sob\\_\\_a\\_\\_visao\\_\\_da\\_\\_etica.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/os__animais__sob__a__visao__da__etica.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2020.

LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no congresso nacional brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2 (2016), nº 1., p 826. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0811\\_0839.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0811_0839.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

MAIA, Caroline Marques. *O que é senciência?* Blog ConsCIÊNCIA animal. Disponível em: <<https://conscienciaanimalblog.wordpress.com/o-que-e-senciencia/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

MEDEIROS, Ângelo et al. *Juiz entende que cão não é objeto e remete disputa por animal para Vara de Família*. Poder Judiciário de Santa Catarina. Sala de Imprensa. 19/05/2016. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-animal-para-vara-de-familia>> Acesso em: 10 abr. 2020

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIRES, Marco Túlio. “Não é mais possível dizer que não sabemos”, diz Philip Low. *Veja*. Jul. 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/nao-e-mais-possivel-dizer-que-nao-sabiamos-diz-philip-low/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

Seu cão sabe quando você está mal, confirma estudo. *Veja*. Jan. 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/seu-cao-sabe-quando-voce-esta-mal-confirma-estudo/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

STRAZZI, Alessandra, *Direitos dos animais: dever do Estado?* Parte 3 (final). Disponível em <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/133033984/direitos-dos-animais-dever-do-estado-parte-3-final>>. Acesso em: 28 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011.