

REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E DE CONVIVÊNCIA COM ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Rui Carvalho Piva¹

Vinicius de Carvalho Carreira²

Resumo: O presente trabalho trata do cabimento da regulamentação de guarda e convivência de animais de estimação, sendo elaborado com base no método dedutivo de pesquisa, a partir, unicamente, de pesquisa bibliográfica. As fontes foram obtidas na literatura acerca de direito de família e da medicina veterinária. A explanação foi iniciada com a apresentação do conceito do instituto da guarda, apresentando suas modalidades, o que foi repetido para o direito de convivência. A seguir, foi abordada a questão da natureza jurídica dos animais no Brasil e sua comparação com a legislação estrangeira. Na sequência, foi trabalhada a questão do afeto entre humanos e animais e, por fim, foi debatida a questão do cabimento da regulamentação de guarda e convivência com animais de estimação.

Palavras-Chave: Direito de família. Guarda. Convivência. Animal de estimação.

GUARD AND COEXISTENCE REGULATION WITH PETS

¹Pós-Doutor, Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Graduado em Direito e em Psicologia Clínica. Professor e Coordenador de Grupo de Pesquisa dos Programas de Doutorado, Mestrado, Especialização e Graduação do Centro Universitário de Bauru. Professor dos Programas de Pós-Graduação da EPD - Escola Paulista de Direito. Pa-lestrante e Advogado.

²Advogado, psicólogo, especialista em direito de família e sucessões, mestrando do curso de Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos do Centro Uni-versitário de Bauru/SP.

Abstract: The present work deals with the regulation of guardianship and coexistence of pets, being elaborated based on the deductive method of research, based solely on bibliographical research. The sources were obtained in the literature on family law and veterinary medicine. The explanation began with the presentation of the concept of the guardian institute, presenting its modalities, which was repeated for the right of coexistence. Next, the question of the legal nature of the animals in Brazil and their comparison with the foreign legislation was addressed. In the sequence, the question of the affection between humans and animals was worked out and, finally, the issue of the adequacy of the regulation of custody and coexistence with pets was discussed

Keywords: Family Law. Custody. Companionship. Pets.

INTRODUÇÃO



direito de família é marcado pelo afeto. Considerado uma das áreas mais pessoais do direito, lida diretamente com sentimentos e emoções, com amor e ódio – por vezes, tudo ao mesmo tempo. As relações familiares são plurais, dinâmicas e inquietantes, comodamente instáveis.

É por esse dinamismo instável que o direito de família vem passando por tantas transformações, sendo que a própria definição de família já não é mais uma só. Muitos, inclusive, falam até em direito das famílias. E, em meio a tantas inovações, um movimento, ainda sutil, tem começado a chamar atenção: o dos familiares não humanos, mais conhecidos como animais de estimação.

Cada vez mais, esses familiares peludos – ou escamosos, ou penosos – são citados em disputas judiciais. Todavia, não mais como objeto a ser avaliado, mas como entidade senciente a

ser protegida, como um sujeito de afeto dos tutores sobre o qual deve incidir não partilha, mas guarda e convivência.

Por isso, para melhor dimensionar essas situações, serão trabalhadas questões teóricas envolvendo a guarda e a convivência para, em seguida, dar relevo à situação jurídica atual dos animais. Por fim, serão discutidos o cabimento e a pertinência da extensão das regras de guarda e convivência com animais de estimação.

1 GUARDA

O instituto da guarda é um dos mais relevantes dentro do direito de família. Há referência a ele no artigo 227, parágrafo 3º, inciso VI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como no artigo 1.583 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002); mas, curiosamente, nenhum dos diplomas o define. Por isso, coube à doutrina conceber uma definição.

Para Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2016, p.43), guarda “significa tanto custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”. Já Maria Helena Diniz (2005, v. 2, p. 807) entende o instituto como:

- a) Direito do genitor-guardião, que, em razão de separação ou divórcio, por ter melhores condições, exercerá o poder familiar, deliberando sobre sua educação, ficando o genitor-visitante apenas com o direito de fiscalizar aquela educação dada à prole; b) poder-dever de assistência educacional, material e moral a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor.

A parte final da definição da autora repete o teor do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) – o qual caracteriza a guarda como a obrigação de assistência à criança ou adolescente, de ordem moral, educacional ou material, embora seja destinada a regularizar a posse de fato. Muito embora se trate de uma definição, o instituto previsto no Estatuto não é o mesmo previsto no Código Civil. Como explica Maria Berenice Dias (2016, p. 526):

A expressão "guarda" é utilizada tanto pelo Código Civil como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas com significado diverso. No âmbito do ECA, diz respeito com a situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais e estão com direitos ameaçados ou violados (ECA 98). A guarda tem cabimento em duas situações em especial: (a) para regularizar a posse de fato (ECA 33 § 1.º) e (b) como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção (ECA 33 § 2.º).

Para o presente trabalho, considera-se guarda aquela prevista no Código Civil (BRASIL, 2002), consistente no dever de vigilância dos filhos e de velar pela prole, associado ao direito de tê-los em companhia e manter com eles constante comunicação (MADALENO, 2016), regulamentado após o término do relacionamento mantido pelos cônjuges ou companheiros ou quando tal relacionamento nunca existiu.

1.1 OS REGIMES DE GUARDA

O estabelecimento da guarda exige, necessariamente, a adoção de uma das formas previstas no ordenamento jurídico. Atualmente, a legislação brasileira (BRASIL, 2002) contempla dois modelos: unilateral e compartilhada (ROSA, 2016). Alguns autores fazem a distinção em três regimes, diferenciando o compartilhamento jurídico do compartilhamento físico (MADALENO; MADALENO, 2016) – sendo este último denominado por alguns como guarda alternada (DINIZ, 2005).

Com todo respeito aos que defendem a existência de mais do que dois regimes de guarda, a interpretação mais adequada é no sentido da existência de somente dois.

O parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002) se refere expressamente a deveres e direito,

Evidentemente, supostos regimes baseados na companhia – como o de guarda física ou o alternado – tratam de coisas diferentes; no caso, de convivência. Por esse motivo, no presente trabalho serão analisados como tais, em momento específico e

separado da análise dos modelos de guarda.

1.1.1 GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral é a mais antiga, prevista ainda no artigo 325 Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) – embora, na época, a definição de a quais genitores competiria a guarda de quais filhos era bastante rígida: se o desquite fosse de comum acordo, os pais escolheriam a quem competiria cada membro da prole; se fosse por culpa de um dos pais, ao inocente incumbiria a custódia de todos os filhos; se por culpa de ambos, as meninas ficariam sob cuidado da mãe e os meninos, após os seis anos de idade, do pai.

Atualmente, o entendimento é no sentido de que não há mais espaço para discussão judicial de culpa pelo fim do relacionamento conjugal (DIAS, 2016; TARTUCE; MAZZEI; CARNEIRO, 2016) ou, se houver, estará limitada à separação judicial, mas não ao divórcio (MADALENO, 2016).

Por isso, como dispõe o art. 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002), os genitores sempre podem convencionar a guarda unilateral da maneira que lhes convier, a qual pode ainda ser estabelecida pelo juiz à luz das necessidades do filho ou disponibilidade de tempo dos pais.

No regime unilateral, a guarda é atribuída apenas a um dos genitores, o qual ficará encarregado da condução da prole, notadamente no que tange a saúde, educação e atendimento das necessidades básicas (ROSA, 2016). Apesar disso, por determinação do parágrafo 5º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002), ao não guardião assiste o dever de supervisionar os interesses dos filhos, inclusive com possibilidade de requerer prestação de contas e o fornecimento de informações.

Por fim, uma diferença que precisa ser destacada é que guarda não se confunde com poder familiar, também denominado de autoridade parental. Para Maria Berenice Dias (2016,

p.458):

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva. Para Waldyr Grisard, tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente.

Assim, é notável que a autoridade parental é mais ampla do que a guarda; tanto que, ao explicitar os atributos do poder familiar, o artigo 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002) incluiu no rol o exercício da guarda, entre outros – tais como a condução da educação e o direito a um tratamento respeitoso por parte dos filhos. Nesta toada, também o artigo 1.632 do mesmo diploma explicita que a mudança na situação conjugal dos pais terá efeitos somente sobre a convivência com os filhos. Por isso, a doutrina estabelece que mesmo na guarda unilateral os pais permanecem no exercício da autoridade parental (RAMOS, 2016; ROSA, 2018).

1.1.2 GUARDA COMPARTILHADA

Na guarda compartilhada, em contraposição à unilateral, o encargo é repartido entre os pais. Segundo o artigo 1.584, parágrafo 2º, este é o modelo preferencial e será aplicado quando houver equivalência de condições entre os genitores, mas desacerto quanto ao exercício da custódia. Como explica Denise Maria Perissini da Silva (2016, p. 131), na guarda compartilhada existe:

[...] uma co-responsabilização de ambos os genitores acerca de todas as decisões e eventos referentes aos filhos: os pais conhecem, discutem, decidem e participam em igualdade de condições exatamente da mesma maneira como faziam quando estavam unidos conjugalmente, de forma de nenhum deles ficará relegado a um papel secundário, como mero provedor de

pensão ou limitado a visitas de final de semana. Não há, por exemplo, omissão de informações escolares ou médicas, nem acerca de festinhas ou viagens. Uma vez que ambos os pais já faziam isso enquanto estavam juntos, a Guarda Compartilhada respeita esse princípio, e por isso não há motivos para que a situação seja diferente agora que estão separados.

Como já apontado, o modelo compartilhado é de natureza essencialmente jurídica, guardando relação com o exercício dos direitos e deveres inerentes à guarda. Por isso, é indiferente quanto tempo cada guardião passará com os filhos (ROSA, 2016). O que se exige é apenas o estabelecimento da residência dos menores, como manda o artigo 1.583, parágrafo 3º, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Muito tem se falado atualmente sobre o modelo compartilhado, o qual vem sendo alvo de pesadas críticas da doutrina. As principais questões envolvem sua adoção como regime preferencial, bem como a dificuldade de diálogo dos genitores, as quais se refletem negativamente nos filhos (CEZAR-FERREIRA, 2017), podendo, inclusive, desencadear situações de alienação parental (MADALENO, 2016).

Como já aludido, existe celeuma doutrinária acerca da diferenciação entre guarda compartilhada física e jurídica, e da denominada guarda alternada. Mas, como esses modelos estão intrinsecamente relacionados ao convívio com os filhos, serão retomados após a discussão acerca do direito de convivência.

1.2 DIREITO DE CONVIVÊNCIA

Sempre que se verifica uma hipótese de definição de fixação de guarda nos moldes do Código Civil (BRASIL, 2002), necessariamente sucederá o estabelecimento de regime de convivência – antigamente denominado direito de visitas (ROSA, 2016). Essencialmente, trata-se da definição de como o tempo dos filhos será dividido entre os genitores, seja para assegurar o direito de companhia previsto no artigo 1.589 do Código Civil

ao não guardião (BRASIL, 2002), seja para estabelecer a divisão de tempo entre os guardiões na forma do artigo 1.583, parágrafo 2º, do mesmo diploma.

Maria Helena Diniz (2005, v. 4, p. 895) define esse direito de visita como:

Direito-dever, ou melhor, poder dever que tem pai ou mãe não só de se encontrar e comunicar com os filhos menores nas condições determinadas judicialmente, desde que não se tenha enquadrado nenhuma das hipóteses de perda de poder familiar e sempre que a guarda daqueles filhos for deferida ao outro cônjuge em razão de separação judicial, divórcio ou nulidade de casamento, mas também de velar pela sua manutenção e educação. Também têm esse direito os avós, irmãos, padrasto e demais parentes, levando-se em conta a afeição.

É importante notar que, para alguns doutrinadores, como a autora supra referida (DINIZ, 2005), fala-se em definição de convivência somente na hipótese de guarda unilateral. A doutrina moderna, entretanto, caminha em direção contrária, estabelecendo que “o instituto da convivência familiar (anteriormente denominado como ‘visitas’) será fixado em qualquer tipo de guarda, seja no compartilhamento, seja na unitária” (ROSA, 2016, p. 351).

O abandono da expressão “visitas” e sua consequente substituição por “convivência” não é por acaso. O intento é quebrar a ideia popular de que aquele que exerce as visitas o faz apenas para fins de lazer, sem responsabilidades para com a condução da educação e criação dos filhos (ROSA, 2018).

Por vezes, o estabelecimento da convivência surte mais impactos nos filhos do que a definição da guarda. Como explica Verônica Cezar-Ferreira (2017, p. 93):

[...] mais importante do que a modalidade da guarda, de quem detém a guarda ou é visitador, é a maneira como os pais lidam com sua própria interação no que diz respeito ao filho. Isso é que será determinante da maior ou menor integração psíquica do filho.

O que acarreta prejuízos emocionais à criança, vindo, por vezes, a afetar sua vida adulta afetiva e relacional, é o

desentendimento entre os pais e o fato de usá-la como ‘arma de combate’. Suas diferenças, mágoas e ressentimentos é que geram no filho sentimento de insegurança e culpa pela escolha de amor que lhe é imposta, implementando, assim, conflitos de lealdade.

Nesta esteira, o Poder Judiciário tem recebido quantidade crescente de demandas pleiteando a regulamentação de convivência tendo no polo ativo outros parentes, tais como avós, tios, irmãos e padrastos (ROSA, 2018). Tal crescimento somente revela o reconhecimento do afeto como elemento primordial das relações familiares (MADALENO; MADALENO, 2016), bem como a consciência social de sua relevância para os relacionamentos humanos (SILVA, 2016). Tecidas estas considerações, cumpre retomar a questão dos supostos regimes de guarda anteriormente referidos: a guarda compartilhada física e a guarda alternada.

1.2.1 GUARDA COMPARTILHADA FÍSICA

Compartilhada física é aquela na qual não somente os direitos e os deveres, mas também o tempo de convivência é dividido de maneira igual, ou muito semelhante, entre os genitores. Tal regime decorre da interpretação literal do parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O fundamento dos autores que defendem essa diferenciação vem da doutrina estadunidense, derivando dos institutos “joint legal custody” e “joint physical custody” – em tradução livre, respectivamente, guarda compartilhada jurídica e guarda compartilhada física (RAMOS, 2016). Enquanto a primeira guarda relação com a tomada conjunta de decisões, a segunda se refere à maximização do tempo dos filhos com cada genitor (MADALENO; MADALENO, 2016).

Com a edição da Lei Federal número 13.058 de 2014 (BRASIL, 2014), que acrescentou o parágrafo 2º ao artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002) e estabeleceu o equilíbrio

entre os pais no convívio com os filhos, muitos autores entenderam que houve uma adoção do regime estadunidense. Tal associação, entretanto, é equivocada. Como bem afirma Conrado Paulino Rosa (2016, p. 333):

Com a edição da Lei 13.058/2014, em 22 de dezembro de 2014, em nada se alteram as possibilidades de determinação de guarda: ou ela será unilateral – ficando um dos pais com o poder de decisão a respeito das diretrizes da vida do filho – ou compartilhada quando, de forma conjunta, ambos os genitores tomarão as decisões quanto a escolaridade, saúde, lazer e demais deliberações que cabem aos pais e que são inerentes à vida de uma criança.

Em última análise, a “joint physical custody” sempre existiu no Brasil, sendo uma realidade, inclusive, na guarda unilateral. Isso porque a legislação pátria a trata como direito de convivência, estampado no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, por determinação constitucional, os pais não devem ser plenamente privados da companhia de seus filhos.

É importante destacar, entretanto, que a “joint physical custody”, tal como definida pela doutrina estadunidense, importa situação onde “os filhos residem com ambos os pais, mediante a repartição por períodos de tempo sucessivo de convivência” (MADALENO; MADALENO, 2016, p. 173). E, para a doutrina brasileira, esse modelo de sucessão de convívio recebe o nome de guarda alternada. De toda forma, o que se tem, à luz do Código Civil (2002), nada mais é do que uma guarda compartilhada com um regime de convivência mais ou menos simétrico entre os genitores – e não um modelo autônomo de guarda.

1.2.2 GUARDA ALTERNADA

Guarda alternada é uma sofrível escolha de nome feita por alguns autores para abrasileirar o instituto da “joint physical custody” – já que a denominação de guarda compartilhada física não reflete satisfatoriamente a sucessão na convivência inerente

a este modelo. E, lamentavelmente, essa escolha gerou grande confusão entre os operadores do direito.

O parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002) é claro: guarda é exercício de direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Etimologicamente, portanto, uma guarda alternada seria aquela na qual um genitor exerceria unilateralmente esses direitos e deveres por determinado período e, em seguida, perderia a guarda em favor do outro genitor, que dela ficaria incumbido por igual período. Evidentemente, se trata de um cenário absurdo.

Mesmo na “joint physical custody”, da qual se origina a dita guarda alternada, o exercício do encargo é comum a ambos os pais; o que se alterna é somente a convivência. E, legalmente falando, à luz do parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002), trata-se certamente de uma forma equilibrada de divisão do tempo dos filhos entre os genitores. Não por acaso, encontra defensores na doutrina brasileira, tais como Maria Benice Dias (2016) e Patrícia Chambers Ramos (2016) – embora esta adote a denominação “guarda compartilhada física”, como também o fazem Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2016).

A grande crítica ao modelo alternado, na verdade, vem da psicologia (DIAS, 2016). Para muitos autores dessa área, a ausência de um lar de referência pode trazer prejuízos à criança (CEZAR-FERREIRA, 2017, p.99). Como bem explica Denise Maria Perissini da Silva (2016, p. 160):

Na visão de especialistas, os malefícios da chamada ‘guarda alternada’ são patentes, prejudicando a formação dos filhos ante a supressão de referências básicas acerca de moradia, hábitos alimentares etc., comprometendo sua instabilidade emocional e motora.

A despeito dessas ponderações, outros autores (DIAS, 2016) afirmam que tal oposição carece de fundamentos científicos. De toda forma, do ponto de vista estritamente jurídico, à luz do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002), há duas conclusões acerca da guarda alternada: primeiro que não é guarda,

mas sim, convivência; segundo que, enquanto convivência, não há óbice ao seu estabelecimento – deixando claro que não pode implicar em alternância, também, dos deveres da guarda.

2 A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Segundo a definição clássica (DINIZ, 2005, v. 1, p. 236), animal é “bem semovente, ou seja, ser vivo irracional, dotado de sensibilidade e movimento próprios, suscetível de ser apropriado pelo homem”. Seria, portanto, afeto ao direito das coisas, passível de aquisição e negociação. Não por acaso, são incluídos no rol de bens a serem partilhados em divórcio, geralmente ficando a cargo de seu proprietário (SILVA, 2015).

Ocorre que, hodiernamente, muitos grupos defendem a alteração dessa categoria, especialmente para animais de estimação. Há, inclusive, um movimento formal na área da medicina veterinária no sentido de substituir a expressão dono por tutor, justamente para afastar a ideia de coisa (TRAPP, 2016).

Essa tendência de alteração da natureza jurídica dos animais não é exclusiva do Brasil. A título de exemplo, França (AVANCINI, 2015) e, mais recentemente, Portugal (PORTUGAL, 2017) promoveram reformas em suas respectivas codificações civis para caracterizar animais como seres sencientes, mais especificamente, seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza.

Em Portugal, a Lei 8/2017 estabeleceu um novo regime jurídico para os animais, alterando os artigos 1.302º, 1.305º, 1.318º, 1.323º, 1.733º e 1.775º do Código Civil, bem como acrescentado ao mesmo Código Civil os artigos 201º-B, 201º-C, 201º-D, 403º-A, 1.305º-A e 1.793-A, tendo sido revogado o seu artigo 1.321º.

Foi alterado também o artigo 736º do Código de Processo Civil Português.

No Código Penal Português, as alterações ocorreram em relação aos crimes de furto, apropriação ilegítima e para as hipóteses de destruir, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável animais, com alteração dos artigos 203° a 207°, 209° a 213°, 231° a 233°, 255°, 355°, 356° e 374°-B a 376°.

Em território brasileiro, já existe a possibilidade de registro de guarda de animais de estimação através de ato notarial (Cabral, 2017). Merece destaque o emprego do termo guarda, alinhado à aludida tendência de subtração dos animais da categoria de coisa.

2.1 AFETO ENTRE HUMANOS E ANIMAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Os animais vêm sendo domesticados pela espécie humana há milênios, sendo valiosos aliados para proteção, sustento e companhia (VARGAS; FLORIT, 2016) – cuja convivência com os humanos, por óbvio, leva à formação de laços afetivos. Seguramente, é dessa relação de afeto que deriva o movimento pela modificação da natureza jurídica dos animais. Inclusive, pesquisas na área da medicina veterinária apontam que alguns animais podem desenvolver a denominada ansiedade por separação (MACHADO; SANT’ANNA, 2017), que consiste em respostas fisiológicas e comportamentais quando há afastamento temporário ou permanente do tutor (ALMEIDA, 2015).

Outras pesquisas têm mostrado que a ansiedade e outras patologias psicológicas em humanos também são impactadas pela presença dos animais de estimação (LAMPERT, 2014), os quais possuem influência, inclusive, na formação da identidade das pessoas (VARGAS; FLORIT, 2016). Aliado a isso, atualmente existem mais animais de estimação do que crianças nas famílias brasileiras, sendo aproximadamente três cães ou gatos para cada dois filhos de até quatorze anos (MADALENO, 2016).

Tais fatos revelam a existência de um forte liame afetivo

entre tutores e animais, comum à parcela relevante da sociedade brasileira, que, para alguns autores, se assemelha àquela presente em relações filiais (FERREIRA, 2017). Cientes disso, e considerando que o afeto é o ponto central do direito de família, parte da doutrina já se refere até mesmo a uma família multiespécie (DIAS, 2016, p. 138):

O conceito de família vem adquirindo tal elasticidade que a doutrina denomina de família multiespécie a constituída pelos donos e seus animais de estimação, membros não humanos. A tendência de chamá-los de seres sencientes (coisas sensíveis). Quando do fim da convivência, tem a justiça reconhecido a cotitularidade dos animais de companhia, estabelecendo a custódia compartilhada com a imposição do pagamento de alimentos.

Nesta linha de pensamento, associando a ideia de família ao conjunto das relações onde também estão incluídos os animais de estimação, recomenda-se a todas as pessoas que se interessam pelo assunto, que na verdade é ponto central do trabalho de pesquisa desenvolvido e apresentado no presente artigo, uma leitura atenta do que foi exposto por Adrian Furnham, Professor de Psicologia da *University College London* e membro da *British Psychological Society*, em matéria publicada no livro cujo título é “50 ideias de psicologia que você precisa conhecer” (FURNHAM, 2015, p.164/167), matéria essa intitulada “Animais com crise de identidade”, que assim tem início:

Volta e meia ouvimos falar de animais que ‘acham’ que pertencem a uma espécie diferente. Cachorros achando que são gatos, ovelhas ou porcos aparentemente se comportando mais como cachorros; até patos achando que têm pais humanos.

A partir daí e a respeito da experiência conduzida por Konrad Lorenz, o zoólogo e etólogo austríaco, detentor do Prêmio Nobel de Fisiologia ou Medicina de 1973, por seus estudos sobre o comportamento animal, a etologia, Furnham informa, *em transcrição cuja leitura atenta sugere-se a todos os leitores*:

A demonstração psicológica mais famosa desse fenômeno foi publicada na obra de Konrad Lorenz (1907 – 1989), ganhador

do Prêmio Nobel e uma figura importante na etologia, o estudo do comportamento animal. Ele descobriu que gansos-bravos chocados em incubadora se vinculavam à primeira coisa em movimento que viam de maneira bastante específica nas primeiras 36 horas de vida. Ele chamou o processo de *imprinting*, que em português também é conhecido como “cunhagem” ou “estampagem”. Esse período específico passou a ser conhecido como o período crítico. Os gansinhos se vincularam às botas escuras de Lorenz e o seguiam da mesma forma como outros filhotes de gansos seguiriam a mãe. Muitas fotos encantadoras foram tiradas de Lorenz caminhando seguido pelos gansinhos ou até nadando com seus “filhos”. Lorenz descobriu que gralhas que se vinculavam a ele o presenteavam com minhocas suculentas (muitas vezes colocando-as em seus ouvidos). No entanto, felizmente, elas procuravam outras gralhas quando ficavam sexualmente excitadas, demonstrando que alguns comportamentos são mais afetados pelo *imprinting* do que outros. Os filhotes de patos chegavam a se vincular a objetos inanimados, como um balão vermelho e até uma caixa de papelão.

Essas informações sobre comportamento animal incluídas em meio a informações sobre psicologia, como faz Furnham, podem ser extremamente úteis no desenvolvimento de conhecimentos não jurídicos capazes de informar a árdua caminhada dos operadores do direito aqui no Brasil rumo à regulamentação da guarda e da convivência com animais de estimação.

Afinal, a proximidade entre as pessoas e seus animais de estimação resulta no reconhecimento de semelhanças incríveis, mantidas suas diferenças naturais.

Como disse Lorenz, citado por Furnham na página 166 da obra citada:

Em casais mais velhos, não raro se descobrem características que dão ao homem e à mulher o aspecto de irmão e irmã; do mesmo modo, pode-se notar em um dono e um cão que passaram algum tempo juntos similaridades ao mesmo tempo tocantes e cômicas.

Não por acaso, o Poder Judiciário tem sido incitado a enfrentar, nas varas de família, questões envolvendo animais (SILVA, 2015), em partilhas de bens e ações de guarda e

convivência. Como ilustra Rolf Madaleno (2016, p. 453), tomando por base decisão da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

[...] esta decidiu regulamentar o direito de visitas em finais de semana alternados ao verão, para assim desfrutar da companhia do cão Dully. Nem nos maiores pesadelos poderia ser esboçado qualquer traço de comparação ou de assimilação com a guarda de filhos, no entanto, trata-se tema recorrente nos juízos e tribunais, ora vindicando a posse ou guarda de animais de estimação como coisa, ora regulamentando um direito equivalente às visitas ou de companhia destes animais em cumulação de pedidos nas ações de família com pleitos de dissensões afetivas [...].

Sem dúvidas, é uma situação nova sobre a qual a doutrina do direito de família ainda deve se debruçar.

3 GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Acerca da possibilidade de regulamentação de guarda e convivência para animais de estimação, o primeiro ponto a se considerar é a inexistência de legislação permissiva. O que se tem até o momento, além da já citada autorização para registro notarial de guarda (CABRAL, 2017) é o protejo de lei número 1.058-A, de 2011 (BRASIL, 2011), que tramita na Câmara dos Deputados.

Referido projeto contém exatamente a previsão de possibilidade de estabelecimento de guarda de animal de estimação nas hipóteses de divórcio litigioso e separação judicial. É um projeto interessante, que basicamente repete as determinações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002); todavia, enquanto não for convertido em lei, é de pouca valia para o presente estudo.

Por outro lado, a inexistência de previsão legal nunca foi empecilho para inovações no direito de família. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF

n.º 132 e da ADI n.º 4.277, reconheceu a possibilidade de união homoafetiva (MADALENO, 2016) mesmo contrariando, em princípio, o texto expresso da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Este movimento de inovação sem contrapartida legislativa é denominado de função iluminista das decisões judiciais. É a lição de Luís Roberto Barroso (2015, p. 42):

Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, às vezes, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*. Na África do Sul, coube ao Tribunal Constitucional abolir a pena de morte. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal deu a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto. A Suprema Corte de Israel reafirmou a absoluta proibição da tortura, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo, em um ambiente social conflagrado, que se tornara leniente com tal prática.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Alinhadas com essa tendência iluminista, as cortes estaduais têm se mostrado favoráveis à extensão dos institutos da guarda e da convivência aos animais de estimação. Rolf Madaleno (2016) cita julgados nesse sentido, oriundos dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Nada obstante, em recente decisão a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial número 1.713.167, por maioria de votos manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de estabelecer regime de visitas para que um ex-companheiro possa desfrutar da companhia de sua cachorra de estimação, a qual ficou sob a posse da

ex-companheira (STJ, 2018, p. 1). No entendimento do relator:

Buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do *nomen iuris* a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está frente a uma ‘coisa inanimada’, mas sem lhe estender a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano e seu vínculo afetivo com o animal.

Ainda sobre o julgado (STJ, 2018), é importante destacar a presença de votos divergentes. Para a Ministra Isabel Gallotti, seria necessário haver autorização legislativa expressa para tal pleito; por outro lado, o desembargador convocado Lázaro Guimarães entende que animais são coisas e, portanto, não seria possível aplicação análoga do direito das famílias (PARTE, 2018).

Apesar das posições em sentido diverso, fica evidente o fortalecimento do movimento a favor da aplicação dos institutos do direito de família aos animais de estimação.

E, tomando por base o afeto como norteador dessa área jurídica (DIAS, 2016; ROSA, 2016; MADALENO, 2016) – o qual seguramente se faz presente entre animais e tutores (SILVA, 2015; MACHADO; SANT’ANNA, 2017; ALMEIDA, 2015) – e à luz da teoria iluminista (BARROSO, 2015), sem dúvidas a direção que segue esse movimento é a mais acertada.

CONCLUSÃO

Os animais domesticados fazem parte da sociedade humana desde tempos imemoriais. São guardiões, auxiliares, companheiros, enfim, amigos – e, para muitos, mais leais do que suas contrapartes humanas. Basicamente, fazem parte da família. Mas, juridicamente, com exceção dos países que reconhecem nos animais uma natureza jurídica diferenciada, ainda são tratados como meras coisas, às quais se atribui um valor econômico.

Recentemente, a sociedade passou a reconhecer a relação

afetiva como tão ou mais importante do que os aspectos patrimoniais das relações jurídicas, o que deu causa a questionamentos sobre o acerto do tratamento jurídico dado aos animais de estimação. Afinal, se já há mais deles do que crianças nos lares brasileiros, havendo muitos núcleos familiares que optam por um cachorro, gato ou coelho ao invés de um filho, não seria o momento pertinente de revisitar o velho conceito de coisa e modernizá-lo, para estender aos peludos, penosos e, por vezes, escamosos, institutos atinentes ao direito de família?

Com isso em mente, foi realizada uma análise dos institutos da guarda e da convivência, sobre os quais o Poder Judiciário vem sendo incitado a se manifestar quando se trata de animais de estimação. Dessa leitura, ficou patente a existência de dois modelos de guarda – unilateral ou compartilhada – aos quais é associado o regime de convivência conveniente ao caso concreto.

Na sequência, adentrando na situação jurídica dos animais, a análise de projetos de lei nacionais, de inovações legislativas estrangeiras e da implementação de um registro notarial de guarda de animal de estimação, ficou evidente a presença da tendência mundial de afastá-los – embora com ressalvas – da condição de coisa. Como muitos autores defendem, o que se tem não é um objeto semovente, mas sim um ser senciente que merece um tratamento condigno.

Ademais, considerando a tendência da legislação que vigora atualmente no Brasil, aliada aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais recentes, ficou evidenciado que é possível a extensão da regulamentação de guarda e convivência aos animais de estimação.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. L. E. A. *Comparação entre bem-estar psicológico do tutor e problemas comportamentais no seu animal de companhia*. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Faculdade de Medicina Veterinária da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2015.
- AVANCINI, A. *Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes*. Agência de notícias de direitos animais, fev. 2015. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- BARROSO, L. R. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista brasileira de políticas públicas, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- BRASIL. Lei n. 3.071, de 01º de janeiro de 1916 – Código Civil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- BRASIL. Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

- BRASIL. Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- BRASIL. Projeto de Lei n. 1.058-A, de 2011. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/870342.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- CABRAL, A. *Donos de animais domésticos podem registrar os pets em cartório*. Correio Braziliense, ago. 2017. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/revista/2017/08/20/interna_revista_correio,618566/donos-de-animais-domesticos-podem-registrar-os-pets-em-cartorio.shtml>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- CEZAR-FERREIRA, V. A. M. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. 4. ed. São Paulo: CRV, 2017.
- DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.
- DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. 2 v.
- DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.
- DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. 4 v.
- FERREIRA, A. C. P. *Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva*. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.
- FURNHAM, Adrian. *50 ideias de psicologia que você precisa conhecer*. 1ª edição. São Paulo: Planeta. 2015. Tradução:

Cristina Yamagami.

- LAMPERT, M. *Benefícios da relação homem-animal*. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Faculdade de Veterinária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.
- MACHADO, D. S.; SANT’ANNA, A. C. *Síndrome de ansiedade por separação em animais de companhia: uma revisão*. Revista Brasileira de Zootecias 18(3): 159-186. 2017. Disponível em: <<https://zoociencias.ufjf.emnuvens.com.br/zoociencias/article/viewFile/2932/2197>>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- MADALENO, R. *Direito de família*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MADALENO, R.; MADALENO, R. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PARTE da família: *STJ garante direito de visita a animal de estimação após separação*. Conjur, jun, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-19/stj-garante-direito-visita-animal-estimacao-separacao>>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- PORTUGAL. Lei n.º 8 de março de 2017. Diário da república eletrônico. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/106549655/details/maximized>>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- RAMOS, P. P. O. C. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROSA, C. P. *Curso de direito de família contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ROSA, C. P. *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*. Salvador: Juspodivm, 2018.

- SILVA, C. H. *Animais, divórcio e consequências jurídicas*. R. Inter. Interdisc. INTERthesis, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 102-116, Jan-Jun, 2015.
- SILVA, D. M. P. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável. Superior Tribunal de Justiça, jun. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicas/Noticias/Noticias/STJ-garante-direito-de-ex-companheiro-visitar-animal-de-estima-3o-ap-3s-dis-solu-3o-da-uni-3o-est-1vel>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- TARTUCE, F.; MAZZEI, R.; CARNEIRO, S. B. (coord). *Família e sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- TRAPP, S. M. *Dono não, tutor sim!*. Agência de notícias de direitos animais, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2016/02/dono-nao-tutor-sim-2/>>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- VARGAS, V. S.; FLORIT, L. F. *Uma perspectiva jurídica na relação entre animais humanos e não humanos*. Revista Jurídica CCJ, v. 20, n. 43, p. 165-203, set./dez. 2016.