XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sébastien Kiwonghi Bizawu; Mônica Neves Aguiar Da Silva; Heron José de Santana Gordilho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-398-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. 4.Proteção.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

Prezados leitores: a Revista de Direito Animal e Biodireito, apresenta volume 2, número 2, para divulgar trabalhos de pesquisa em Bioética e Direito Animal produzidos pelos programas de pós-graduação do Brasil.

O artigo A INFLUENCIA DA BIOÉTICA NO BIODIREITO, de Lívia Rosa Franco Ferreira e Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes, professores da Faculdade de Saúde e Ecologia Humana (MG) abordarão a vedação do non liquet no biodireito brasileiro.

O artigo A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO, de Raphael Rego Borges Ribeiro, doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (BA), avaliará se a reprodução assistida é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo O DILEMA ENVOLVENDO A TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A TRANSFUSÃO DE SANGUE: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de Marcos Jose Pinto, professor da Universidade federal de Mato Grosso do Sul (MS), analisará o conflito entre os direitos fundamentais da vida e da liberdade religiosa nos casos em recusa a transfusão de sangue por motivos religiosos.

O artigo A RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE NA ATUALIDADE: POR UMA VISÃO ALÉM DO DEBATE ENTRE AUTONOMIA E INFORMAÇÃO, de Marina Carneiro Matos Sillmann, professora da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas gerais (FALESTE-MG) e Marcelo De Mello Vieira, Carlos Alexandre Moraes, PROFESSOR DA FACULDADE DE ESTUDOS ADMINISTRATIVOS DE MINAS GERAIS (MG), vai analisar modelos colaborativos entre os profissionais de saúde e os pacientes,sem que isto represente uma redução de autonomia daqueles que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Carlos Augusto Lima Franco, Mestre em Ciências da Religião pela Universidade do Estado do Pará se propõe a analisar, pelo artigo SACRIFÍCIO DE ANIMAIS, PROTEÇÃO AMBIENTAL E LIBERDADE: UM DIÁLOGO POSSÍVEL?, os aspectos constitucionais da prática de sacrifícios animais enquanto manifestação da liberdade religiosa. Procura, ainda,

enfatizar que esta só tem sentido enquanto modo de se determinar em razão da crença, havendo precípua necessidade de respeito às distintas expressões de fé, ainda que não pertencentes à denominada "cultura majoritária".

A revista inicia com o artigo ANIMAIS NÃO-HUMANOS E O INSTITUTO DA GUARDA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA, das professoras Leonora Roizen Albek Oliven e Mery Chalfun, da Universidade Veiga de Almeida (RJ), analizarão a necessidade de reconhecer a natureza jurídica dos animais como sujeito de direitos, atribuindo a guarda responsável em casos de rompimento ou modificação da relação familiar.

O artigo E DIREITO: O AFETO COMO FUNDAMENTO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE, de autoria da professora Doutora Tereza Rodrigues Vieira, professora do programa de mestrado em Direito da Universidade Paranaense (PR), irá demonstrar a importância dos estudos teóricos e empíricos desenvolvidos pela antrozoologia e sua repercussão jurídica nas discussões sobre a família multiespécie.

O artigo A DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL E O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FLUMINENSE N. 2.895/1998, de Cleuber Lucio Santos Júnior, mestrando em Direito pela Dom Helder Câmara, que analisará os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Fluminense n. 2.895/98.

Mayana Sales Moreira, Mestre em Direitos Sociais e Novos Direitos, busca analisar pelo trabalho intitulado "O TESTAMENTO VITAL E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SEU CONTEÚDO" quais situações casuísticas permitem ou não a recusa de tratamentos médicos, no sentido de que nem todo conteúdo do testamento vital poderá ser atendido pelo médico, haja vista a necessidade de se analisar sua compatibilidade com o Código Penal Brasileiro que proíbe, por exemplo, a eutanásia.

O artigo A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PET SHOP, MÉDICO E CLÍNICA VETERINÁRIAN PELOS DANOS CAUSADOS AOS ANIMAIS, de Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi, professores da Faculdade de Direito da UNICESUMAR, analizará a responsabilidade civil dos profissionais que desenvolvem suas atividades em clínicas veterinárias e pets shops, em razão de danos causados aos animais sob os seus cuidados.

A autora Liliana Maria Gomes, em seu artigo intitulado “ANIMAL: SUJEITO OU INSTRUMENTO?”, aborda a relação do homem com os animais não humanos, analisando o

pensamento de autores que tratam do tema, como Peter Singer, apontando a utilização de animais vivos em práticas de ensino superior e em pesquisas científicas. Como conclusão, “os animais podem e devem ser utilizados na pesquisa/educação, porém, não como objetos de estudo, mas enquanto sujeitos, como pacientes, assim como os humanos participam nas pesquisas clínicas, sendo tratados com respeito à sua integridade física e com o mínimo de sofrimento possível.”

DIREITO DO MAR: PESCA E PROTEÇÃO AO ATUM EM ALTO-MAR, da autoria de Cristiana Nepomuceno De Sousa Soares e André de Paiva Toledo, procura analisar a aplicabilidade e efetividade da Convenção de Montego Bay na proteção do Atum Azul da pesca predatória. Cabe, então, ao direito do mar apresentar respostas à preservação de algumas espécies de peixe, considerando que a Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNDUM) é um instrumento jurídico internacional, representando um avanço no direito internacional ambiental. Os autores ressaltam a importância da decisão do Tribunal Internacional do Direito do Mar no caso do atum de barbatana azul envolvendo a Austrália e Nova Zelândia contra Japão para preservação desta espécie para o ecossistema marinho e os limites da pesca, colocando o sistema de quotas de pesca como fundamental para a sustentabilidade da exploração econômica dos recursos naturais do alto-mar.

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros e Paloma Rolhano Cabral no DIREITO DOS ANIMAIS E AS POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA NO CONTROLE DE ZOONOSES: UMA CRÍTICA AO TRATAMENTO DA LEISHMANOISE questionam a efetividade dos tratamentos utilizados no Brasil, tendo em vista a existência de condutas alternativas que preservam a vida do animal. Para as autoras, “as medidas adotadas pelo Ministério da Saúde desrespeitam o preceito de constitucionalidade das ações governamentais e não encontram eco entre as medidas juridicamente aceitáveis para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.”

O problema da possibilidade e limites do uso de técnicas de seleção embrionária é tratado com afinco por Ana Letícia Valladão Giansante e Sérgio Nojiri no título "DESIGNER BABIES: ASPECTOS BIOÉTICOS DA SELEÇÃO EMBRIONÁRIA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA". Discutem a possibilidade de uso dessas técnicas estabelecendo uma distinção entre finalidade terapêutica ou não terapêutica. Concluem pela ausência de um critério específico mesmo naquele caso.

Suelen de Souza Fernande, a seu turno, no artigo “OS ANIMAIS, OS ZOOLÓGICOS E O CONFLITO DE DIREITOS” analisa a situação jurídica dos animais no ordenamento jurídico pátrio e sua efetiva proteção. O reconhecimento dos direitos aos animais não humanos afastaria o seu uso da prática cultural de mantê-los presos em zoológico.

CARNIVORISMO E CIÊNCIA: A DOMINAÇÃO MASCULINA PERPETUADA PELO DIREITO é tema do artigo trazido pela mestranda Gabrielle Tabares Fagundez e Paulo Roney Ávila Fagundez. Buscam os autores analisar, criticamente, a subjugação reproduzida pelos hábitos alimentares, ciência e direito sobre os animais, traçando parâmetros comparativos com a dominação realizada sobre as mulheres na sociedade patriarcal.

Isadora Orbage de Britto Taquary, sob o título O DIREITO À MORTE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, destaca que a compreensão da morte e do morrer vem sofrendo grandes mudanças no decorrer da história, juntamente com as transformações da sociedade em relação às atitudes frente à morte. Analisa, ainda, os conceitos de morte e sua definição para o fim de compreender a eutanásia, o suicídio assistido , a distanásia e a ortotanásia, averiguando suas esferas no Brasil e buscando a reflexão desses métodos que amenizam o sofrimento à luz da dignidade da pessoa humana.

Aracelli Mesquita Bandolin Bermejo e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador estudam os limites da autodeterminação nos negócios biojurídicos e a autonomia bioética a eles aplicada no artigo A AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: UMA NECESSÁRIA RELEITURA DA AUTONOMIA PRIVADA SOB O ASPECTO LIBERAL.

Temos a certeza de que o público leitor encontrará nesta versão da Revista material de alto padrão.

Profª. Drª. Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu (Dom Hélder

Câmara) Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho (UFBA)

ANIMAIS NÃO HUMANOS E O INSTITUTO DA GUARDA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

NON-HUMAN ANIMALS AND THE INSTITUTE OF THE GUARD IN THE FRAMEWORK OF FAMILY LAW

Leonora Roizen Albek Oliven [1]
Mery Chalfun [2]

Resumo

O estudo tem por finalidade analisar algumas questões contemporâneas e legais que envolvem as transformações da família e tratamento dos animais na atualidade, perpassando pelo Direito de Família e Direito dos Animais. São apresentadas mudanças na família, agora estruturada no afeto e melhor interesse de seus membros humanos e não humanos. Para tornar possível a realização do grupo, se faz necessária a alteração para reconhecer a natureza jurídica dos animais como sujeitos de direito, atribuindo a guarda responsável de animais em casos de rompimento ou modificação da relação familiar, evitando o abandono e prestigiando as boas práticas e cuidados.

Palavras-chave: Família, Animais, Senciência, Sujeitos de direito, Guarda

Abstract/Resumen/Résumé

This paper meant to analyze some contemporary and legal issues that involve the transformations of the family and the treatment of animals, passing through Family Law and Animal Law. Changes are presented in the family, now structured in the affection and best interest of its human and nonhuman members. To make it possible to carry out the group, it is necessary to change to recognize the legal nature of the animals as subjects of law, assigning the responsible care of animals in cases of disruption or modification of the family relationship, avoiding abandonment and prescribing good practices and care.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family, Animals, Sentience, Subject of law, Custodian

---

[1] Doutora em Direito, PPGD da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Coordenadora e professora do Curso de Direito, UVA, campus Tijuca.

[2] Doutoranda do PPGD da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela UNESA. Professora da UVA. Membro do IAA e CPDA- OAB\RJ.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim a análise do instituto da guarda de animais em um recorte que transcorre pelo Direito de Família e pelo Direito dos Animais.

A família contemporânea reconhece no afeto a sua formação. Reconhecer a socioafetividade como valor jurídico à configuração de vínculos paterno-filiais implica em políticas convivenciais que visam o melhor interesse de seus membros. Esse é o princípio adotado em caso de guarda dos filhos por casais parentais não conviventes.

Por outro lado forma-se o Direito dos Animais com doutrina que defende os animais não humanos com nova natureza jurídica, ou seja, como titulares de direito. Expressões como propriedade, venda, dono de animais são substituídas por animais como sujeitos, adoção, guardião.

Neste panorama de novas doutrinas e entendimentos, Direito de Família e Direito dos Animais se entrecruzam. A convivência entre humanos e não humanos nas famílias reconfiguradas ganha relevo, pois acaba sendo uma preocupação a necessidade da guarda responsável em relação não apenas aos seres humanos, mas também para os animais sob suas responsabilidades.

E se de um lado busca-se combater o abandono, e priorizar a guarda responsável com os cuidados necessários e respeito, de outro se percebe cada vez mais casais demonstrando grande afeto pelos animais que convivem em seus lares. Esse fato é capaz de gerar disputas judiciais quanto à guarda unilateral, compartilhada ou alternada ao fim de uma relação conjugal no que se refere também aos animais domésticos.

Em ambos os casos deve-se considerar não apenas o interesse dos humanos, mas também dos não humanos. Reconhecê-los como sencientes e dependentes de afeto dão um diferente e novo giro à proteção que deve considerar o melhor interesse do animal. Apesar de inexistirem leis específicas quanto ao tema, a doutrina e a jurisprudência já apontam nesta direção em inúmeros casos de regulamentação da guarda pelo casal em relação ao animal.

A legislação brasileira proíbe a crueldade, reconhece a senciência animal e a possibilidade de relação de afeto e respeito, o que influencia no tratamento diário conferido aos mesmos. Assim, inúmeros julgados e casos levados aos tribunais demonstram a possibilidade de mudança e de reconhecimento da necessidade do bem estar animal e da dignidade.

A problemática consiste na seguinte questão: Guarda responsável, afeto, melhor interesse, devem ser as bases da família também nas relações com os animais? Neste caso,

doutrina e jurisprudência são suficientes ou torna-se necessário o reconhecimento de um novo status para os animais com nova legislação?.

O objetivo geral da pesquisa é analisar algumas questões contemporâneas e legais que envolvem as transformações da família e tratamento dos animais na atualidade. Reconhecer o afeto como o primordial nas relações familiares entre humanos e também entre não humanos, bem como a necessidade de uma guarda responsável, amplia os debates sobre a conscientização quanto aos cuidados e respeito pelos animais.

Os objetivos específicos são: (i) apresentar as transformações da família, o afeto e melhor interesse de seus membros; (ii) esclarecer a natureza jurídica defendida na doutrina do Direito dos Animais, e a necessidade de guarda responsável para evitar o abandono (iii) destacar o pleito de guarda de animais em casos de rompimento de relação conjugal, união estável ou namoro.

A abordagem metodológica da pesquisa será a revisão literária integrada e interdisciplinar nas searas do Direito, principalmente no direito de família, no que tange ao instituto da guarda, e o novo direito dos animais. Há uma complexidade transdisciplinar na compreensão da multidimensão dos fenômenos humanos e sociais analisados na pesquisa. Para corroborar com a investigação serão apresentados alguns casos no qual se pleiteia a guarda em episódios de divórcio.

1. A GUARDA DOS FILHOS DE PAIS NÃO CONVIVENTES

Os institutos do poder familiar e da guarda são complementares e conexos ao direito convivencial. Para a melhor compreensão do fenômeno inter-relacional paterno-materno-filial se faz necessário o exame dos direitos e deveres que podem ser exercidos de forma concomitante pelo par parental. Trata-se de dever jurídico e moral a ser desenvolvido no interesse dos filhos e de coerência na aplicação da Teoria da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, considerando a condição especial destes sujeitos.

A reconfiguração das famílias trouxe novas dinâmicas ao exercício do poder familiar. Antes nomeado e exercido como o pátrio poder, decorrente de uma autoridade paterna consubstanciada em uma família eminentemente patriarcal e patrimonial, o instituto passa por alterações substanciais para tornar o exercício da parentalidade responsável. A essencialidade do instituto será evidenciada pelo apoio aos filhos.

Na vigência do Código Civil de 1916 os filhos estavam submetidos à vontade e desmandos paternos. O pai, com poderes expressos sobre a pessoa e o patrimônio dos filhos

menores, exercia o pátrio poder em seu interesse. Seria possível a colaboração materna, sem efetiva imputação de autoridade. Mulheres e filhos estavam em posição de submissão à vontade marital e paterna, dependentes e vulneráveis aos comandos do chefe de família.

Com a conquista e o fortalecimento de direitos civis, esses atores saem do jugo masculino e modificam os papeis. O imoderado direito paterno vai perdendo lugar para o reconhecimento das crianças como pessoas em desenvolvimento e titulares de direitos. As mulheres ocupam, ainda que de forma paulatina, novos espaços políticos, sociais e familiares, rejeitando os até então impostos. O deslocamento dos interesses do homem para o do grupo familiar vai sendo desenhado e permitirá a busca de realização pessoal para os demais membros da comunidade familiar.

A partir da Constituição Federal de 1988, com a indexação da igualdade jurídica constitucional entre o homem e a mulher e entre cônjuges, dá-se um novo giro à autoridade familiar. Ela deixa de ser exercida exclusivamente pelo pai, tornando-se parental para desenvolver a criação e a identidade dos filhos.

O Código Civil de 2002 utiliza a expressão poder familiar, que deve ser "sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever" (DIAS, 2007, p.377) a ser efetivado de forma a proteger e a suprir os interesses de seus filhos. Mais do que um poder, trata-se de efetivo dever jurídico decorrente e inerente da autoridade parental.

Essa transformação não se dá apenas na nomenclatura. A estrutura do instituto é modificada para a recepção da igualdade entre os membros da família e o reconhecimento de que as pessoas em situação de vulnerabilidade devem ter não apenas proteção e garantias especiais, mas também um espaço dialógico para obter tais resultados. A parentalidade responsável não é um poder, mas um dever jurídico imposto aos pais.

Os filhos não são objetos da autoridade parental. São sujeitos de direitos e no que tange ao poder familiar tem o direito de receber proteção. Essa compreensão permite utilizar a expressão autoridade parental, como já realizado em países como França e Estados Unidos (LÔBO, 2009), e buscar uma integração geracional.

A família é o espaço de realização e de concretização da personalidade humana. O ambiente, geralmente organizado pelos genitores, de forma conjunta ou separadamente, deve ser propício ao pleno desenvolvimento filial. A este poder/dever de realização dá-se o nome de poder familiar.

Menos do que um poder e mais uma função, o poder familiar institui deveres jurídicos decorrentes da parentalidade. Os deveres de educação, sustento, cuidados, alimentos, fixam parâmetros delineados no art. 1.634 do Código Civil de 2002. O exercício das

responsabilidades decorrentes da filiação “se associa aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, dentro de uma perspectiva mais afetiva e social do que puramente biológica” (GAMA, 2003, p.455), e repercute nas esferas pessoais e jurídicas das famílias.

A nova ordem de significação voltada para a proteção da família através do direito convivencial modifica o sistema de guarda dos filhos. Para além do direito do guardião, estão os seus deveres e a proteção da filiação. As reconfigurações familiares impõem que os institutos sejam revisitados à luz dos novos direitos e das novas famílias, constituídas não apenas com os filhos de pais separados, mas também daqueles jamais conviventes e até mesmo desconhecidos entre o próprio par parental.

O princípio jurídico da afetividade na filiação, estruturante das famílias, está assentada no princípio da dignidade da pessoa humana[1]. Há projeção ”no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade” (LÔBO, 2004), e tenciona a personalidade na sociedade, já que o primeiro meio de inserção social é a família. O desenvolvimento dessas relações de afeto é dependente da convivência familiar. Os momentos de intimidade e de cuidados, a relação dialogal e a confiança podem contribuir para a instituição dos vínculos materno-paterno-filiais.

Se considerar haver um direito inato dos filhos à convivência com seus pais (CASTELO BRANCO, 2006, p.176), cada vez mais devem ser fomentado a ampliação do direito convivencial quando os filhos não residem na companhia de ambos os pais. Esse estímulo tem natureza garantidora, de outro lado, na guarda, que reflete o dever jurídico de manter os filhos em sua companhia e que a seu turno gera em favor dos filhos o direito de estar na companhia de seus pais. (idem).

A guarda dos filhos, por vezes acreditada como “posse e guarda de filhos”, não representa poder sobre a pessoa dos filhos. Há 15 séculos a posse é tratada nos moldes do direito romano (PEREIRA, 2016, p. 11) e traduz a “ideia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a” (PEREIRA, 2016, p. 12). A posse é exercida sobre coisa e não sobre sujeitos de direitos.

A extensão do conceito à guarda filial implicaria em um retorno à condição das crianças como objeto do direito filial, quando é o sujeito desse direito. A guarda não

[1] Constituição da República, 1988, artigo Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: inciso III- a dignidade da pessoa humana.

pressupõe a posse ou a propriedade sobre o filho, mas o exercício de funções e de cuidados protetivos. A expressão guarda, ainda que controversa, não deve ter por complemento o vocábulo posse, pois confundiria os institutos jurídicos, tornando-os imperfeitos.

A guarda compromete e responsabiliza ambos os genitores. É exercida de forma conjunta, salvo as exceções legais que impliquem em riscos aos filhos. Ela é atributo do poder familiar (DIAS, 2010, p.433) e o seu exercício é conjugado. Assim como o poder familiar não é partido pela separação ou pela não convivência do par parental, também a guarda não deve ser cindida, competindo aos pais em igualdade de responsabilidades.

Se os pais não vivem em um lar comum, o filho deve preferencialmente residir com um deles, mas ambos se desincumbirão dos "encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho" (LÔBO, 2009, p.168). O instituto tem "caráter dúplice: é um dever atribuído aos pais, e ao mesmo tempo um direito" (PEREIRA, 2009, p.450), preservando a integridade da família e no interesse da criança. O exercício da guarda sempre se dá em razão do melhor interesse do menor. A orientação, advinda da *tie braker* norte-americana (GAMA, 2003, p.458), recomenda que a criança deve permanecer na companhia da pessoa que melhor tenha condições de proporcionar adequados desenvolvimentos físico e psíquico.

A legislação admite a guarda unilateral e a guarda compartilhada, dependentes de decisão judicial e considerando as peculiaridades. A guarda unilateral é atribuída a apenas um dos pais. Foi regra na vigência do Código de 1916 e em 2008 tornou-se uma opção. A partir de 2014, essa modalidade de guarda é tratada como exceção exatamente pela perspectiva da importância na convivência intrafamiliar com ambos os pais.

Se até então a guarda uniparental tinha como "critério norteador na definição da guarda é a vontade dos pais" (DIAS, 2010, p.435), o Estado passou a avocar para si essa prerrogativa atribuindo o compartilhamento como regra. A guarda unilateral é capaz de deslocar o poder familiar para apenas um dos pais, o que não parece ser aconselhável. Ao compreender que o instituto é protetivo aos filhos e às relações familiares, não pode ser utilizada como instrumento de fomento a conflitos parentais ou como instrumento de pressão entre o ex-par. A participação na vida dos filhos está para além do direito de visitas. Até então compreendido como "a faculdade ou o direito garantido ao cônjuge, não contemplado com a guarda, de ver ou ter os filhos em sua companhia em determinados momentos" (RIZZARDO, 2007, p.341), perde espaço para o direito convivencial, que amplia o escopo protetivo. A convivência pressupõe contato permanente, a visita é temporária.

A transcendência busca garantir que pais e filhos tenham um relacionamento íntimo e familiar e permite que pai/mãe e filho estabeleçam intenso contato nas relações paterno-

materno-filiais. Estabelecer vínculos com os pais que desempenham efetivamente as funções maternas e paternas interfere na constituição e na formação da criança, de forma que incrementar o contato poderá acarretar melhores condições ao seu desenvolvimento.

Neste movimento de respeito aos interesses dos filhos, a guarda compartilhada torna-se obrigatória. Se o objetivo era superar as diferenças entre os casais e ampliar o convívio familiar, a alteração confundiu guarda compartilhada com alternada e ainda retirou dos pais poder decisório, cometendo ao Estado deliberar.

Na guarda compartilhada, "é definida a residência de um dos pais, onde viverá e permanecerá" (LÔBO, 2009, p.178) a criança. Há voz dissonante a compreender que a guarda compartilhada "significa dois lares, duas residências, mais de um domicílio... fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer" (DIAS, 2016, p. 438), o que parece representar a guarda alternada. Nessa, há o exercício alternado da guarda unilateral, de forma que por período previamente fixado, o filho permanece na companhia de um dos genitores, que exercerá a guarda exclusiva.

De outro lado, a guarda conjunta não pode depender apenas do consenso dos pais, pois o exercício pleno da autoridade e da responsabilidade parental demanda a participação conjunta do par parental na vida dos filhos. São prerrogativas de cuidados inerentes ao estado filial. A guarda conjunta pretende decisões conjuntas para a promoção de conforto afetivo aos filhos, que poderão ficar afastados de crises de lealdade ou de escolhas singulares, podendo vivenciar a filiação. A atuação simultânea a equânime do par parental parece representar o interesse dos filhos nesse percurso para a proteção da dignidade da criança.

2. DIREITO DOS ANIMAIS

Tradicionalmente há uma visão em Direito Civil na qual "são objeto dos direitos os bens jurídicos" (PEREIRA, 2016, p. 336), incluídos nesse conceito os de natureza patrimonial e extrapatrimonial. Constituindo o objeto da relação jurídica, podem ser divididos entre bens e coisas, estas "são materiais ou concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome *bens*, em sentido estrito. Uma casa, um animal de tração são *coisas*, porque concretizado cada um em uma unidade material e objetiva, distinta de qualquer outra" (idem).

Essa perspectiva que o animal é uma coisa, propriedade, ser criado para servir ao homem, o que é reforçado pelos artigos previstos no Código Civil, que trazem uma previsão de propriedade e a classificação como bem semovente. É possível a compra e venda de

animais chamados domésticos ou de estimação, leilões, e reclamações por vício redibitório ou por vício oculto.

No âmbito do Direito de Família, os animais nem sempre eram considerados como membros desta, seja pela ausência de legislação específica que os tutele diretamente ou pela posição conservadora civilista. Esta visão vem se modificando ao longo dos anos, principalmente na esfera doutrinária e jurisprudencial. Projetos estipulam a alteração da natureza jurídica dos animais, com previsão de entes despersonalizados, dignidade, e de que não são coisas. Expressões como propriedade, posse, dono são criticadas por darem a conotação de coisa, pretendendo-se a alteração desse status[2].

Recentemente, em março de 2017, Portugal aprova a lei[3] que institui o Estatuto Jurídico dos Animais, alterando o Código Civil e o Código de processo Civil português, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade. Esse novo movimento acompanha a tendência ocidental de proteção aos animais não humanos, na esteira do que ocorreu no Código civil Francês e também na Nova Zelândia, em que pese ainda haver, mesmo que de forma subliminar, o entendimento de que o animal doméstico é um bem, pois na nova legislação ele é indicado como bem insuscetível de comunhão de bens "Os animais de companhia que cada um dos cônjuges tiver ao tempo da celebração do casamento[4]".

Na esfera internacional, o movimento em prol dos direitos dos animais ganhou força na década de 1970, com o questionamento da natureza jurídica de objeto, na universidade de Oxford, com filósofos como Richard Ryder, que cria o termo especismo[5]. No Brasil também cresce o questionamento e a defesa de mudança da natureza jurídica dos animais. Há formação de nova área do Direito, defendendo os animais como titulares de direitos fundamentais, como sujeitos de direito, como entes despersonalizados.

Pensamentos filosóficos como os de Peter Singer e o princípio da igual consideração de interesses, e Tom Regan incluindo os animais como sujeitos de uma vida, impulsionam as questões envolvendo animais e suas bases filosóficas. Percebe-se que no âmbito educacional, os estudos também ganham força, através de projetos de extensão, monografias, dissertações, teses, disciplina eletiva na graduação[6].

A questão animal deixa de pertencer unicamente ao mundo da filosofia e ganha espaço no meio jurídico. A partir dessa perspectiva forma-se um novo direito, uma doutrina com

---

[2] Projetos de lei n^{0} 3676 de 2012; 6799 de 2013 ;7991 de 2014; 351 de 2015.
[3] Portugal, Lei n.º 8/2017.
[4] Art. 1733, h, do Código Civil português, com a alteração da lei nº 8/2017.
[5] Desconsideração, preconceito em relação a espécies que não pertencem a humana.
[6] Exemplo: em 2016 foi inserida na grade de eletivas ou tópicos no curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida no Rio de Janeiro.

diversas correntes nas quais animais são vistos como titulares de direitos fundamentais, ou seja, as correntes doutrinárias defendem animais como sujeitos de direito equiparados a pessoas, como entes despersonalizados ou incluídos em terceira categoria *sui generis*.

Até então a proteção ao meio ambiente e aos animais advinha do interesse em que eles têm para o homem, seja em decorrência do desenvolvimento sustentável ou da preservação do meio ambiente. O giro fundamental está na compreensão de que os animais não humanos são seres sencientes e que essa capacidade sensorial é suficiente à proteção jurídica pela própria natureza animal.

Sob esse viés, em casos de ações judiciais, muitas vezes o único objetivo é a proteção do próprio animal, e não o homem ou o meio ambiente. O interesse tutelado é o do animal, como verdadeiro sujeito de direito, como pode ocorrer em casos de separação ou de divórcio, caso se considere o melhor interesse do animal e guarda responsável.

3. GUARDA RESPONSÁVEL DE ANIMAIS NÃO HUMANOS

A utilização dos animais nas mais variadas atividades humanas e a visão coisificada destes não é recente. Ao contrário, pode-se dizer que é uma prática sócio-cultural milenar. A ignorância por seu sofrimento é algo comum, e, sem que se reflita sobre o assunto, os animais permanecem sendo usados e abandonados diariamente. Enquanto muitas práticas ocorrem em decorrência da falta de ponderação, ou por impulso, outras se dão sem que se analise se houve algum tipo de sofrimento ou crueldade[7].

A questão da guarda e abandono de cães e gatos, ou os chamados pelo homem como domésticos, é um dos grandes problemas envolvendo os animais. São freqüentes os casos em que se compra (propriedade) ou mesmo adota um filhote, por exemplo, muitas vezes para se atender ao pedido de uma criança, ou porque são vistos como “fofos”, e quando se percebe que não é um brinquedo, que é preciso cuidados, atenção, despesas, paciência, o animal por vezes é abandonado nas ruas ou em abrigos já super lotados. Esse fenômeno gera uma superpopulação de animais errantes, sujeitos a doenças, fome, frio, atropelamentos.

[7] Diversos exemplos podem ser citados ilustrando: para que os ursos dancem nos espetáculos circenses suas patas são queimadas ao som de uma determinada música durante o treinamento, assim toda vez que escutam a mesma música suspendem as patas, dando a impressão de dança. Nos zoológicos animais são privados de liberdade e muitas vezes retirados de seu habitat para entretenimento humano. Animais silvestres são retirados de florestas e vendidos. Muitos estão em risco de extinção. Não tiveram venda autorizada, o transporte ocorre de forma clandestina e chegam mortos ao seu destino final, por falta de alimentação ou possibilidade de respiração. São mutilados e cegos para parecem dóceis. Muitos desconhecem esta realidade e alimentam estas práticas ao assistirem os espetáculos e comprarem estes animais.

Outros motivos de total descaso podem ser citados, como viagens, mudanças e moda que coloca determinada raça em evidência ou não. A educação, a conscientização por uma guarda responsável, é um dos principais procedimentos para diminuir esta postura cruel e irresponsável. Para tanto, acredita-se que é fundamental a realização de campanhas educativas, seja das escolas, faculdades, do governo, de entidades e da sociedade, de forma a educar e modificar a situação de abandono e superpopulação. Expressões como propriedade, dono, coisa devem ser substituídas por guarda, tutor, sujeito de direito.

A família também desempenha papel fundamental, ao ensinar as crianças respeito, cuidados necessários, amor, carinho, solidariedade pelos animais, incentivando adoção e a não compra. Essa intervenção, além de formar sujeitos que respeitam pessoas e animais, capacita a sociedade para o desenvolvimento das melhores habilidades convivenciais e para uma atuação coletiva.

Estima-se que cerca de 200 animais são abandonados por dia somente na Capital do Rio de Janeiro, somando 6.000 por mês.[8] Além de cadelas e gatas abandonadas grávidas nas ruas sem que haja um registro da quantidade ou sofrimento. Some-se a cães e gatos, o abandono de éguas e cavalos idosos ou feridos em beira de estrada ou amarrados, morrendo muitas vezes sem qualquer ajuda.

A conscientização da sociedade, crianças, adolescentes e adultos através de campanhas de adoção, palestras, encontros em salas de aula, notadamente com crianças, é fundamental para que se possa modificar o quadro de abandono e desrespeito pelos animais no futuro. Somente a educação e a conscientização são capazes de modificar esta realidade.

A guarda responsável de animais torna-se cada vez mais uma necessidade. Campanhas para conscientizar as pessoas e evitar a compra e também o abandono devem ser implementadas para estimular a adoção e a castração. É preciso ter em mente que animal não é um brinquedo, nem deve servir aos caprichos humanos.

O animal vive longo tempo. Precisa de cuidados, inclusive após a morte de seu guardião, preferivelmente pela própria família deste . Há também os casos de separação ou divórcio de um casal, ou ainda chegada de uma criança na família, impactando nos animais.

Para esse percurso, deve-se refletir sobre expressões como dono e propriedade, que devem ser substituídas por guardião, tutor, responsável. Trata-se de uma nova visão e de um comportamento que se fazem necessários.

---

[8] Conforme informações do Grupos de proteção e abrigos de animais. Disponível em <http://www.acaoanimal.com.br/blog/?page_id=1517>.acesso em 29\04\2017.

Há que se observar que o abandono significa maus tratos, crueldade prevista na Constituição Federal em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, e Lei de Crimes Ambientais, artigo 32. Além disso, a publicidade que incentive esta prática é considerada abusiva pela Lei 8078\90.

No estado do Rio de Janeiro o projeto de lei nº 864/2015 prevê especificamente o abandono como maus tratos, sendo criado o disque denúncia específico para informar sobre tais atos. A demonstração da importância na proteção cada vez mais se revela.

A expressão e conceito de guarda responsável de animais foi elaborada durante a Primeira reunião Latino Americana de Especialistas em posse responsável de Animais de Companhia e Controle de Populações Caninas em 2003. Elaborada em conformidade com as diretrizes mais atuais da Medicina Veterinária e entidades de proteção, é definida como:

> "É a condição na qual o guardião de um animal de companhia aceita e se compromete a assumir uma série de deveres centrados no atendimento das necessidades físicas, psicológicas e ambientais de seu animal, assim como prevenir o riscos (potencial de agressão, transmissão de doenças ou danos a terceiros) que seu animal possa causar à comunidade ou ambiente, como interpretado pela legislação vigente." (SANTANA; OLIVEIRA, 2006, p. 87)

A lei municipal nº 5.131 de 2002 de Piracicaba- SP conceitua em seu artigo 2º, inciso III a tutela responsável de animais, incluindo alguns cuidados considerados essenciais como vacinação e identificação e no Rio de Janeiro pode ser citada a Lei nº 4808 de 2006 e alteração pela lei 6464 de 2013, que dispõe sobre a guarda e outras questões.

No Rio de Janeiro, além dos projetos de lei 1775\2016 incentivando a adoção de animais, conscientização e cuidados que sejam favoráveis a sua dignidade, há o projeto 1668\2015 que cria o Conselho Municipal de Proteção e Defesa dos Animais e incentiva a guarda responsável. Essas medidas, para além da conscientização, buscam a proteção efetiva da vida e da qualidade existencial dos animais não humanos.

4. O ANIMAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

No âmbito do Direito de Família percebe-se também uma mudança de comportamento quanto ao animal. A partir do século XIX a família começou a voltar-se à afeição, deixando de ser uma instituição comprometida em manter apenas os bens e a honra. O modelo de família da atualidade já não é mais a do autoritarismo, nem a que se constitui pelo casamento, mas sim a que se configura pelos laços de afeto. A família da pós-

modernidade é marcada pelo afeto e a constante busca pela felicidade, incluindo entre seus membros os animais, como por exemplo; cães e gatos.

Casais sem filhos ou com filhos, idosos, pessoas que moram sozinhas, muitas tendo como membro da família um animal em relação de amor e afeto, refletem essa nova dinâmica familiar.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea questionam o antigo modelo tradicional de família. A sociedade passa a conceber um modelo familiar descentralizado e igualitário, onde o núcleo propulsor é o afeto. A necessidade de se gerar uma criança como essencial para felicidade do casal deixa de ser uma realidade, e muitos casais optam por não ter filhos. Comum na atualidade a opção por se ter um animal ao invés de uma criança, ou dois filhos. [9]

A família pós-moderna se caracteriza através das mais variadas formas de demonstrar amor e afeto, citando como exemplo as relações entre humanos e não humanos, homem e cachorro ou gato, se desenvolvendo amor profundo pelo animal. O afeto passa a ser a base entre humanos, e também quando a opção seja por ter na companhia da família um animal.

Esse novo aspecto busca uma expressão como filiação socioafetiva, que não leva em consideração o vínculo biológico ou civil, mas apenas o convívio afetivo. A tradução em uma relação fundamentada no elemento primordial das relações familiares da contemporaneidade também a envolver os animais não humanos: o amor.

A afetividade entre animais humanos e não humanos no âmbito da família torna-se uma constante. O tratamento como um verdadeiro membro da família deixa de ser uma exceção. O tratamento remete a natureza jurídica que se pretende defender no Direito dos Animais, ou seja, respeito e amor, recepcionando a posição jurídica de sujeitos de direito. Cuidados como veterinário, alimentação, passeio, necessidades básicas, guarda responsável e afeto são observados em relação aos animais.

Há uma mudança comportamental inclusive com efeitos econômicos. As famílias passam a optar por viagens nas quais possam levar seus animais, restaurantes, locais nos quais sejam bem-vindos, e quando impedidos de levar o animal, a opção pode ser a mudança de passeio ou viagem.

---

[9] Conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizada em 2013 e finalizada em 2015 de cada 100 famílias no Brasil, 44 possuem cachorros, e 36 crianças. Indica a existência de 52 milhões de cães nas famílias (4 45 milhões de crianças), ou seja, aumenta o número de animais e diminui o de crianças. Situação que também ocorre nos Estados Unidos (48 milhões de lares possuem cachorros e e 38 milhões crianças) e Japão (16 milhões crianças e 22 milhões animais) Disponível em http://veja.abril.com.br/entretenimento/a-casa-agora-e-dos-caes-e-nao-das-criancas/ Acesso em 29\04\2017

Gestos de amor e respeito durante a vida e com a morte, sepultamentos, cremações são realizados de forma organizada. Animais não humanos são considerados como verdadeiros membros da família, como sujeitos de direito, não mais com natureza jurídica de bem, coisa, como ainda prevê a legislação cível.

Apesar da inexistência de legislação neste sentido, e ações com pleito referente à partilha de bens (animal – guarda), observa-se inúmeras ações e jurisprudência nas quais se pleiteia na essência a guarda do animal tendo como finalidade efetiva a proteção do animal e não o desejo de satisfação humana.

4.1.GUARDA E DIVÓRCIO

A questão que vem demandando cada vez mais questionamentos nos tribunais é o destino dos animais tidos como de companhia ou chamados domésticos pelo homem após a separação de um casal ou com a reconfiguração familiar. A reflexão sobre a guarda desses animais é tema de reflexão, exatamente por compreender que eles são sujeitos de direito.

As indagações são múltiplas e demandam investigação: Com quem fica o animal após o rompimento do relacionamento conjugal, namoro ou união estável? Qual critério deve ser considerado? Deve se considerar a natureza jurídica de propriedade ou uma nova natureza de sujeitos, e neste caso, o interesse do próprio animal? Quais interesses devem prevalecer, os do animal não humano ou dos humanos? Qual o tipo de guarda?

O Direito de Família e os novos Direitos evoluem a passos largos, e a legislação, o Direito devem acompanhar, tentar regulamentar o que permanece no mundo da doutrina e jurisprudência. Os questionamentos citados na atualidade envolvem não apenas um ramo do Direito Civil e interesses humanos, mas também um novo ramo do direito: o Direito dos Animais e interesses não humanos.

Nesta seara a guarda responsável é o caminho para garantir cuidados e respeito. Casos concretos demonstram a busca por guarda alternada, compartilhada ou unilateral.

Nota-se que o instituto da guarda responsável e as modalidades de guarda passando a extensão para não humanos, como no caso exemplificativo a seguir:

> Liminar determina guarda alternada de animal de estimação, em Jacareí, SP **(**12 Fevereiro 2016)
> O juiz Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Jacareí, concedeu liminar para regulamentar a guarda alternada de um cachorro entre seus tutores. A decisão reconhece os animais como sujeitos de direito nas ações referentes às desagregações familiares.

> O casal está em processo de separação judicial e, provisoriamente, a guarda do cão será alternada: uma semana de permanência na casa de cada um.
> O magistrado citou alguns estudos científicos sobre o comportamento de animais e leis relacionadas ao tema e afirmou: "Diante da realidade científica, normativa e jurisprudencial, não se poderá resolver a 'partilha' de um animal (não humano) doméstico, por exemplo, por alienação judicial e posterior divisão do produto da venda, porque ele não é mera 'coisa'. Como demonstrado, para dirimir lides relacionadas à 'posse' ou 'tutela' de tais seres terrenos, é possível e necessário juridicamente, além de ético, se utilizar, por analogia, as disposições referentes à guarda de humano incapaz".
> A ação tramita em segredo de justiça por envolver questão de Direito de Família. Cabe recurso da decisão.
> Fonte: Âmbito Jurídico

Na dúvida quanto ao direito de guarda do animal, princípios como melhor interesse e afetividade devem ser prioridade. Sob a nova perspectiva do Direito dos Animais, e nestes casos de rompimento da relação, o sujeito ou titular de interesse não deve ser exclusivamente o homem, mas também e principalmente o animal motivo da lide.

A ideia de propriedade, direito de quem comprou o animal, ou mesmo o nome do responsável na carteira de vacinação como critérios para definir quem ficará com animal, não parecem adequados. Nem sempre haverá essa identidade com aquele que possui melhor relação com o animal, afeto, na verdade, com quem o animal mais se identifica. Deve-se priorizar a guarda para quem tem a possibilidade de maior atenção, cuidados, afeto pelo animal e deste pelo humano. Compartilhar a guarda ou alterná-la pode ser um bom caminho para o animal humano e para o não humano, que possuem um laço de amor e família.

Quanto a possibilidade de regulamentação do tema, podem ser citados em esfera federal dois projetos: a) o projeto de lei 7196 de 2010 (hoje arquivado), mas que pretendia regulamentar a guarda em caso de dissolução litigiosa da sociedade e vínculo conjugal, considerando quem fosse o legítimo proprietário ou maior capacidade para exercer uma posse responsável, além das possibilidades de guarda unilateral e compartilhada; b) o projeto de lei 1058 de 2011 (também arquivado), que também pretendia regulamentar a guarda no caso do rompimento conjugal e preceituava em seu artigo 5 º a consideração pelo animal em si, afetividade e melhor interesse; c) projeto de lei 1365 de 2015, que pretende regulamentar a guarda de animais de estimação no caso de dissolução da união estável hetero ou homoafetiva e de vínculo conjugal. Determina que a guarda deve ser deferida a quem possuir maior vínculo afetivo com o animal e capacidade de posse responsável, guarda unilateral ou compartilhada, e no artigo 5º determina que o juiz deve considerar: I. ambiente adequado para a morada do animal; II - disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento;

III - o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte. Atualmente o projeto está trâmite na Câmara dos deputados.

Apesar do arquivamento dos dois projetos, os tribunais através de seus julgados demonstram que a relação da família com os animais dentro dos lares mudou. Há muitas vezes uma relação de verdadeiro amor. O animal não humano tornou-se membro da família, e quando esta se modifica, ao contrário do problema de abandono e desrespeito, aqui a questão é a disputa para permanecer com o animal, o que deve ser feito com a guarda responsável.

Na falta de legislação mais específica, os tribunais têm considerado muitas vezes o afeto e melhor interesse como critérios para definir a guarda do animal pelo ex casal. A perspectiva espelha um novo tratamento no âmbito do direito de família e direito dos animais.

Como exemplo pode ser citado o caso do cachorrinho Dully, na qual em ação de reconhecimento e dissolução de união estável gerou divergência a "posse do animal". A decisão reconheceu a afetividade de todos os envolvidos

> Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª Câmara Cível. Relator Marcelo Lima Buhatem
> [...]considerando ser comum que as pessoas tratem seus animais de estimação sob a consagrada expressão "*parte da família*", é que não nos parece satisfatória e consentânea com os modernos vetores do direito de *família*, que à luz e à vista da partilha de bens, os aludidos semoventes sejam visto sob a restrita qualificação de bens-semoventes que, em eventual partilha, devem ser destinados a somente um dos cônjuges. [...]
>
> [...] Com efeito, a separação é um momento triste, delicado, dissaboroso, envolvendo sofrimento e rupturas. Em casais jovens ou não, muitas vezes o animal "simboliza" uma espécie de filho, tornando-se, sem nenhum exagero, quase como um ente querido, em torno do qual o casal se *une*, não somente no que toca ao afeto, mas construindo sobre tal toda uma rotina, uma *vida...[...]*
>
> *[...] Ex positis*, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso, para os fins acima anunciados, quais sejam, permitido ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 08:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00h. de domingo, tudo na residência da apelada.[...]

É possível identificar que cada vez mais há proteção jurídica aos animais não humanos, reconhecendo a senciência. Essa condição advém de um espaço que vem sendo ocupado e trabalhado pelo Direito dos Animais. O investimento no reconhecimento da condição especial dos animais é também refletido em sede de guarda como cuidados considerando as relações de afeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família contemporânea é calcada na afetividade e busca assim a proteção irrestrita dos membros do grupo. Essa se faz especialmente importante no que se referem aos filhos incapazes, pessoas em desenvolvimento ou com a capacidade ainda suscetível de integralização na esfera civil, já que incumbe aos pais a assistência.

Uma das formas de demonstrar essa cooperação se dá através do instituto da guarda. Trata-se de um abrigo continente, que envolve fatores sociais, pessoais e econômicos. Organizado para tornar eficaz os direitos assistenciais familiares, a guarda tem uma amplitude protetiva para resguardar o desenvolvimento e a expansão da personalidade humana. Compreender a extensão da garantia implica em reunir todos os elementos de incremento à realização da pessoa.

A pesquisa desvenda que o reconhecimento da socioafetividade é estruturante do grupo familiar. E assim como o princípio é seguido para a guarda dos filhos, se apresenta a necessidade de extensão aos animais não humanos. A importância de se garantir especificamente aos animais o respeito e dignidade decorrente de sua condição própria, e não em decorrência do sentimento humano, é a inovação que justifica a relevância do trabalho.

A percepção de que os animais não humanos integram a estrutura familiar de forma bilateral, considerando a sensibilidade dos animais e a importância afetiva deles para os humanos, faz com que seja necessário ao direito se debruçar no estudo de sua guarda. Atribuir o compartilhamento das responsabilidades do guardião de forma semelhante àquela estruturada para os filhos parece ser um caminho a ser percorrido de forma a prestigiar a autonomia na proteção jurídica. A guarda poderá então atender aos interesses de todos os envolvidos na relação familiar: o animal, os filhos e os ex-cônjuges, mantendo uma convivência que prestigie a integração familiar.

Mas para que se possa assim considerar, se faz imprescindível tornar clara a natureza jurídica desses animais. A sua classificação jurídica como bens móveis semoventes, suscetíveis de compra e venda ou qualquer faculdade inerente ao domínio, como regularmente se dá o tratamento jurídico das coisas, precisa ser superada para a adequação ao ora proposto. O conceito jurídico não poderá corresponder a um entendimento naturalístico ou ainda de uma valoração como bem patrimonial, ou não se colocará em risco o reconhecimento do estado de senciência dos animais não humanos. Esse aspecto ainda parece demandar muitas resistências, inclusive decorrentes dos reflexos nas relações econômicas, sempre tão sensíveis às mudanças.

A alteração do paradigma civil no que se refere ao direito dos animais não humanos é revelada, na presente pesquisa, no âmbito familiar em direta interlocução com o Direito dos Animais. Foi possível identificar que os animais passam a conviver cada vez mais como um ou mais membros da família, integrando a estrutura doméstica. Apesar da legislação ainda não prever sobre a guarda de animais no âmbito familiar, a jurisprudência já dá sinais deste novo entendimento e mudança de tratamento. Ao recepcionar a relação de amor e afeto entre os animais humanos e não humanos, tornou hábil garantir a proteção. A jurisprudência dá um importante giro no tema, apresentando uma nova perspectiva ao Direito Civil.

Tem-se que o instituto da guarda responsável é fundamental para a questão animal. Além de possibilitar evitar a crueldade de abandono, permite a existência digna dos animais. Traduzindo o interesse dos animais, reflete a necessidade de se alinhar os cuidados ao animal a campanhas de conscientização quanto aos deveres de vacinação, veterinário e respeito. Acredita-se que assim será possível educar para a adoção e término do comércio de animais. Reconhecer e garantir a vida e a integridade dos animais torna urgente a modificação de legislação e alteração do status jurídico do animal não humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERS, Kreith; EITHNE, Mills. **Quem fica com os gatos... Você ou Eu? Análise sobre a Guarda e o Direito de Visita. Questões Relativas aos Animais de Estimação após o Divórcio ou a Separação.** *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 6.n.9. jul/dez. 2011.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

CASTELO BRANCO, B. **Dano Moral no Direito de Família.** São Paulo: Método, 2006.

DIAS, M. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de.e ROSENVALD, Nelson. C**urso de Direito Civil.** Volume 6. Famílias.7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GAMA, G. C. N. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GÉLIS, J. A individuação da criança. In: ARIÈS, P. e DUBY, G. **História da Vida Privada**. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda., 2009.

LÔBO, P. **Direito-dever à convivência familiar.** Direito das Famílias / Maria Berenice Dias Organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. Vol. IV. Direitos Reais 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, T. S. O princípio do "melhor interesse da criança" no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, G. e PEREIRA, R. (Coord.) **Direito de Família e Psicanálise** - Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. **Cães domesticados e os Benefícios da Interação**. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 6.n.8. jan/jun. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. **Guarda responsável e dignidade dos animais.** *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1.n.1. jan/dez. 2006.

Sites consultados:

https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/164994749/andamento-do-processo-n-00197570-7920138190208-do-dia-04-02-2015-do-djrj

http://veja.abril.com.br/entretenimento/a-casa-agora-e-dos-caes-e-nao-das-criancas/

http://www.acaoanimal.com.br/blog/?page_id=1517

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** De 05 de outubro de 1988 Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 3.071, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 16 jul.

_____. Lei n° 4.121 de 27 de agosto de 1962 – **Estatuto da mulher casada. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.** Diário Oficial da União, Brasília, DF

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF

_____. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

_____. Lei n° 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, **para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Diário Oficial da União, Brasília, DF

_____. Lei n° 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o **significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

PORTUGAL. Lei n.º 8 de 3 de março de 2017. **Estabelece um estatuto jurídico dos animais,** alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.