

Animais de estimação como seres de direito e a (im)possibilidade da guarda nos casos de ruptura do vínculo conjugal dos guardiões

Paula Caroline Wisniewski (Paula.carolinewis@hotmail.com)
Fundação Escola Superior do Ministério Público - Pós-Graduação

Resumo: O presente artigo objetivou analisar a guarda dos animais de estimação nos casos de ruptura litigiosa do vínculo conjugal dos seus guardiões. Os avanços da sociedade fizeram os animais tornarem-se parte das famílias e assim surgiram situações diversas sobre a necessidade de novas avaliações sobre como estes devem ser considerados perante o ordenamento jurídico, a fim de resguardar as famílias e o bem-estar de todos, e colocando em questão a difícil situação de decidir como ficará esta relação quando ocorrer a ruptura do vínculo conjugal dos guardiões e ambos quiserem permanecer com o animal, expressando a problemática deste estudo. Foi possível perceber que a paulatina compreensão, pelo Poder Judiciário, da importância dos animais de estimação no universo familiar vem possibilitando a tomada de decisões que consideram a tutela dos animais como relevante nas dissoluções conjugais litigiosas. A presente pesquisa foi realizada através do método analítico e da técnica de pesquisa bibliográfica. Sua relevância decorre do reconhecimento de novas conjugações familiares, inclusive com a participação de animais de estimação como membros da família.

Palavras-Chaves: Animal de estimação. Guarda de animais. Família. Ruptura do Vínculo Conjugal. Status Jurídico.

Abstract: *The present article aimed to analyze the guardianship of pets in cases of litigious rupture of the marital bond of their guardians. The advancement of society has made animals become part of families and so diverse situations have arisen about the need for further assessments of how they should be considered towards the legal order in order to protect families and the well-being of all, and calling into question the difficult situation of deciding how this relationship will remain when the marriage bond of the guardians breaks down and both wish to remain with the animal, expressing the problem of this study. It was possible to perceive that the gradual understanding by the Judiciary of the importance of the pets in the family universe has made it possible to make decisions that consider the guardianship of animals as relevant in the dissolutions of litigious marriages. The present research was carried out through the analytical method and the bibliographic research technique. Its relevance stems from the recognition of new family conjugations, including the participation of pets as family members.*

Keywords: *Pet. Guardian of animals. Contemporary family. Break of marital bond. Legal Status.*

1. INTRODUÇÃO

As modificações de vida em sociedade, juntamente com as novas perspectivas familiares e do meio ambiente, vêm transformando significativamente a relação ser humano e animal doméstico. Neste sentido, os animais adentraram aos lares, tornaram-se parte da família e detentores de muito afeto e carinho de seus ‘guardiões’, assim, considerados como filhos de outra espécie. Em razão deste novo papel atribuído aos animais de estimação no universo familiar, nos casos de dissolução do vínculo conjugal surge a problemática de quem ficará com o animal, que é muito mais que apenas um ser de estimação, gerando a necessidade de buscar através do Estado auxílio para solucionar o conflito e regulamentar a possível guarda, para que ambos os conjugues possam manter as relações de afeto e carinho e o próprio bem-estar do animal.

Não só no Brasil, mas em diversos outros países, os animais domésticos já são substitutos de filhos. O afeto transmitido na relação homem-animal reforçou toda essencialidade da relação multiespécie no século XXI e mostra dia após dia o quão importante um ser, independente de raça, pode ser para uma família, ocasionando, com essa mudança de paradigma, grandes questões jurídicas, tanto sobre (1) o status que o animal tem segundo o Código Civil Brasileiro, quanto (2) à possibilidade de uma regulamentação das relações homem/animal, bem como (3) no tocante à base jurídica que poderá servir de fundamento para a regulamentação de tais relações.

Sendo assim, analisar a (im) possibilidade de guarda de animais de estimação é o principal objetivo desta pesquisa, a partir da problemática de qual status jurídico necessário ao animal e sua situação nos casos de rompimento do vínculo conjugal de seus guardiões.

2 ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO E SEU STATUS JURÍDICO

Os animais de estimação, também chamados de animais de companhia ou ainda animais domésticos “são aqueles que permanecem no lar, tais como: cães, gatos, hamsters, peixes de aquário, coelhos, iguanas, furões etc., desde que não abarcados pela legislação especial que impeça sua detenção.” [1] (p. 53) O presente estudo dá-se principalmente quanto aos cães e gatos.

A relação homem e animal surgiu há muito tempo, inicialmente para auxiliar na caça e defesa, depois os laços foram se aprofundando, os animais sendo domesticados, adentrando aos lares, e atualmente, tendo local especial nas famílias e sendo em alguns casos essenciais ao bem-estar e alegria dos ‘donos’. A doutrina diz que:

O homem domesticou alguns animais e eles se tornaram companheiros, considerados valiosos para sua saúde corporal e psíquica. De acordo com estudo realizado pela Associação Psicológica dos Estados Unidos e publicado no *Journal of Personality and Social Psychology*, conviver com um animal doméstico é uma importante ferramenta de suporte social, que nos traz benefícios físicos e psicológicos. [1] (p. 54)

A importância desses seres é tanta que muitos países passaram a adotar legislação específica para a sua proteção. No âmbito internacional há a Convenção Europeia dos direitos dos animais:

A Convenção Europeia dos Direitos dos Animais de Companhia estabeleceu o dever especial do detentor do animal a cuidar, de modo a não colocar em causa os parâmetros de bem-estar, e vigiá-los de modo a evitar que este coloque em risco a vida ou a integridade física de outros animais e pessoas. [1] (p. 54)

No âmbito brasileiro, existem legislações que visam coibir práticas de maus tratos contra os animais, porém a proteção restringe-se quase que exclusivamente a este tema e ainda de forma superficial, dificultando o reconhecimento de que animais de estimação são detentores de direitos que lhes garantam direitos mínimos durante sua existência. A doutrina diz que:

O animal possui vida e direito a vida, exatamente por isso, precisa ser respeitada. Em outras palavras; é obrigatório compreender o direito à vida dos animais não-humanos igualmente ao direito dos humanos, ou seja, há de ser reverenciada a vida em sua existência até os limites naturais. Seres sensíveis, com capacidade de sofrer, independentemente do grau da dor ou da capacidade da manifestação, devem ser respaldados pelo princípio da igualdade e fazem jus a uma total consideração ética. Infligir dor aos animais não-humanos, não desculpa qualquer tese de domínio dos interesses do homem, sobretudo quando o fim é a lucratividade. [2] (p. 209-210)

Observa-se que a tutela efetiva aos animais é necessária, e essa discussão tem se tornado tema recorrente e aqui no Brasil, havendo certamente muito a ser feito. Um ponto que poderá ser primordial para essa mudança de paradigmas e concepções para a proteção animal diz respeito a seu status jurídico, que é como o animal é visto perante o ordenamento jurídico.

2.1 Status Jurídico dos Animais de Estimação – O Ser Como Coisa

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente o Código Civil[3] classifica o animal como coisa, bem semovente, passível de apropriação, dando ao homem o direito de usar, gozar, e dispor como bem entender, sendo os animais propriedade de seus ‘donos’. A Constituição Federal [4], por sua vez prevê a preservação do meio ambiente e a proteção aos animais contra crueldade, porém, não com objetivo de proteção ao meio ambiente ou do próprio animal. “Percebe-se, portanto, que na realidade o bem jurídico tutelado é a sadia qualidade de vida humana, sendo tanto o meio ambiente, a fauna e os animais individualizados apenas como um meio para aquele fim.” [5] (p. 108).

Há de se ressaltar, que, mesmo que o propósito seja a proteção humana, singelamente a Constituição Federal já reconhece certa sensibilidade aos animais, como diz Silva e Vieira:

Contudo, tal direito de propriedade não é absoluto desde o advento da Constituição Federal de 1988, a ordem constitucional brasileira reconhece que os animais são dotados de sensibilidade, [...] proibindo expressamente as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a sua extinção ou os submetam a crueldade” (GODILHO, 2008, P. 138). Em vista do mandamento constitucional, apesar de os animais continuarem com seu status de objeto, são vedadas práticas de crueldade, reconhecendo a esses seres vulneráveis o direito fundamental a vida e a integridade física, ecoando novas diretrizes as leis infraconstitucionais e a sociedade. [6] (p. 73)

Contudo, a proteção constitucional é voltada à proteção do meio ambiente como um todo, e não alcança a proteção do animal em si.

Mesmo assim, é importante a reconhecer que a Constituição de 1988, apesar de não ter como objetivo principal o animal, dá certa proteção indireta a ele ao proteger o meio ambiente que ele integra.

Há autores, contudo, que vão além e defendem que os animais são seres sencientes (capazes de sentir) e, portanto, devem ser, eles próprios e por si, objeto da proteção legal.

Sobre isso, Silva e Vieira dizem que:

Nessa ordem legal estabelecida, os animais são tidos como meros objetos, passíveis de apropriação e comércio pelos seres humanos, tendo importância quando possuem valor econômico. Dessa maneira, sua regulação jurídica é indireta, sempre em benefício do homem, seu proprietário. Contudo, a nova ordem social estabelecida no Brasil e no mundo, embasada pelo avanço das ciências biológicas, tenciona a um novo olhar para a atual situação dos animais não humanos. O ordenamento jurídico passa a ser questionado de forma contundente sobre a posição desses seres como simples objetos do direito, como meras coisas a serviço e deleite do ser humano. [7] (p. 15)

Desta forma, no tocante à proteção jurídica dos animais, o ordenamento jurídico opera em quatro vertentes. Há, de um lado, o texto constitucional que protege, no artigo 225 e seguintes, o meio ambiente como um todo e, por consequência, os animais que compõem este conceito. De outro lado, a legislação civil ainda trata os animais como coisa, objeto, destarte, do exercício do direito de propriedade do dono sobre eles. Tais vertentes não fazem qualquer distinção entre o tipo de animal (doméstico, silvestre, selvagem ou criado para alimentação humana). Os animais silvestres e selvagens, a seu turno, gozam de proteção específica de leis ambientais, que buscam a preservação da diversidade da fauna nacional (PESQUISAR E APONTAR, EXEMPLIFICATIVAMENTE, LEIS NESTE SENTIDO). Finalmente, há que se ressaltar a inexistência de lei específica que proteja animais domésticos, os quais são o objeto de atenção do presente estudo. Tal inexistência também deve ser considerado um pilar do arcabouço jurídico pertinente ao tema em questão, na medida em que comunica a inexistência de um interesse social e institucional de que haja tal proteção.

Entretanto, recorrentes têm sido as demandas de grupos sociais específicos que clamam pela proteção direta e específica dos animais, especialmente os domésticos (cães e gatos), que estão, conforme referido, fora do alcance da legislação ambiental que visa a proteção da fauna brasileira.

Paralelamente, recorrentes são, no Judiciário, demandas em que casais disputam a manutenção de animais domésticos sob seus cuidados em caso de dissolução do vínculo conjugal.

Assim surge uma questão importante, que no passado não era sequer discutida no Brasil e está diretamente relacionada à concepção jurídica do animal: os animais são

realmente capazes de sentir? Esta questão pode alterar a estrutura do ordenamento quanto à proteção dos animais. Registre-se novamente, contudo, que o presente estudo trata apenas de animais domésticos, pois (1) o estágio atual de reconhecimento de direitos é extremamente distinto para animais domésticos de companhia e animais domesticados destinados ao consumo humano e (2) pretender discutir direitos dos animais destinados a consumo significa questionar, a nosso ver, a própria cadeia de consumo, o que não é o propósito do presente estudo.

Para ilustrar este ponto, basta que atentemos para o fato de que determinadas práticas são socialmente aceitas para porcos, gado e frango e totalmente impensáveis para cães e gatos, como é o caso do confinamento para engorda no caso do frango, por exemplo.

2.2 Animais são Seres Sencientes?

Aqueles que possuem animais domésticos em seus lares já há muito tempo entendem que esses seres são capazes de sentir, seja dor, alegria, angústia, tristeza, euforia. A partir desta compreensão, começaram a surgir pesquisas sobre a senciência animal. “Como disse o filósofo e jurista britânico Jeremy Bentham, um dos precursores da discussão sobre os direitos dos bichos: “a questão não é se eles podem raciocinar ou se podem falar, e sim se podem sofrer.”[8]

A doutrina define a senciência como:

[...] que sente, salienta que é um termo não existente no dicionário, nele havendo apenas o adjetivo senciente que foi aprimorado a fim de evitar acrobacias linguísticas. Sendo assim o termo senciência é utilizado de maneira associada a consciência, ou seja, a capacidade de ter sentimentos que são associados à consciência. [9]

Molento diz ainda que havia certo ceticismo quanto a comprovação desta senciência pela comunidade científica:

Ao se considerar a vida emocional dos animais, alguns podem ser bastante críticos, clamando a necessidade de prova científica irrefutável e empregando este argumento de forma bastante tendenciosa. Ou seja, ninguém tampouco provou o contrário, que os animais não sentem, mas esta incerteza raramente é levantada. Segundo um dos maiores estudiosos da consciência animal, Donald Griffin, a comunidade científica parece exigir maiores evidências para aceitar os sentimentos dos animais que em outras áreas do conhecimento. Porque as experiências subjetivas são assuntos privados, residindo no cérebro de cada um e inacessíveis aos outros, torna-se fácil aos céticos afirmar que jamais teremos certeza dos sentimentos dos animais e, por este motivo, declarar o assunto encerrado. Por outro lado, uma espiada no corpo de estudos científicos mostra que raramente temos um conhecimento completo das questões envolvidas em qualquer assunto; entretanto, isto não nos impede de fazermos previsões corretas. Aliás, completude de conhecimento é algo que pouquíssimos cientistas puderam oferecer. A bem da verdade, devemos reconhecer que a senciência de outro ser humano também não pode ser provada cientificamente. O acesso à mente e aos sentimentos de outros indivíduos é limitado porque não podemos adentrar a esfera privada de um outro indivíduo,

humano ou não. Evidentemente, isto não nos impede de tentar entender o que um outro ser humano está pensando ou sentindo, nem nos impede de utilizar esta informação para tomar decisões compassivas. A ciência tradicional cartesiana precisa evoluir da postura simplista de “não temos certeza, então não existe”[9]

Observa-se que não há conhecimento completo sobre a senciência animal. Entretanto, para tentar diminuir essa incredibilidade dada ao tema e inclusive comprovar cientificamente a senciência nos animais alguns eventos e pesquisas ocorreram:

Em março de 2005 houve uma Conferência denominada “From Darwin to Dawkins: The Science and implications of animal sentience”, que reuniu cerca de 600 participantes provenientes de 50 países. Pensadores internacionais de ponta na atualidade apresentaram suas perspectivas, a partir de suas atuações que, em conjunto, abrangem as áreas de filosofia, ciência, legislação, política mundial e agronegócio. Este livro é uma coleção de textos produzidos por 24 dos palestrantes convidados e enfoca os aspectos éticos e de regulamentação que se originam a partir do reconhecimento da senciência animal. Outras 14 contribuições convidadas à Conferência, relacionadas ao estudo científico da senciência animal, foram publicadas no periódico *Applied Animal Behaviour Science*, 2006, editadas por John Webster. A Conferência foi organizada pela ONG *Compassion in World Farming*. [9]

Mais recentemente, em julho de 2012:

Um proeminente grupo internacional de neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais cognitivos reuniu-se na Universidade de Cambridge para reavaliar os substratos neurobiológicos da experiência consciente e comportamentos relacionados em animais humanos e não humanos.[10]

Nesse encontro foi assinada a Declaração de Cambridge sobre a Consciência animal em animais humanos e não humanos, que teve inclusive a presença do físico Stephen Hawking. Sendo documento relevante ao tema, torna-se essencial mostrar parte do texto, que diz:

Nós declaramos o seguinte: “a ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos tem os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos”[10]

O texto demonstrou grande avanço, contou com diversos pesquisadores, e revelou que a capacidade de sentir está localizada em uma parte cerebral comum a humanos e não humanos. Nesta perspectiva, os animais são seres

possuidores de consciência. Importante que se registre que tal atributo é reconhecido aos animais em geral, e não apenas aos domésticos.

E essa confirmação científica foi um grande passo para reforçar a proteção aos animais. Afinal “se um ser sofre, não pode haver justificação moral para deixar de levar em conta esse sofrimento.” [11] (p. 28)

E sob essa nova ordem social que diversos países começaram a reconsiderar a senciência dos animais, como mostra Silva e Vieira:

Frente a essa nova visão, países europeus, sob uma outra perspectiva, fincam marcos jurídicos de que os animais não humanos não são simples coisas, mas seres sencientes, sujeitos de vida, e, portanto, carecedores de outro olhar da sociedade, merecedores de um tratamento diferente ao dispensado a uma cadeira ou casa, por exemplo. [7] (p.16)

Neste prisma o parlamento francês alterou recentemente o status jurídico dos animais em seu código reconhecendo-os como seres sencientes e rejeitando a possibilidade de considerá-los propriedade pessoal de seus possuidores. [7]

Existem ainda algumas estatísticas quanto a relação homem e animal e como esses laços repercutem na vida de ambos. Referindo-se à inteligência animal e ao relacionamento entre as espécies há inúmeras histórias sobre a lealdade dos animais de estimação a seus donos, demonstrando a intensa ligação entre eles, um estudo, inclusive, detectou que cerca de 90% dos canadenses conversam com seus cães e 53% confiam mais nos cães que nos humanos, inclusive as crianças confiam mais nos cães que nos pais. Esta pesquisa observou ainda que, os cães, após o divórcio dos donos, sofrem de transtornos como ansiedade e depressão. [1].

Ainda quanto à afeição dos animais por seus donos:

Pesquisadores norte-americanos testaram 36 cães de diferentes raças para comprovar o que quase todo dono de animal já sabe: cães podem ser ciumentos em relação aos donos. O estudo, publicado no periódico PlosOne, mostrou que os cães demonstraram mais sentimento de ciúme quando seus donos brincavam e interagiam com um cachorro de pelúcia, ao invés de objetos aleatórios. [12]

Assim, pode-se dizer que os animais são sim seres sencientes, visto que sua senciência já foi objeto de estudo por pesquisadores e especialistas, observando que, com isso, legislações foram se adaptando e passando a ver o animal de maneira diversa da tradicional. E além das pesquisas científicas, a relação do homem com o animal é marco relevante para as definições jurídicas e sociais da consideração do animal doméstico, como é vista perante a relação animal de estimação e a sociedade.

3 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A relação entre indivíduos a fim de sobreviver, criar vínculos patrimoniais e procriar é milenar. Com o passar do tempo as relações familiares passaram por diversas mudanças, incorporando hábitos e práticas da própria evolução social. Assim, a família, tradicionalmente de composição nuclear e patriarcal, vem dando lugar às famílias formadas por outras parentalidade, nas quais o homem não mais assume um papel central.

Farias e Rosenvald dizem que:

Em sua origem, pois, a família não tinha um significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito a propriedade, designando os escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade. [...] com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. [13] (p. 39)

Atualmente, o termo família alberga relações muito distintas, e o próprio vínculo responsável pela sua configuração já não é apenas o sangue, pois o afeto também é reconhecido como um elo determinante à sua formação. Neste sentido Zwetsch afirma que:

Tarefa complicada se tornou definir família e dimensioná-la no atual contexto social. A complexa dinâmica das relações interpessoais e a evolução dos costumes estão procedendo a uma verdadeira reconfiguração da conjugabilidade, alterando substancialmente o núcleo básico e a concepção original desse instituto. [11] (p. 13)

Até pouco tempo, a família, centrada nos valores patrimoniais, só era concebida através do matrimônio, homem e mulher em relação oficializada, e sem possibilidade de ruptura desse vínculo. A doutrina assim traz:

Deixando de lado digressões históricas e antropológicas atinentes à origem antiga da família na pré-história e a própria admissibilidade da proibição do incesto como primeira lei universal [...], toma-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da revolução francesa sobre o código civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra “até que a morte nos separe”, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento. [13] (p. 34)

O próprio ordenamento jurídico brasileiro antigamente somente permitia a família formada pelo enlace matrimonial, reconhecendo como filhos apenas aqueles havidos na constância do casamento, tomando, destarte, os vínculos legal e biológico como essenciais ao reconhecimento da unidade familiar. Isto Posto, “Sob a égide do Código Civil de 1916, cuja estrutura era exclusivamente matrimonializada (somente admitida à formação da família pelo casamento)” [...]. [13]

(p. 43), qualquer outro tipo de relação era tido como imprópria e até penalizada.

Com a evolução social, e sendo a família a base para qualquer sociedade e a própria origem dela, a base familiar passou por alterações, admitindo-se, atualmente, que a família seja constituída a partir não apenas de laços legais e biológicos, mas também do afeto ou da biotecnologia (o que ocorre nos casos de reprodução assistida, por exemplo).

Nos dias atuais essa nova concepção é clara, havendo proteção jurídica à família formada com base na mutualidade de vontade, liberdade de escolha e troca de afetos, baseadas nos costumes sociais e também na Constituição Federal do Brasil de 1988, carta suprema do ordenamento. Hoje a família “Trata-se de entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador a Constituição Federal de 1988.” [13] (p. 72).

Desta forma, o bem-estar passou a ser a prioridade, e as relações socioafetivas tornaram-se a base da estruturação das famílias contemporâneas.

3.1 Famílias e suas nuances

A evolução social e a priorização do ser fizeram o elemento estrutural da família ser o afeto. O novo ideal de família frisa as relações e não apenas patrimônio, deixando de lado a ideia do casamento somente, mas permitindo-se agora, qualquer forma de relação entre as partes com o intuito de constituir família. Neste sentido a doutrina diz que:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. [13] (p. 35)

Com essas alterações, a logística começou a mudar, o número de filhos começou a diminuir, não sendo estes, agora, concebidos com o objetivo principal de auxílio familiar, mas sim, com o objetivo de fomentar laços de afetos, sendo fruto da relação do casal pelo afeto e este por si só. Zwetsch diz que:

Segundo dados estatísticos do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o tamanho das famílias brasileiras

foi drasticamente reduzido: o nível de fecundidade do país, que na década de 70 chegou a 5,8 filhos por família, caiu para 2,4 no ano de 2000. E para menos de 1,8 filhos no ano de 2014. [11](p. 15)

Essa evolução marcou diretamente os juristas na elaboração da Constituição Federal de 1988, constando em seu texto, a possibilidade de novas concepções familiares, regulando o que já vinha ocorrendo na sociedade, não mais relações somente marcadas pelo casamento, mas com qualquer forma de vínculo familiar.

Assim, homens e mulheres, pessoas do mesmo sexo, ou apenas um com filhos são considerados família e tem todos os direitos que os demais, principalmente a felicidade. Podem reunir-se pelo matrimônio, ou somente pela convivência. Sendo tais ações totalmente protegidas e nenhuma mais valiosa que a outra. Neste sentido, Dias ainda diz que:

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer os filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. [14](p.41)

Nesse diapasão as famílias contemporâneas podem ter diferentes conceituações, dentre elas: matrimonial, informal, homoafetiva, paralela ou simultânea, poliafetiva, monoparental, parental ou anaparental, composta ou mosaico, natural extensa ou ampliada, substituta, eudemonista [14] e multiespécie. [15]¹

É clara a evolução da família e sua grande diferenciação com os modelos antigos, a concepção, a conceituação, o relacionamento, os papéis e a importância de cada um no seio familiar, os objetivos, tudo numa evolução significativa e muito maior que se poderia imaginar, uma relação familiar mais digna e preocupada com o bem dos demais.

Assim, sendo várias as maneiras de caracterizar as atuais conjunturas familiares, sendo cada forma, cada método, cada relação possuidora de uma particularidade e forma própria, que modifica a qualificação de outra relação similar. Nesse sentido, por exemplo, a família multiespécie por possuir grandes particularidades e não há de ser comparada com outra forma contemporânea de família. O que se pode dizer apenas, é que, as novas famílias são grandes relações de afeto que norteiam e incentivam o ser a viver.

anteriores. Ainda, a família natural é aquela formada apenas por um dos pais e seus descendentes; Família extensa ou ampliada é a que inclui, além dos pais e filhos, os parentes próximos com os quais convivem e mantém vínculos de afinidade e afetividade e a família substituta, é caracterizada pela guarda, tutela e adoção, acolhendo-se o menor independente da sua situação jurídica. Quanto a família eudemonista, é aquela família que busca a felicidade do indivíduo, ou seja, a pessoa realizará um vínculo afetivo familiar para se tornar mais feliz. E, quanto a multiespécie, é aquela constituída pelos vínculos afetivos dos possuidores com seus pets.

¹ A família matrimonial tem como base o casamento civil, aquele composto por atos solenes e formais; A família homoafetiva é a constituída por pessoas do mesmo sexo; A paralela ou simultânea são as uniões dúplices, caracterizada pelo homem ou pela mulher que tem mais de uma união de forma estável; Já a família monoparental é a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo naturais ou socioafetivos; A parental ou anaparental é constituída por pessoas sem diversidade de gerações contendo um vínculo horizontal entre eles, como por exemplo irmãos ou primos, sem a presença do pai ou da mãe no ambiente familiar; A família pluriparental ou mosaico é a família recomposta, onde as pessoas que se unem em uma nova união possuem filhos de outros relacionamentos

3.1.1 Família multiespécie

Frete aos grandes avanços sociais principalmente diante de sua influência nas famílias, surge uma nova concepção familiar. O casal/indivíduo que opta por não ter filhos, seja por decisão pessoal, por todas as responsabilidades, seja em função do trabalho acaba por adotar animais para tê-los como membro familiar, e no decorrer do tempo passa a tratá-los como filhos, com todo amor, afeto, carinho e dedicação que tratariam seu descendente de sangue, ou mesmo pais com filhos que adotam animais para companhia aos filhos, e que se tornam muito mais que isso, sendo tão importantes na família, que são considerados filhos de quatro patas. “Observa a nova tendência em integrar os animais de estimação como se efetivamente membros da família fossem, e assim são considerados, pelo intenso liame afetivo desenvolvido.”[16].

Nos ensinamentos de Livia Zwetsch [11] (p. 17)

Os animais de estimação dão e recebem afeto, atuando como intérpretes perfeitos, que, na qualidade de substitutos emocionais, contribuem para manter a motivação quando as pessoas estão sozinhas ou estão atravessando períodos de difícil transição. O isolamento e a solidão dos homens e mulheres que vivem na sociedade moderna acabam sendo, de alguma forma, minimizados com a presença de um animal.

Essa nova concepção familiar ainda é discutida, mas alguns doutrinadores a reconhecem, e a maioria das famílias que possuem esses filhos de outra espécie em casa já não possuem dúvida de que estes animais, são sim, parte de sua família, importantes e indispensáveis, surge então, desta relação, a definição de família multiespécie,

[...] para estes, os animais de estimação são efetivamente membros do núcleo familiar e cumprem a função de dar conforto e companhia a todos os afetivos interessados, sem distinção de importância entre os membros, a qual denomina-se família multiespécie. [16](2015)

Inicialmente, como já abordado, destaca-se que o principal caracterizador da família nos dias atuais é o afeto e quando o assunto é a nova configuração de uma família multiespécie, considerando os animais de estimação como membros, Faraco diz que:

Referindo-se a esta configuração familiar multiespécie, Bowen (1978) sugere a existência de um sistema familiar emocional que pode ser composto por membros da família estendida, por pessoas sem grau de parentesco e por animais de estimação. Neste sistema o vínculo entre os membros da família são laços emocionais e não os de sangue. O autor entende a família constituída por aqueles que estão próximos emocionalmente. Nesse aspecto temos uma coincidência com Maturana (2002) quando postula que o fundamento do social é o emocional e observa que a hominização só foi possível pelo amor, o que converge para nossa afirmação de que as relações entre pessoas e cães sejam relações amorosas. [15](p. 38)

Por conseguinte, observa-se que as mudanças de paradigmas e as necessidades evolutivas fazem com que tenha que se adaptar continuamente, especialmente quando referir-se a felicidade e bem-estar do ser. E justamente toda esta adaptação que a família sofre que faz com que este novo ideal familiar, da família multiespécie, espalhe-se e ocorra em todo mundo, ficando a cada dia mais comum. Para a doutrina:

Sobre esta mesma questão Beck e Katcher (1996) identificaram que mais de 70% das pessoas que convivem em lares norte-americanos com animais acreditam que a família pode ser constituída por animais de outra espécie. Salientam que estes possam até mesmo ser mais significativos do que membros humanos da família e, inclusive ser parte do self. [15](p. 38)

Portanto, nota-se que a relação entre o homem e o animal doméstico não é de hoje, mas que a concepção familiar multiespécie ainda está sendo caracterizada doutrinariamente. Entretanto, para os possuidores de animais domésticos, eles já são tidos como filhos e essa relação é fortemente baseada no afeto, amor e cuidado. Desta forma, após analisado o animal e o meio ambiente e sua relação com a família é necessário adentrar ao tema central, o animal doméstico como membro familiar envolvido nas nuances do divórcio/dissolução do vínculo de seus possuidores e sua situação observada do ponto de vista de membro familiar.

4 GUARDA DE ANIMAIS NOS CASOS DE RUPTURA DO VÍNCULO CONJUGAL DOS DONOS

Não há de se duvidar da grande importância dos animais de estimação nos lares brasileiros, e na sociedade em geral, havendo, assim, a necessidade de melhor observar as relações a fim de poder garantir o bem-estar social, as concepções familiares, a vida humana e animal e buscar a melhor maneira de obter uma sociedade que proteja e garanta os avanços das famílias.

Assim analisar o animal doméstico como ser possível de direitos e como ficará sua situação em caso de dissolução da união dos donos quando não há acordo sobre quem ficará com o animal é essencial, devendo-se discutir essas situações cada dia mais presentes no judiciário a fim de alcançar o mais breve possível uma pacificação quanto ao tema evitando decisões confrontantes e injustiças.

4.1 Animal de Estimação, sua senciência e sua concepção como ser de Direito

O papel e a importância dos animais na sociedade vêm fazendo com que algumas pessoas repensem a forma de tratamento e cuidado para com os mesmos, passando a tratá-los nos lares ou em qualquer local que se encontrarem como seres de direito, com sentimentos e cuidado. Assim, torna-se necessária a intervenção estatal para auxiliar e garantir o maior bem-estar possível e uma vida adequada e com direitos aos animais. Neste sentido, Rodrigues diz que:

Se a genialidade humana não consegue imputar reais valores da vida de todos os seres vivos indiscriminadamente aos indivíduos, se faz necessária a intervenção do direito como meio coercitivo a impor normas de ações e condutas humanas que não agridam os Animais e os valorizem como sujeitos de direitos.[...] Apela-se ao Direito regulador do comportamento do homem a fim de focar sua responsabilidade como último possível triunfo em favor dos animais. [2](p. 106)

Sabe-se que muito há de ser feito para que toda a sociedade possa tratar devidamente os animais, inclusive aliando-se as pesquisas diversas que os comprovam como seres sencientes capazes de sentir, sofrer e passar diversos transtornos devido, inclusive, ao divórcio dos seus donos. Como o caminho é longo, o direito torna-se grande auxiliador e propulsor para alcançar esta nova realidade aos animais, Rodrigues diz que:

O direito exerce fundamental papel no sistema e, se aliado à ética, importa em magnífica e estrondosa potência transformadora de atitudes humanas. É momento de ser usado em prol das pobres criaturas terrestres, a defendê-las da monstruosa desproporção de poder sobre elas atribuído pelos homens. [2](p. 109)

Assim, pelo direito, pela lei, os animais precisam ser protegidos como seres passíveis de direitos e não meras coisas ao ordenamento. Não de deixar de ser tratados como um objeto nas mãos de seus donos, como eles bem entenderem, e passarão a ser respeitados e tratados como seres passíveis de direitos que lhe garantam bem-estar.

Neste sentido, no ano de 2015 a França alterou sua legislação após mobilização nacional para solicitar uma modificação no Código Civil, solicitando o fim da consideração dos animais como bens móveis. [1]Zwetsch diz que:

Destarte, o caso mais emblemático de avanço na legislação sobre o reconhecimento dos direitos dos animais ocorreu na França, quando em 22 de janeiro de 2015 o Parlamento reconheceu os animais como seres vivos dotados de sensibilidade, alterando seu status jurídico contido no código civil, de bem móvel por natureza para sujeitos emocionais. [11](p. 33)

Há de se destacar que o Código penal e rural francês já reconheciam a senciência animal, "...explicitamente, em razão das suas particularidades de seres sensíveis pela lei n° 76.629, de 10 de julho de 1976..." [1](p. 63)

E de fato, não é recente a discussão sobre uma nova percepção aos animais, a primeira alteração legislativa de proteção animal a quebrar padrões ocorreu em 1990 na Alemanha, deixando de considerar os animais como coisas. Assim, "[...] ao alterar o Código Civil (BGB – BurgerlichesGesetzbuch). [...] O entendimento civilista alemão possibilitou os animais serem protegidos por leis especiais, compatíveis com suas particularidades de seres vivos. [7](p. 16)

Em que pese, entretanto, o Código Civil Brasileiro, ser baseado significativamente no ordenamento francês e

alemão, não observamos qualquer avanço civilista neste tema na criação em 2002 ou mesmo a posteriori, sendo de grande preocupação social, visto que não só é uma situação eminente e necessária, mas um fato social significativo ao direito devendo assim ser abrangido pela atuação jurídica que, em suma, trata de regular os fatos sociais.

Cardin e Fabri [5] ao defenderem a necessidade dos animais serem considerados seres de direito pelo ordenamento jurídico, destacam inclusive que a lei brasileira reconhece direitos e obrigações a certos agregados patrimoniais, como por exemplo o espólio e a massa falida, ainda o art. 75 do Código de Processo Civil elenca certos sujeitos de direito que são representados em juízo, como o Estado, a massa falida, as pessoas jurídicas. Notando-se assim, ser possível por analogia, pressupor que os animais, perante a alteração do seu status jurídico podem exercer direitos semelhantes aos citados.

Nota-se assim que diversos fatores jurídicos, há tempos, já vêm pendendo a reconsiderar a posição dos animais frente ao direito e comprovadamente frente à sociedade, mesmo que singelamente, mesmo que apenas em suas necessidades mais básicas. "Cedo ou tarde, os direitos dos animais hão de imperar. O tempo dependerá principalmente da atuação auxiliadora dos nobres, perspicazes e corajosos detentores do pensamento jurídico." [2](p. 110)

E isto já começou a ocorrer, os avanços para o bem-estar animal aparecem em diversos países por todo mundo, recentemente, em fevereiro de 2016 uma mudança na lei na Nova Zelândia reconheceu que os animais possuem sentimentos, o também proibiu o uso de animais para testes de cosméticos. Sobre esse avanço, a gerente da SPCA (Sociedade para Prevenção da Crueldade aos Animais, do inglês Society ForThePrevention Of Cruelty To Animals) menciona que as mudanças foram maravilhosas, que diversos dos animais que foram aos cuidados da SPCA demonstraram emoções como humanos, inclusive ansiedade de separação, ela mencionou ainda que o reconhecimento dos animais como seres sencientes auxiliaria fortemente nos casos de abuso e negligência no tribunal. [17]

Na Argentina, o Supremo Tribunal de Justiça declarou parecer favorável aos direitos dos animais em 2014, concedendo a um orangotango chamado Sandra, o status de pessoa não humana, sendo decisão pioneira na Argentina e exemplo a toda América Latina[18]. Revolucionando ainda, a Argentina, concedeu em 2017, um *Habeas Corpus* a uma chimpanzé – a primeira decisão no mundo - para libertá-la de um zoológico. A chimpanzé foi transferida para um Santuário Natural no Estado de São Paulo. [19]

Portugal, também entra na lista de países que tem um marco na proteção animal, em 2 de fevereiro de 2017 promulgou a lei que estabelece o estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, Código de Processo Civil e o Código Penal. A lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo sua sensibilidade, prevê ainda proteção a abandono, cuidados, propriedade, apropriação e no capítulo dedicado aos animais de companhia prevê que: "os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de

cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também obem-estar animal”. [20]

Por conseguinte, Portugal representa significativo avanço, tendo aprovado uma legislação ampla de proteção ao bem-estar animal considerando o animal ser de direitos, e sem dúvidas, sendo os animais, comprovadamente seres sencientes, presentes cada dia mais na vida das famílias brasileiras, faz-se essencial a alteração de seu status jurídico no Brasil, devendo os animais serem sim considerados seres de direito ante o ordenamento, o que poderá proporcionar maior bem-estar a eles e seus detentores, sendo fundamental a atuação do Estado para tornar isto realidade o mais breve possível.

Não se pode negar, entretanto que o Brasil caminha para alterar a realidade da forma como os animais são considerados pelo ordenamento jurídico. Em 2013, foi proposto o Projeto de Lei 6.799[21], que dispõe sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres e dá outras providências, mesmo andando lentamente na casa legislativa e ainda carecendo de votação, o Projeto já demonstra significativos avanços que podem refletir imensamente na sociedade e na vida dos animais.

E o mais importante, que sem dúvidas revolucionará o tratamento dos animais no Brasil. Como já ocorre em outros países, consta no art. 3º do referido projeto que diz “ Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica sui generis, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa.”[21]

Neste sentido em 2015, foi realizado na Câmara dos Deputados o I Simpósio Nacional das Comissões dos Direitos dos Animais da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), o evento foi promovido pela Frente Parlamentar em defesa dos direitos dos animais e teve como tema: A Natureza Jurídica dos Animais – PL 6.799/2013, o evento contou com a presença de deputados, membros da OAB e da sociedade civil, objetivando aumentar o debate na necessidade de alteração da maneira como os animais são vistos, a fim de aumentar a proteção sobre estes.[22]. Sendo este simpósio, por demais significativo para a aprovação do referido Projeto de Lei pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados tendo sido aprovado, e possuindo como justificativa do relator a comprovação de serem seres sencientes e necessários de proteção como tal:

Atualmente, o Código Civil estabelece apenas duas categorias jurídicas: pessoas e coisas. Assim, na esfera do Direito dos Animais, estes são classificados como meras coisas, sendo fato notório que não podem ter o mesmo tratamento dedicado às coisas, que são inanimadas e não possuem vida. A ciência comprova que os animais não humanos, assim como nós, possuem sentimentos, memória, níveis de inteligência, capacidade de organização, entre outras características que os aproximam mais a nós do que às coisas, tornando o nosso marco jurídico inadequado e obsoleto. [21]

Assim, observa-se que o Brasil está abordando a premência da alteração do status jurídico dos animais, porém

caminha a passos lentos, havendo ainda um grande caminho a trilhar, e esta demora reflete diariamente na vida dos animais, que estão desprotegidos, e dos possuidores destes que sofrem com a restrição de direitos e cuidados jurídicos para os mesmos.

Não se olvida que estar em debate pelos representantes que fazem o direito é imensamente positivo, restando apenas a necessidade de maior incentivo e foco sobre o tema para que seja analisado o mais breve possível como já ocorreu em diversos países. Afinal, a relação senciente e concepção como ser de direito faz com que a mudança seja essencial, uma vez que os animais possuem sim consciência, sentem dor, angústia, amor, estes devem ser protegidos pelas mesmas leis que os humanos, já que hoje constituem uma só família e trocam sentimentos mutuamente.

4.2 Animal de Estimação como membro familiar e a necessidade de Proteção

Conforme referido, há quem defenda que os sentimentos entre os animais de estimação e seus possuidores são tão fortes quanto os existentes entre pais e filhos. Sendo o afeto o propulsor desse novo enlace familiar, que sem dúvidas não é restrito aos humanos, como diz Maria Berenice Dias:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi a família. [14](p. 73)

O afeto, este sentimento do qual deriva diversos outros é sustentado por Maria Berenice Dias como merecedor de consagração como um verdadeiro direito fundamental. [13], nesta senda, Vieira e Pires demonstram a força deste sentimento entre homens e animais:

A teoria de Thoreau (2013), avançada para seu tempo, corrobora com as evidências nas relações entre pessoas e seus animais. Segundo o filósofo, há maior facilidade de o ser humano aproximar-se e criar laços afetivos com um cachorro ou gato do que com outro humano. [1](p. 57)

Assim, deve-se primar pela conscientização de que homens e animais vivem como iguais, e tornaram-se família, devendo ser respeitados e protegidos como tal, nesta ótica, Rodrigues diz que:

A racionalidade humana deve alterar a crença de que tudo o que existe foi criado para o ser humano, considerado como o centro do universo e o dono de tudo o que existe. É imoral ignorar os direitos fundamentais e indiscutíveis como o

direito a vida e a liberdade, assim como considerar apenas as consequências econômicas advindas da privação da liberdade dos não-humanos. [2](p. 212).

Protegendo as relações, entre homens e animais, está se protegendo e garantindo a maior dignidade possível e bem-estar a homens e animais, uma vida mais feliz e com a efetivação dos maiores direitos inerentes aos seres. Aos olhos do homem, em especial daqueles que possuem um animal de estimação, tê-los em casa, “confere a garantia de um afeto transbordante que remete aos humanos a um lugar existencial mais seguro, afinal, eles oferecem uma segurança inexistente em seu mundo.” [1](p. 56)

E devido a este grande apego, é fundamental a proteção e respeito das relações, a fim de garantir a nova base familiar, o bem-estar dos envolvidos, e evitar sofrimentos. Afinal o carinho é tamanho que o afastamento, mesmo temporário em viagens, provoca sentimentos depressivos e apreensivos nos humanos e nos animais.

Por conseguinte, vislumbra-se que as relações entre o homem e o animal doméstico são extremamente fortes, marcadas por grande apego, amor e afeto, devendo prezar pela manutenção e evitar qualquer tipo de prejuízo ou sofrimento as partes, ou, ao menos, minimizá-lo.

4.3 A Importância de se estabelecer a Guarda dos Animais de Estimação nas novas Conjunturas Familiares e os entendimentos dos Tribunais

É justamente o sentimento de falta, abandono e depressão, que mais preocupa, tanto no homem quanto no animal doméstico nos casos de ruptura do vínculo conjugal dos tutores, onde há de se discutir quem ficará com o animal. Há casos mais amigáveis em que os cuidados com o animal de estimação são acordados entre os tutores, com revezamento de tempo, visitas, passeios, custeios, etc, havendo assim, uma efetiva divisão da responsabilidade dos tutores para com o animal de estimação e seu desenvolvimento, exatamente como acontece com a guarda dos filhos no divórcio/ dissolução, onde tenta ser minimizado os efeitos do rompimento e preza-se pelo bem-estar de todos, porém, também envolvendo os animais, há as rupturas não tão amistosas, que fazem os ex-casais brigarem e quererem ficar com o animal exclusivamente para si. Situação esta que não só é extremamente ruim ao ex-casal, mas também para os animais envolvidos. Essa nova fase, em optar e escolher a melhor maneira de cuidado do animal de estimação, é muito importante, afinal a relação entre eles é similar aquela existente entre pai/mãe e filho, conforme comprova pesquisa:

Segundo uma pesquisa publicada pela revista Science, a relação entre seu dono e o cão é mais parecida com a de pais e filhos. Quem descobriu isso foi um estudo liderado por MihoNagasawa, da universidade japonesa Azabu. Ele comprovou como o olhar entre o cachorro e seu dono dispara nos dois os níveis de ocitocina no cérebro, hormônio relacionado a padrões sexuais e a conduta paternal e maternal. [24]

Destarte, em caso de dissolução do vínculo conjugal, pode ocorrer de a família necessitar de auxílio externo, geralmente do Estado para chegar a um acordo acerca de sua nova articulação.

Nesta senda, foi proposto na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 1.365 de 2015[23], que dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores. O Projeto menciona em seu texto que a guarda se classificará em unilateral (concedida a uma só das partes) ou compartilhada (quando o exercício da posse responsável for concedido a ambas as partes).Prevê ainda, que para o deferimento da guarda o juiz deverá observar certas condições, como ambiente adequado a morada do animal, disponibilidade de tempo, zelo e sustento, grau de afinidade e afetividade e demais condições que o juiz considerar imprescindível para a manutenção da sobrevivência do animal.[23]

O referido projeto carece ainda de votação, e a cada dia aumentam as demandas no judiciário, em busca de auxílio para solucionar questão tão importante que coloca em jogo o bem-estar de muitos seres.

E estas demandas colocam sobre o judiciário um peso imenso, tendo de decidir, sem legislação que ampare, o melhor possível ao animal de estimação e ao ex-casal, situação tão desafiadora, onde as partes, já abaladas com o divórcio/ dissolução precisam ainda tentar manter os laços existentes com os animais, que lhes garante bem-estar e felicidade. E estas demandas exigem dos julgadores grande sensibilidade para analisar o caso concreto e todas as emoções envolvidas a fim de não piorar todo rompimento. Sobre isto Lívia diz que:

Reconhecer a sciência e a sensibilidade dos animais de estimação, e aceitar – ainda que em desacordo – o apeço inestimável que seus tutores por ele guardam, revela a sensibilidade do julgador e seu alinhamento integral aos princípios e valores do Direito de Família, e por que não, também as mais recentes descobertas científicas que demonstram e atestam a natureza senciente dos animais. [11](p. 50)

Assim, vislumbram-se grandes questões que não de envolver o litígio pela guarda do animal de estimação, devendo o tema ser tratado com grande cautela. Zwetsch menciona que:

A definição da guarda de um animal de estimação que integrou uma família desfeita deve ser encarada com seriedade e sem preconceitos. Não por tratar-se de questão cada vez mais recorrente a ser dirimida pelos operadores jurídicos no âmbito dos tribunais, mas por envolver sentimentos e interesses de animais humanos e não humanos capazes de sofrer. [11](p. 38)

Ainda, não há de se olhar apenas ao documento que diz ser o animal de estimação propriedade de um dos cônjuges, ou ser ele o responsável que consta na carteira de vacinação do animal, como diz Silva e Vieira:

Pelas normas do código civil, corroborado com o pensamento de Gonçalves (2012, p. 292), em regra, a guarda dos filhos trata-se de direito natural dos genitores. No caso dos animais de estimação, a guarda é direito natural dos tutores. Por conseguinte, em caso de disputa judicial, a guarda deve ser atribuída a uma das partes, independente do título de propriedade. Contudo, se durante a instrução processual ficar evidente tal impossibilidade, a guarda pode ser atribuída a uma pessoa idônea da família de um dos cônjuges, na forma do art. 1584, § 5º do código civil. [6](p. 77)

Frente à crescente demanda nos tribunais e a ausência legal de disposições que regulem sobre a guarda de animais, vem se adotando por analogia a utilização da legislação para crianças, Lívia, que é juíza estadual em Santa Catarina, defende esta possibilidade:

Isto porque, inúmeras semelhanças psíquicas e emocionais entre crianças e animais permitem o uso dessa analogia. Nessa linha de argumentação, recente pesquisa científica publicada no Jornal The New York Times, pelo professor EmoryUniversity, Gregory Berns, concluiu que o nível emocional de um caso é comparável ao de uma criança. O pesquisador usou máquinas de ressonância magnética e concluiu que os animais utilizam a mesma parte do cérebro que os humanos usam para sentir. [11](p. 42)

Nota-se assim, que frente às demandas judiciais e a ausência de legislação especial, a analogia as crianças é o que melhor proporcionará o bem-estar ao animal de estimação e ao ex-casal, sob esse prisma Lívia diz que:

Considerando a senciência do animal de estimação é considerado parte integrante da família pelo casal cuja conjugabilidade está sendo litigiosamente dissolvida, e tendo em mente que as condições físicas e psíquicas de crianças são semelhantes à de determinados animais, a aplicação das regras de guarda compartilhada, nos moldes da nova lei, deve ser considerada pelo Magistrado como uma opção que melhor atende os interesses de todos os envolvidos. [11](p. 43)

E é exatamente isto que se verifica nas decisões dos tribunais, casos cada dia mais frequentes e decisões que vem atendendo o melhor a todos os envolvidos utilizando analogicamente a legislação que possa proporcionar a maior solução ao caso concreto.

Há ainda diversas dúvidas, mas o judiciário precisa solucionar tais dilemas, e essas dúvidas relacionam-se inclusive quanto a competência, mas prevalecendo que devem ser analisados nas varas de família. Quanto ao mérito, já existem diversos casos, por exemplo, em São Paulo, na Segunda Vara de Família e Sucessões de Jacareí, foi estabelecida a guarda alternada de um cão entre os ex-cônjuges, ficando o animal uma semana na casa de cada um. O juiz reconheceu em sua decisão que “os animais são sujeitos de direito nas ações referentes às desagregações familiares. [...]afirmou ainda que por se tratar de ser vivo, a

sentença deve levar em conta critérios éticos e cabe analogia com a guarda do humano incapaz.”[25]

Em processo julgado em 2015 pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, observa-se as seguintes considerações do julgador:

[...] questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador. 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. [...] mais do que isso, verifica-se que a presente demanda versa em suas 160 páginas, sobre o cachorrinho Dully, ressaltando-se o papel que ele representava para a entidade conjugal e o manifesto sofrimento causado ao apelante em decorrente de tal desalijo. [26]

Em grau recursal, durante o voto, o relator, explana exatamente o problema da ausência legislativa sobre o tema, e a importância do cuidado quando envolve a guarda de animais:

O Thema, não se ignora, é desafiador. Desafiador pois demanda que o operador revise conceitos e dogmas clássicos do direito civil. É desafiador também pois singra por caminhos que, reconheça-se, ainda não foram normatizados pelo legislador. Contudo, num contexto sócio jurídico estabelecido pós Constituição de 1988, onde, a dignidade da pessoa dos seus possuidores é postulado que se espalha para toda sorte de relações jurídicas (relações condominiais, consumeristas, empresariais etc....) já é mais do que hora de se enfrentar, sem preconceitos, e com a serenidade necessária a questão que aqui se ventila e envolve, justamente, a posse, guarda e o eventual direito de desfrutar da companhia de animal de estimação do casal, quando finda a sociedade conjugal.[...] neste sentido, é preciso mais justamente por ser de estimação e de afeto, destinado não ao abate ou ao trabalho, mas ao preenchimento de necessidades humana emocionais, afetivas, que, atualmente, de tão caras e importantes, não podem passar despercebidas aos olhos do operador. Não custa dizer que há animais que compõem afetivamente a família dos seus donos, a ponto da sua perda ser extremamente penosa. [26]

No Rio Grande do Sul, a Sétima Câmara cível do Tribunal de Justiça, em sede de recurso de apelação, em que o marido recorreu para a alteração em alguns pontos da decisão de primeira instância, dentre eles a determinação de que o cão de estimação do casal ficasse sob a guarda da mulher, em seus argumentos, alega que o animal foi um presente paterno, sendo razão para que ele detivesse a guarda do cãozinho, porém, não obteve êxito, tendo seu pedido negado pelos desembargadores, como parte da decisão, menciona-se que “ animal de estimação. Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal ficavam a cargo da convivente. Apelo desprovido”. [27]

Observa-se assim, que os tribunais já vem enfrentando diversas demandas referente à guarda de animais, e a

frequência de casos dessa guarda é tamanha que em breve se terá precedentes diversos, que pautarão o caminho adequado a ser tomado nas demandas a fim de garantir o melhor a essas famílias compostas de humanos e animais, pois mostra-se que na falta de legislação o cuidado ao julgar o caso concreto é importantíssimo, sendo primordial para a manutenção dos laços, afinal “A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família.” [14] (p. 73) E não é porque o relacionamento conjugal veio ao fim que os laços e vínculos entre as partes terminou, bem como, há de se primar, pela garantia dos direitos fundamentais dos ex-cônjuges e sem sombra de dúvidas ao dos animais envolvidos, que já muito sofrem com o divórcio/dissolução dos seus tutores.

CONCLUSÃO

A família é um núcleo social de constituição da sociedade. Desta forma, é natural que este instituto incorpore, em sua formação, mudanças observadas na sociedade. Os animais domésticos, a seu turno, vêm conquistando cada vez mais espaço na constituição das famílias brasileiras, sendo natural que passem também a ocupar espaço nas reflexões acadêmicas acerca do seu espaço social e também acerca deles próprios enquanto seres sencientes.

O reconhecimento da senciência animal, aliada ao fato de que os animais domésticos são vistos como membros da família, leva à reflexão acerca da definição da guarda dos animais em caso de dissolução litigiosa do vínculo conjugal.

O fato é que, não raro, casais em processo de dissolução litigiosa do vínculo conjugal discutem acerca da guarda, cuidados e sustento do animal doméstico comum. Com isso, é essencial que os operadores jurídicos estejam atentos ao fenômeno, a fim de que o direito esteja de acordo com a vida social que regula, e esteja adequado às novas realidades sociais.

Por conseguinte, mesmo em divergências é necessário a sensibilidade dos julgadores seja a analisar a situação que se discutirá a guarda do animal como uma verdadeira ação de família, com todo cuidado que estas exigem, a fim de atuar como verdadeiros entes estatais sanadores de problemas sociais, buscando a justiça e a efetivação do princípio basilar do estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana. Que nos dias atuais, compreende claramente todas as formas de família e a busca pela felicidade e bem-estar, dos cidadãos, dos animais e de tudo aquilo que necessitar de amparo judicial até a elaboração das leis que definirão tais condutas.

6. REFERÊNCIAS

[1] VIEIRA, Tereza Rodrigues; PIRES, Loraine Candida Bueno. O Animal de estimação é um integrante da família? In: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H.. **Animais Bioética e Direito**. 1. Ed. Brasília, DF. Portal Jurídico, 2016, p.51-70.

[2] RODRIGUES, Daniele Tetu. **O direito & e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2. ed. Curitiba: Jurua, 2010.

[3] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[4] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de janeiro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

[5] CARDIN, Valéria da Silva; FABRI, Camila Devides. Animais Domésticos e políticas públicas. In: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. **Animais Bioética e Direito**. 1. ed. Brasília, DF: Portal Jurídico, 2016, p.105-120.

[6] SILVA, Camilo Henrique; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Animais e a legislação brasileira: o status jurídico dos animais no Brasil. In: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. **Animais Bioética e Direito**. 1. ed. Brasília/DF: Portal Jurídico, 2016a, p.11-28.

[7] SILVA, Camilo Henrique; VIEIRA, Tereza Rodrigues. A disputa pelo animal de estimação após o divórcio. In: VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. **Animais Bioética e Direito**. 1. ed. Brasília, DF: Portal Jurídico, 2016b, p.71-85.

[8] TONON, Rafael. PELOS DIREITOS DOS ANIMAIS. **Revista Galileu**. 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI340748-17773,00-PELOS+DIREITOS+DOS+ANIMAIS.html>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

[9] MOLENTO, Carla Forte Maiolino. Senciência Animal. **Laboratório de bem-estar animal**. Universidade Federal do Paraná. [21--]. Disponível em: <<http://www.labea.ufpr.br/PUBLICACOES/Arquivos/Pginas%20Iniciais%202020Senciencia.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

[10] INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e não humanos. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias?id=511936>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

[11] ZWETSCH, Lúvia Borges. **Guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da conjugalidade**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

[12] GAZETA DO POVO. Pesquisa comprova que cães sentem ciúmes dos donos. **Viver bem animal**. Paraná, 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/viver-bem/animal/pesquisa-comprova-que-caes-sentem-ciumes-dos-donos/>>. Acesso: 05 set. 2016.

[13] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

[14] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[15] FARACO, Carlos Berger. Interação Humano-animal. **Ciência Veterinária nos Trópicos**. Recife: Editora Aurea Wischral, v. 11, nº supl. 1. P. 31-35. Jan/abr 2008. Disponível em: <<http://www.rcvt.org.br/suplemento11/31-35.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

[16] VIEIRA, Waleria Martins. **A família multiespécie no Brasil uma nova configuração familiar**. Cuiabá, 2015. Disponível em: <<http://www.valerianogueira.com.br/storage/webdisco/2015/10/12/outros/430bc566cf68f3c524a2f7969676996d.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

[17] CARSON, Jonathan. Nova Zelândia Reconhece legalmente os animais como seres sencientes. **Olhar Animal**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://olharanimal.org/nova-zelandia-reconhece-legalmente-os-animais-como-seres-sencientes/>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

[18] AVANCINI, Alex. Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece os animais como seres sencientes. **ANDA (Agência de notícias de direitos animais)**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/03/02/2015/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[19] TERRA. Chega ao Brasil chimpanzé liberada de zoo por habeas corpus. **Portal TERRA**, [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/ciencia/chimpanze-cecilia-chega-a-seu-novo-lar-no-brasil-gracas-a-habeas-corporus,3ff81195df7b3e9bcd4ca7e5b1288170kpbwh96t.html#trr-ctn-general>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[20] PORTUGAL. Lei n° 8 de 3 de março de 2017. **Diário da República**, 1.ª série, n° 45. Lisboa, 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/106549655>>. Acesso em: 24 abr. 2017

[21] BRASIL. Congresso Nacional. **Câmara dos Deputados**. Projeto de lei n° 6.799, de 2013. Acrescenta o parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1402290.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

[22] BRASIL. **Câmara Dos Deputados**. I Simpósio Nacional das Comissões dos Direitos dos Animais da OAB-Seminário. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=52845>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[23] BRASIL. Congresso Nacional. **Câmara dos deputados**. Projeto de lei n° 1.365, de 2015. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1328694&filename=Tramitacao-PL+1365/2015>. Acesso em: 20 nov. 2016.

[24] FILOMENO, Leonardo. Relação entre dono e cão é parecida com a de pais e filhos, afirma estudo. **Manual do Homem Moderno**. [S.l.], [201-]. Disponível em: <<http://manualdohomemmoderno.com.br/comportamento/relacao-entre-dono-e-cao-e-parecida-com-a-de-pais-e-filhos-afirma-estudo>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[25] IBDFAM. Justiça de SP determina guarda compartilhada de animal de estimação durante processo de divórcio. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Assessoria de comunicação. [S.l.], 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5905/Justi%C3%A7a+de+SP+determina+guarda+compartilhada+de+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+durante+processo+de+div%C3%B3rcio>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[26] RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível n° 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-05/homem-obtem-posse-compartilhada-cao-estimacao>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

[27] RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível n°. 70007825235. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giogis. Porto Alegre, 2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70007825235%26num_processo%3D70007825235%26codEmenta%3D784171++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70007825235&comarca=CAXIAS%20DO%20SUL&dtUlg=24/03/2004&relator=Jos%C3%A9%20Carlos%20Teixeira%20Giogis&aba=juris>. Acesso em: 07 set. 2017.