

SISTEMA JURÍDICO E LACUNA: O INSTITUTO DA GUARDA E SUA INTERPRETAÇÃO NA TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS

Ingrid de Lima Barbosa*

Resumo: A modernidade trouxe a constatação da incapacidade do legislador disciplinar todas as relações sociais. A relação familiar estabelecida pelo homem com o animal é uma delas, não sendo raros os casos de disputa de guarda de animais no Judiciário brasileiro. A problemática gira em torno da ausência de norma sobre o tratamento a ser dado quando o fundamento da relação é o afeto, o que é comumente intitulado de lacuna legislativa. A utilização do referido método hermenêutico suscita questionamentos quanto à adequação e à técnica, mormente no tocante à caracterização de uma lacuna ou de uma falha de política legislativa. De fato, as decisões são proferidas ao revés da confirmação da opção do legislador de tratar os animais como coisas no ordenamento jurídico brasileiro, o que causa insegurança jurídica. Neste sentido, o objetivo deste artigo é analisar se se está diante de uma lacuna, e assim, se a aplicação dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil é caso de analogia; ou se se trata de uma falha de política legislativa. Também é escopo deste artigo averiguar os efeitos dessas decisões para a tutela jurídica dos animais no Brasil. Assim, o estudo foi realizado por meio do método hipotético-dedutivo, o que levou à conclusão de se tratar de falha de política legislativa, cabendo ao legislador superar os preconceitos falsos e inserir os animais no âmbito de consideração moral, uma vez que as decisões tomadas sem parâmetro e

* Técnica em Controle Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Mestranda em Constituição e Garantias de Direitos pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Norte - UFRN. Advogada.

sem fundamentação somente perpetuam o especismo e o antropocentrismo.

Palavras-Chave: Lacuna. Falha de política legislativa. Guarda. Animais.

LEGAL SYSTEM AND LOOPHOLE: THE LEGAL CUSTODY AND ITS INTERPRETATION IN THE LEGAL PROTECTION OF ANIMALS

Abstract: The modernity brought the verification of the legislator's incapacity to discipline all social relations. The family relationship established by man with the animal is one of them, and cases of disputes over custody of animals in the Brazilian Judiciary are not uncommon. The problem revolves around the absence of a rule on the treatment to be given when the basis of the relationship is affection, which is commonly called a legislative gap. The use of the aforementioned hermeneutic method raises questions about the adequacy and technique, especially with regard to the characterization of a gap or a failure in legislative policy. In fact, decisions are rendered contrary to the confirmation of the legislator's option to treat animals as things in the Brazilian legal system, which causes legal uncertainty. In this sense, the purpose of this article is to analyze whether there is a gap, and thus, whether the application of articles 1,583 to 1,590 of the Civil Code is a case of analogy; or whether it is a failure of legislative. It is also the scope of this article to investigate the effects of these decisions on the legal protection of animals in Brazil. Thus, the study was carried out using the hypothetical-deductive method, which led to the conclusion that it is a failure of legislative policy, leaving it to the legislator to overcome false prejudices and insert animals into the scope of moral consideration, once decisions taken without parameters and without justification perpetuate speciesism and anthropocentrism.

Keywords: Gap. Failure of legislative policy. Guard. Animals.

1 INTRODUÇÃO



caracterização de um sistema jurídico perpassa a constatação da sua completude ou incompletude; e isso porque o Direito, como instrumento regulador da conduta social, deve oferecer respostas às diversas facetas da existência em sociedade. Assim, muito se discutiu sobre a abertura e a mobilidade do ordenamento jurídico; logo, se a completude é elemento inafastável para sua configuração. Tais indagações, de certa forma, foram respondidas pela complexidade da modernidade. A modernidade revelou a insuficiência do Direito frente ao dinamismo social.

A lacuna, expressão da incompletude do Direito, atualmente, é vista como uma falha superável pela evolução da própria interpretação da norma positivada. Assim, o recurso mais utilizado para a sua integração é a analogia, método em que situações semelhantes são tratadas de forma semelhante, reafirmando o princípio da igualdade.

Neste contexto, as soluções dadas aos casos de disputa de guarda de animais são desenvolvidas a partir da consideração da mudança na compreensão das normas civilistas quanto ao Direito de Família, posto que, afirmando a existência de lacuna, os intérpretes têm entendido pela aplicação analógica das normas contidas nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, em razão da similitude dos pleitos.

Apesar disso, a natureza jurídica dos animais ainda é de coisas, visto que se entende não ter a relação afetiva dos homens com os animais domésticos o condão de mudar a forma que o legislador ordinário optou por tratar esses seres vivos. De igual forma, o seu disciplinamento para as outras situações

(alimentação e práticas ditas culturais) permanece guiado pelo pressuposto da superioridade moral e prática do homem sobre os demais seres vivos.

Assim, a pré-compreensão do intérprete estaria ainda calcada no paradigma antropocêntrico, apesar de mitigado; o que, com apoio na teoria de Karl Larenz, leva ao questionamento da efetiva existência de lacuna quando se trata da conformação de litígios quanto à guarda de animais, mormente se se perquire sobre a intenção reguladora da norma dos artigos 1.583 a 1.590 do Diploma Civilista em contraste com o disciplinamento da posse de bens, contida nos artigos 1.199 a 1.203, do mesmo Código.

De fato, os órgãos julgadores decidem sobre a tutela da guarda de animais ao revés da opção do legislador ordinário de tratar os animais como coisas no ordenamento jurídico brasileiro, o que causa insegurança jurídica, inclusive e principalmente para os animais, cujos interesses não são sopesados, mesmo quando se entende pelo tratamento do pleito como disciplinamento de guarda de filhos.

É cediço que o Direito não acompanha a evolução social, o que leva, não raro, à sua insuficiência frente a casos novos; e, diante disso, deve o intérprete avaliar a existência de lacunas ou da opção, mesmo que falha, de política legislativa daquele ordenamento jurídico, a qual somente pode ser sanada pela atividade do legislador, a fim de garantir coerência e segurança às transformações da sociedade.

Ciente disso, o enfoque do presente artigo é analisar se tais casos configuram a existência de uma lacuna, e assim, se a aplicação dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil é caso de analogia; ou se se trata de uma falha de política legislativa, cuja solução somente caberia ao legislador. Também é escopo deste artigo averiguar os efeitos dessas decisões para a tutela jurídica dos animais no Brasil.

O método científico é o hipotético-dedutivo, utilizando-se da revisão bibliográfica e da análise documental. A análise

documental tem em consideração decisões proferidas pelos tribunais de justiça brasileiros sobre a guarda de animais, com aplicação dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil. Para a seleção das decisões, utilizou-se dos seguintes critérios: decisões de segundo grau; aplicação analógica dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil; decisões dos últimos cinco anos.

Por se tratar de ações que tramitam em segredo de justiça, ao todo, somente foi possível obter a decisão na íntegra quanto a seis processos, uma vez que outros casos foram relatados exclusivamente em veículos de comunicação, dos quais não se pôde obter os detalhes necessários à análise que se pretende no presente artigo. Em face disso, as seis decisões foram analisadas a fim de averiguar os parâmetros hermenêuticos em que se basearam os julgadores para a solução adotada (lacuna, analogia, silêncio do legislador), bem como a sua contribuição para a tutela do bem-estar animal.

2 SISTEMA JURÍDICO, ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO

Conceituando sistema como uma estrutura teleológica de princípios gerais do Direito, Canaris (2002, p. 104-104) ressalta a necessidade de se discutir sobre duas qualidades importantes, quais sejam, a abertura e a mobilidade. No tocante ao termo abertura, há, segundo o autor, duas significações distintas: a primeira se refere à oposição entre uma ordem jurídica apoiada somente na construção de casos a uma ordem jurídica fundada na codificação; a segunda remete à abertura como incompletude do sistema, à possibilidade de modificação e complementação do sistema. Importa ao presente estudo a segunda acepção.

A discussão sobre a completude ou incompletude do ordenamento jurídico, pressupondo-o um sistema ordenado e coerente em si e entre as suas partes, é, de há muito, objeto de reflexão pelos juristas. Norberto Bobbio refere ao problema como um dos aspectos fundantes do sistema jurídico, ao lado da coerência

e da unidade. Conceitua, nestes termos, completude como a característica de um ordenamento que tem uma norma para regular todo e qualquer caso; a incompletude, por outro lado, se referiria à ausência da norma que proíbe ou permite um determinado comportamento (BOBBIO, 1995, p. 71 e 115).

A discussão sobre a (in)completude do sistema jurídico, de acordo com Tércio Sampaio (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 212), tem origem na Era Moderna, quando o poder da violência passou às mãos do Estado, e, assim, o da elaboração das normas. De fato, Lênio Streck (1999, p. 82) rememora que, com a positivação do Direito, iniciou-se a discussão sobre a existência de lacunas no ordenamento como decorrência da ideia de sistema e da necessidade da dogmática jurídica.

E é por isso que o questionamento sobre a existência ou não de lacunas no ordenamento se apresenta como importante. Para a dogmática jurídica, na sustentação do Direito como um sistema circular e controlado; e como superação do dogma do Direito baseado no modelo francês-napoleônico; posto que, se o Direito brasileiro alberga as normas do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) e do artigo 140 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), pressupõe-se que o sistema jurídico é completável (STRECK, 1999, p. 85).

De fato, Norberto Bobbio afirma que a completude de um determinado ordenamento jurídico é condição *sine qua non* quando estão presentes duas premissas: a) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que sejam postas *sub judice*; b) deve fazê-lo com base nas normas pertencentes ao sistema (BOBBIO, 1995, p. 118).

Diante desse impasse característico da ideia de sistema jurídico, posicionou-se Kelsen em sentido negativo, defendendo a completude do sistema. Para o jurista alemão, a lacuna seria apenas uma ficção jurídica; um descompasso entre o ordenamento jurídico real e o ordenamento jurídico desejável, e não

propriamente uma ausência no Direito vigente e positivado (STRECK, 1999, p. 83).

Todavia, há quem não comungue da análise kelseniana. Karl Engisch, conforme salienta Maria Helena Diniz (1999, p. 69), conceitua lacuna como uma falha inadmissível no sistema jurídico. João Batista Villela (2014, p. 229), por sua vez, afirma que o legislador é incapaz de prever todas as possibilidades de condutas sociais, de modo que a teoria da completude do sistema jurídico padeceria de argumentos ficcionais.

Atualmente, a teoria da completude do ordenamento jurídico já não encontra tamanha força, haja vista o próprio desenvolvimento do direito diante das novas realidades que se apresentam. Segundo Tércio Sampaio (2003, p. 216), as lacunas surgem em razão da pluridimensionalidade do Direito, assim, sendo o Direito um sistema, possui entradas e saídas, aspectos relacionais; logo, sua abertura e mobilidade (lacunosidade) são intrínsecas.

Canaris (2002, p. 106-108), nesse sentido, aponta ser possível observar a incompletude do sistema jurídico, seja no sistema objetivo, seja no sistema científico. No sistema científico, trata-se da própria provisoriedade do conhecimento científico, que é temporal, exprimindo somente o estado de coisas de um determinado momento. Já no sistema objetivo, esse como o Direito Positivo, a incompletude se desdobra na ideia de possibilidade de aperfeiçoamento do sistema, e da relação que esse tem com o mundo dos fatos, não sendo, portanto, estático, mas dinâmico.¹

Assim, conferindo relevo aos argumentos esposados por esse jurista, no sentido de que a abertura do sistema jurídico, e, assim, a sua incompletude, decorre da sua própria natureza, como fenômeno inserido no processo histórico, logo mutável (CANARIS, 2002, p. 109), afirma-se a existência de lacunas no

¹ No mesmo sentido, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 534.

ordenamento jurídico.

Segundo o orientador de Canaris, Karl Larenz (1997, p. 524-525), a lacuna representa o limite do desenvolvimento do Direito intrínseco à lei, que está vinculado à intenção reguladora e à teleologia imanente da lei. Assim, é possível diferenciar lacuna da lei de silêncio eloquente da lei.

No estudo das lacunas, Larenz conceitua o que seriam as lacunas de regulação, que equivalem, na classificação de Zitelmann, às lacunas inautênticas. As lacunas de regulação são aquelas em que se verifica a necessidade de regulação de uma situação de fato que está englobada pela intenção reguladora subjacente à norma positivada (LARENZ, 1997, p. 528-529).

Dessa conceituação, verifica-se que o autor entende o conceito de lacuna como aquela que se relaciona com o escopo intrínseco à lei, e não externo a ela. E tal definição se difere da ausência de normativa sobre um fato social, mas que não esteja inserido na base argumentativa/teleológica da lei. Neste caso, Karl Larenz afirma a importância de distinguir a lacuna da falha de política legislativa, a qual só pode ser sanada pelo legislador, enquanto a primeira pode ser sanada pelo julgador (LARENZ, 1997, p. 530).

Para verificar essa diferença, o questionamento a ser feito é se a omissão está calcada na incompletude da lei em consideração à sua intenção reguladora (o que a lei deseja regular e o que se apresenta ao julgador) ou se está relacionada à ausência de uma previsão estrutural por opção legislativa. Diante do segundo caso, não se está diante da integração de lacunas, mas da necessária ação do Poder Legislativo (LARENZ, 1997, p. 534).

Destarte, uma lei é considerada lacunosa quando se perquire quanto à regulação que ela tinha a intenção de obter (estando fora do “espaço livre do Direito”). E, em razão disso, não é possível falar em *lacunas do Direito*, haja vista que, se o sistema jurídico é aberto e dinâmico, uma incompletude da lei em relação ao próprio ordenamento jurídico seria incompatível, até

mesmo porque a ausência de um instituto jurídico no ordenamento não pode ser visto como uma lacuna, mas como uma opção política do legislador (LARENZ, 1997, p. 533-535).

Todavia, se se tratar de uma lacuna patente, o recurso para a sua superação, dentre outros, é a analogia. Para Karl Larenz (1997, p. 540-541), a analogia é a aplicação de uma regra, prevista na lei para uma hipótese A ou outras semelhantes, numa outra hipótese (B), não regulada por lei, mas semelhante a ela. Para tal aplicação, as duas hipóteses devem ser igualmente valoradas em seus aspectos decisivos para a apreciação jurídica.

A transposição de uma previsão legal quanto à hipótese A para a hipótese B, de igual valoração jurídica, é chamada de analogia *legis*, a qual, para Larenz (1997, p. 544-545), deveria se chamar analogia particular, tendo em vista que se aplica uma norma particular a uma situação não regulada por ela. Já a analogia *juris*, por ele intitulada analogia geral, é aquela extraída de um princípio jurídico geral, que se adequa às hipóteses reguladas nas leis, bem como àquelas não reguladas. No caso da analogia *juris*, encontra-se a *ratio legis* comum a todas as disposições legais e que pode ser aplicada aos casos não previstos.

Por outro lado, quando o conteúdo estrito da lei é ampliado, sem se tratar de uma analogia particularmente, trata-se do que Karl Larenz, com apoio em Canaris, chama de extensão teleológica. A referida extensão não difere em muito da analogia, mas se trata do caso de ampliar as possibilidades da norma para incluir casos e consequências que deveriam lá estar inseridas pelo escopo normativo da regra (LARENZ, 1997, p. 564). A extensão teleológica conceituada por Larenz, em outras palavras, trata-se da interpretação extensiva, através da qual há a ampliação do conceito de um objeto tratado em lei a outro, alargando, dessa forma, o alcance da norma, sem criar uma nova (HARET, 2010, p. 1002).

O fato é que, diante de lacunas, surge a necessidade de aperfeiçoar o sistema jurídico, através da sua abertura ao meio

social. Se as lacunas estarão sempre presentes, seja porque o legislador é limitado em suas condições humanas, seja porque a vida social é dinâmica e imprevisível, é preciso compreender a dinâmica do Direito e, assim, a imanente intenção reguladora da lei. E isso com o intuito de corroborar a ação legislativa em prol da evolução do Direito em direção às demandas sociais, ao mesmo tempo estabelecer limites à atividade jurisdicional (DINIZ, 1999, p. 109-110).

3 OS ANIMAIS NÃO-HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A hermenêutica filosófica proposta por Gadamer traz a preocupação da totalidade do mundo e da existência do homem neste espaço (STRECK, 1999, p. 169). De fato, conforme Ribeiro e Braga (2008, p. 271), para Gadamer a interpretação é, antes de tudo, uma experiência humana de mundo. Por isso, na sua teoria, a tradição ganha importância, haja vista a historicidade da linguagem, repercutindo na ideia de círculo de compreensão (ANDRADE, 2017, p. 24).

Segundo Gadamer, o intérprete pertence ao contexto histórico, e, assim, a razão não pode ser jamais absoluta, haja vista que só existe como real e histórica, referindo-se ao contexto em que se insere (LOPES, 2000, p. 105). Na interpretação da norma, a pré-compreensão singulariza o processo de concretização. O intérprete somente consegue captar o significado da norma dentro da sua realidade histórica, cuja elaboração moldou seus hábitos, seu pré-juízo e sua visão de mundo (STRECK, 1999, p. 189). O pré-juízo é responsável pela construção de um projeto interpretativo, no desenvolvimento de expectativas, que precisam ser comprovadas e estudadas. Somente se conhece algo a partir de algo (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 271).

Assim, compreender a natureza jurídica dos animais não-humanos no sistema jurídico brasileiro, é compreender a história

da relação homem-animal. Como dito, a pré-compreensão faz parte da compreensão, não se podendo afastar toda a conexão pessoal e histórica do intérprete do processo interpretativo. E quando se fala da natureza jurídica dos animais não-humanos na atualidade, está-se falando da relação de dominação e de domesticação que existe há muito entre os homens e os animais.

O antropocentrismo coloca o homem no centro do Universo, transpondo para os demais seres vivos o caráter utilitarista e cartesiano. Apesar de também ter se desenvolvido a relação de domesticação, quando os animais vivem pacificamente em convívio próximo aos homens, a necessidade de domínio ainda se mostra patente (SANTOS, 2019, p. 9-10).

Segundo Andréia Bonifácio, na raiz da relação entre os homens e os animais está a matriz religiosa, fundada, principalmente, no Antigo Testamento, no qual é consagrada a superioridade do ser humano sobre o restante da Criação (SANTOS, 2019, p. 13).² De acordo com Suelen Fernandes, a realidade trazida por essas concepções tradicionais cria bloqueios à evolução do pensamento em relação aos animais (FERNANDES, 2016, p. 59).

De fato, apesar de algumas referências aos animais como algo positivo, predominam no cotidiano apontamentos negativos, como *porco*, para falar de sujeira, e *aves de rapina*, para tratar de pessoas ambiciosas (BRÜGGER, 2009, p. 201). E, tendo em mira que a linguagem permite conhecer o mundo e ser-no-mundo, o desenvolvimento do conhecimento parte de uma realidade já informada pela linguagem, e, assim, o cientista, e até mesmo o filósofo, deve lidar com os objetos do modo que a linguagem lhes apresenta (CASSIRER, 1992, p. 48).

A forma de pensar o sujeito moral desenvolvida pela

² Então disse Deus: "Façamos o homem à nossa imagem, con-for-me a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais de toda a terra e sobre todos os pequenos animais -que se movem rente ao chão". (BIBLIA, A. T. Gênesis. In: BIBLIA. *Bíblia Sagrada Online*. c2009-2020. Disponível em: < https://www.bibliaon.com/genesis_1/>. Acesso em: 21 jan. 2020).

filosofia ocidental é calcada na superioridade do ser humano; no critério de racionalidade; e na falta de consciência e de senciência dos animais não-humanos (SENHORINHO; CARDOSO, 2017, p. 117); de modo que, na histórica linha argumentativa kantiana e cartesiana, somente o *status* de coisa pode ser atribuído aos seres classificados como inferiores aos homens, cujo tratamento é de mero instrumento.

Em razão disso, a legislação infraconstitucional brasileira partiu da premissa do *animal-coisa*, compreendendo-o a partir do paradigma antropocêntrico³.

O Código Civil brasileiro, em suas disposições, deixa claro que os animais são coisas, acompanhando a tradição da impossibilidade de sua consideração como sujeitos éticos, e, assim, sujeitos de direitos (BLANCO, 2013, p. 82). Na análise da tríade cível, faltaria aos animais a capacidade de contrair obrigações e, dessa forma, estabelecer relações jurídicas, bem como ir a Juízo defender seus direitos.

A Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, por sua vez, traz em suas disposições a criminalização dos maus-tratos aos animais (BRASIL, 1998). Além da abertura e, assim, fluidez, da norma criminal, que dificulta, muitas vezes, a sua compreensão/interpretação, a proteção dos animais contra o crime de maus-tratos é ainda difícil, em razão das diferenças culturais, dos valores e das práticas tradicionais em relação aos animais. De fato, não é uma situação que se esgota na lei (MERTZ-PEREZ; HEIDE, 2004, p. 10, *apud* PULZ; PULZ, 2017, p. 710).

A Lei de Proteção à Fauna, no mesmo sentido, apesar da denominação, abriga em seus dispositivos diversas formas de flexibilização da proteção dos animais. O parágrafo 1º do artigo 1º, por exemplo, contradiz a disposição capitular ao permitir a caça se essa se der por meio de ato regulamentador do Poder

³ Modelo que caracteriza os primeiros esforços de proteção do meio ambiente. De cunho utilitarista, pretende-se a proteção do meio ambiente em benefício dos homens. E, portanto, fundamenta-se na separação entre o homem e a natureza, e a elevada importância do primeiro. (MIRANDA, 2016, p. 150).

Público Federal (BRASIL, 1967). A consequência dessa previsão foi a edição de leis estaduais que regulamentaram a caça em seu território, como ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, com a Lei nº 10.056/1994 (BRASIL, 1994).

A despeito desse cenário jurídico, nota-se que a interpretação da relação homem-animal não é estanque. O horizonte do intérprete é a relação entre o passado e o presente. E é em razão disso que no processo de compreensão há a fusão de horizontes, tornando-o produtivo e proporcionando a formação de um horizonte superador, a partir da constante alteração da realidade presente. A compreensão, neste sentido, se expressa pela temporalidade (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 273). Cada época compreende um texto de uma forma singular, posto que este faz parte da tradição, que, em determinado momento, tem um interesse específico (GADAMER, 1997, p. 443).

Somente o decurso do tempo é capaz de distinguir os pré-conceitos verdadeiros, com os quais se compreende, dos pré-conceitos falsos, os quais causam mal-entendidos. E para tanto, o intérprete deverá desenvolver uma consciência histórica (GADAMER, 1997, p. 447). Na interpretação/compreensão, fundem-se a tradição do intérprete e a do texto (ciclo hermenêutico). A legislação, o procedimento e toda a formação do hermeneuta constituem a sua pré-compreensão, agregando-se as novas leituras, a análise do caso concreto, e as teses que surgirão, de modo que o saber jurídico nunca se esgota e sempre se transforma (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 279).

Neste sentido, a concepção ecológica de desenvolvimento jurídico vem se destacando. As perdas humanas e ambientais pelas quais as sociedades passaram durante a Segunda Guerra Mundial levou ao desenvolvimento de uma nova compreensão internacional sobre a posição do homem diante da natureza, e, assim, da sua relação com os demais seres vivos.

No contexto brasileiro, o Constituinte tomou como

premissa o modelo do antropocentrismo mitigado⁴, expresso, entre outros, na disposição constitucional contida no artigo 225, que estabelece a proteção do meio ambiente como pressuposto da sadia qualidade de vida, albergando a premissa do desenvolvimento sustentável.

Apesar de os civilistas e ambientalistas afirmarem a tradição antropocêntrica pura da Carta Magna, que não teria sido superada pela norma que determina a proteção dos animais contra os atos cruéis (artigo 225, §1, VII)⁵, a dinamicidade da sociedade não mais permite uma interpretação restrita da previsão constitucional. Não raro aportam no Judiciário situações em que se pleiteia a salvaguarda da integridade, da vida e dos sentimentos dos animais não-humanos. Atualmente, inclusive, se vislumbra a constituição de famílias interespécies, deixando o *pet* de ser um mero objeto de deleite, e se tornando um membro familiar.

Logo, compreender a natureza jurídica dos animais no Estado Democrático de Direito brasileiro, é entender a evolução histórica da relação homem-animal (de mera dominação para membro familiar), o fundamento da sociedade atual (antropocentrismo mitigado), e o que é preciso para ser reconhecido como sujeito moral (a sciência ou a racionalidade?), a fim de que se possa excluir os pré-juízos falsos e conservar os verdadeiros, permitindo que a linguagem proporcione o desvelamento. Aliado a isso, é necessário pensar nas consequências da aceção de um novo posicionamento ético em relação aos

⁴ Esse modelo, que é adotado no Brasil, representa a transição entre o antropocentrismo puro e a proteção ambiental fundada no desenvolvimento sustentável, e na ética de bem-estar dos animais. (MIRANDA, 2016, p. 150).

⁵ Neste sentido, ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 14 ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal São Paulo: Saraiva, 2013; MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica dos animais de estimação em face do Direito Constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

animais, a partir de uma compreensão inovadora e de superação (em termos gadamerianos).

De fato, pensar os animais a partir do paradigma antropocêntrico torna o sistema jurídico coeso e coerente. Os animais como coisas têm o regramento das relações sociais que o abarcam já positivado. Se se discute sobre a guarda de animais no bojo de um divórcio, é possível, a partir desse raciocínio, aplicar as normas que regulam a posse das coisas, por se tratar de um semovente (LEAL; SANTOS, 2015, p. 159-177, *apud* CHAVES, 2016, p. 18).

Neste sentido, não haveria que se falar em lacunas. Conforme explicitado anteriormente, a lacuna existe quando se verifica a incompletude da lei em relação à sua intenção (LARENZ, 1997, p. 531). A intenção da disposição normativa do Código Civil é considerar o animal como coisa, portanto a sua disciplina se encontraria baseada na posse e na propriedade. Diante de um caso de disputa da guarda de animais, não haveria outra opção senão o tratamento como se o homem dono do animal fosse. As soluções seriam a comosse (artigo 1.199) ou o reconhecimento da propriedade de um dos requerentes (artigo 1.228).

Por outro lado, acaso se admitisse a concretização do horizonte superador (uma compreensão histórica em compasso com as demandas sociais), e, assim, o reconhecimento da importância moral dos animais, o sistema jurídico brasileiro estaria incompleto, porquanto o tratamento normativo dado aos animais não contemplaria a visão biocêntrica.

Em razão disso, ao se depararem com situações em que os seres humanos tratam os animais como filhos, e, portanto, requerem a sua guarda, e não posse, estar-se-ia diante de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro. E por existirem lacunas, seria preciso colmatá-las por meio da analogia, aplicando as regras dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, que tratam da guarda

dos filhos⁶.

O fato é que a regulação da situação dos animais, neste caso, ainda padeceria de insegurança por eles ainda apresentarem natureza jurídica de coisas de acordo com as disposições basilares. Seria necessário pensar na mudança de seus *status* jurídico. Neste caso, ainda se estaria falando de lacunas?

4 A GUARDA DE ANIMAIS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Interpretar é mediar o significado. O intérprete compreende um texto legal que se lhe apresenta inserido num problema. No processo de compreensão, o órgão julgador não se apresenta como um sujeito passivo, haja vista que um texto nada pode dizer àquele que nada saiba. Em razão disso, a dinamicidade e a complexidade da realidade social, que interpela o intérprete a se posicionar nas mais variadas situações, não permitem haver uma interpretação absolutamente correta. Com efeito, a compreensão apresenta um ponto referencial relacionado ao ordenamento jurídico e à carga valorativa de determinada época (LARENZ, 1997, p. 439; 441; 443).⁷

Assim, quando defronte de uma lacuna, o juiz deve integrá-la, com atenção aos valores sociais, à intenção reguladora da lei e à adequação da norma concreta a ser pronunciada ao sistema jurídico. E, como dito, há lacuna quando se está diante de

⁶ “Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. São Paulo, SP, 23 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 28 mar. 2018).

⁷ No mesmo sentido, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

uma falha legislativa contrária ao plano da lei, isto é, contrária ao que a lei pretende regular. Diante dessa situação, é possível integrar a lacuna mediante a analogia, a partir da semelhança dos aspectos valorativos das situações jurídicas. Todavia, acaso verifique-se tratar a ausência de previsão sobre o tema uma opção legislativa, a analogia não é cabível (LARENZ, 1997, p. 531).

Neste sentido, foram analisadas decisões proferidas em casos de disputa de guarda de animais, observando-se o pronunciamento sobre a existência de lacunas, a forma da sua integração, e a coerência da solução adotada com a tutela do bem-estar animal.

Nos acórdãos analisados⁸, em sua maioria proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirma-se que a natureza jurídica dos animais não-humanos, no sistema jurídico brasileiro, é de coisas, bem como que não há disciplina normativa quanto à guarda, por afeto, desses seres. A partir dessas premissas, reconheceu-se o novo cenário familiar com a integração dos animais, e a necessidade de solução do litígio levando em consideração a sua nova posição social. Em razão disso, argumentou-se a existência de lacuna legislativa para o tratamento do *thema*, bem como a adequação da situação mediante o

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. São Paulo, SP, 23 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 28 mar. 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento, voto nº 20.626, Relator: Carlos Alberto Garbi, São Paulo, SP, 06 de outubro de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 07 de outubro de 2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2197295-21.2017.8.26.0000. Relator: Maria Lúcia Pizzotti, São Paulo, SP, 20 de junho de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 26 jun. 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1000398-81.2015.8.26.0008. Relator: J.L. Mônaco da Silva, São Paulo, SP, 24 de junho de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 01 jul. 2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1026793-81.2016.8.26.0071, Relator: Alexandre Marcondes, São Paulo, SP, 29 de novembro de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 05 dez. 2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0019757-79.2013.8.19.0208. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, RJ, 27 de janeiro de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Rio de Janeiro, 04 fev. 2015.

método analógico, com a aplicação dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, os quais tratam da guarda de crianças e adolescentes.

O primeiro ponto a ser analisado, então, é quanto à efetiva existência da lacuna. Para tanto, é preciso perscrutar sobre a intenção reguladora da lei. Como bem afirmaram os órgãos julgadores, no sistema brasileiro a natureza jurídica dos animais é de coisas⁹; no máximo, bens ambientais (FIORILLO; FERREIRA, 2019, p. 91). Assim, o seu tratamento é disciplinado pelo rito do Direito das Coisas, sendo a posse e seus consectários instituídos no artigo 1.196 e ss do Código Civil (BRASIL, 2005, p. 219-220), inclusive no que tange à composses de coisa indivisa (que seria o caso dos animais). O seu fundamento é a propriedade.

A discussão sobre a posse dos animais no Código Civil ganha relevo quanto se leva em consideração a responsabilidade do *guardião*, o qual pode ser o proprietário, o possuidor ou até mesmo o detentor do *bem*, sobre qualquer dano que o animal cause, ou quando se trata de contratos em que figure o animal como seu objeto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 958).¹⁰

Já a tutela das pessoas, no tocante ao tema em liça, é tratado nos artigos 1.583 e ss do Diploma Civilista, sob o título *Da Proteção da Pessoa dos Filhos*. Essas normas expressam o dever-direito dos pais em favor de seus filhos, porquanto é dever dos genitores criarem e guardarem seus filhos, bem como é seu direito, sendo seu exercício imprescindível para a vigilância daqueles (CHAGAS, 2013, p. 62; RODRIGUES, 1995, p. 344). O pressuposto da guarda é, portanto, o poder familiar e se tratarem

⁹ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social (BRASIL. *Código Civil*. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005, p. 75).

¹⁰ Art. 1.442. Podem ser objeto de penhor: [...] V - animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola (BRASIL, *Código Civil*, op. cit., p. 257).

de pessoas.

De fato, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 1278), a guarda tem como fundamento a própria existência da criança ou adolescente, sendo um direito natural dos genitores, conforme pontua Gonçalves (2017, p. 365). Caminhando nesse sentido, Farias e Rosenvald (2016, p. 677) prelecionam que a palavra *guarda* serve a duas situações jurídicas: na relação dos filhos com os pais e das crianças e adolescentes com a família substituta.

Se se analisar a intenção reguladora das normas contidas nos artigos supramencionados, ver-se-á que não se encontra em seus objetivos a tutela de toda e qualquer relação de afeto, mas somente aquelas que se traduzam na parentalidade, que é averiguada entre pessoas, mesmo que por afinidade. Logo, não parecer ser a intenção reguladora dos referidos artigos a pretensão de disciplinar os casos de disputa de guarda que envolvem animais, de modo que tal situação se encontraria no âmbito da falha de política legislativa brasileira, que, em momento valorativo outro, não reconhecia a sciência, a titularidade de direitos, tampouco a possibilidade dos animais integrarem núcleos familiares de forma afetiva, como algo indene de dúvidas.¹¹

Deveras, no Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000, julgado pela Sétima Câmara de Direito Privado, a solução do caso adveio da semelhança do *pleito* das partes à disputa de guarda e de visitas no tocante às crianças e adolescentes, e não do *reconhecimento* dos animais como sujeitos de direitos, ou seres sencientes.¹² Já no Agravo de Instrumento

¹¹ “Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a Novo Código Civil 19 disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.” (BRASIL, 2005, p. 18-19).

¹² “Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a

nº 2197295-21.2017.8.26.0000, da Trigésima Câmara de Direito Privado, o Tribunal apenas se refere à integração do animal ao núcleo familiar, decidindo que é possível instituir a *posse compartilhada* do animal, nos moldes de uma guarda compartilhada.

Nestes dois casos, os órgãos julgadores não identificaram propriamente uma lacuna diante da intenção reguladora da lei. Mas, sem solução expressa no ordenamento jurídico, e mesmo sem afirmar os animais como sujeitos de direitos, isto é, reconhecendo-os como filhos, interpretaram a norma dos artigos 1.583 a 1.590 como semelhante à situação de guarda de animais. Segundo Karl Larenz (1997, p. 531), o liame entre a lacuna e a falha de política legislativa está na indagação se a lei é incompleta em relação à sua intenção reguladora, ou se somente a decisão por ela tomada é criticável politicamente, o que seria o caso em análise.

Já no tocante ao método integrativo utilizado, a analogia, verifica-se que, na verdade, se tratou do “desenvolvimento do Direito superador da lei”, teorizado por Karl Larenz. De fato, os órgãos julgadores criaram um instituto jurídico contrário à lei vigente, sob o fundamento do princípio do *non liquet*. A analogia, por eles utilizada, é recurso integrador verificável a partir de situações identicamente valoradas nos seus aspectos decisivos; é preciso buscar a *ratio legis*. Está calcada, portanto, na premissa de tratar igual aquilo que é igual (LARENZ, 1997, p. 541). Dessa forma, os aspectos que não se assemelham entre as situações devem ser de tal forma insignificantes que não infirmam a valoração legal.

Analisando a situação dos animais na disputa de guarda, vê-se que os órgãos julgadores assemelham o pleito dos que se

aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. São Paulo, SP, 23 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 28 mar. 2018, p. 3).

intitulam guardiães/pais à disputa de guarda de filhos; ademais, o direito é valorado em benefício das pessoas e não dos animais, conforme ocorreu na Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, na qual a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro conferiu ao recorrente a *posse provisória* do cachorro Dully, afirmando que tal não teria o condão de lhe atribuir direitos subjetivos.¹³

Se o intérprete, ao argumentar a existência de lacuna e da necessária integração, não aproxima as situações em relação à *ratio* legislativa, não há como falar em analogia. O fundamento da guarda de filhos, como dito, está calcada no poder familiar e na consideração dos interesses das crianças e adolescentes, logo, para se aplicar analogicamente a regra aos casos de disputa de guarda de animais, é pressuposto básico o reconhecimento dos animais como merecedores de igual consideração e de que são filhos, integrantes do núcleo familiar, sendo a guarda definida também em seu benefício.

Nesta senda, os intérpretes pretendem o desenvolvimento de um Direito superador da lei, e não uma integração, haja vista que as decisões são contrárias ao plano regulador da lei. Ademais, a referida superação, que deve vir assentada nos princípios gerais da ordem jurídica e em valores constitucionais, se vale de pressupostos arbitrários, como se observa do acórdão da Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, no qual é assegurado o direito à visita ao animal com base na dignidade humana e no direito de gozar da sua companhia, quando a guarda deve ser definida no melhor interesse do incapaz (LARENZ, 1997, p. 588).

Estando o limite do desenvolvimento de uma norma superadora da lei na própria ordem jurídica vigente (LARENZ, 1997, 607), o disciplinamento sobre a guarda dos animais se

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0019757-79.2013.8.19.0208. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, RJ, 27 de janeiro de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Rio de Janeiro, 04 fev. 2015, p. 3.

encontra a cargo do legislador, que deverá regular a situação, com vistas a resguardar o melhor interesse do animal, até mesmo porque as soluções adotadas pelos tribunais fogem à intenção de regulação da lei, desvirtuando, inclusive, o seu fim, que é garantir o melhor interesse daquele que é tutelado.

Não é despreciando, pois, afirmar que as decisões até agora analisadas são frágeis quanto à coerência lógica, à segurança jurídica e à pretensão de validade, principalmente quando se apresentam como marcos teóricos para a transformação do tratamento jurídico dado aos animais. Apesar de, numa visão geral, os pronunciamentos judiciais serem considerados positivos para a proteção dos animais, estão em pouca medida empenhadas com o desenvolvimento de seus direitos.¹⁴ Com efeito, tratar como lacuna legislativa a guarda de animais, aplicando-se-lhe as normas referentes à guarda de crianças e adolescentes sem que se perquiria sobre a natureza jurídica daqueles, tampouco considerando o seu bem-estar, não corrobora a tutela jurídica desses seres vivos.

Com efeito, Gordilho e Coutinho (2017, p. 276) ressaltam que, mesmo as decisões que aplicam o instituto da guarda de filhos para o caso dos animais em detrimento do regramento da propriedade privada, correm o risco de não garantir o seu bem-estar e dignidade, haja vista que o escopo de tal deliberação é a tutela do gênero humano. A omissão do legislador ordinário e a disparidade no tratamento jurisprudencial sobre o tema confere aos juízes grande margem discricionária, comprometendo o avanço normativo na seara do Direito Animal.

Em razão disso, no Estado brasileiro já há projetos de lei em tramitação que pretendem a regulamentação da guarda de

¹⁴ Da mesma forma observou Fernando César Costa Xavier quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal no tocante aos maus-tratos (XAVIER, Fernando César Costa. Para além da “Vaquejada” e da “Farra Do Boi”: Justiça para o Direito dos Animais. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, [S.l.], v. 17, n. 28, p. 267-278, jun. 2017. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2172. Acesso em: 21 out. 2019).

animais domésticos, bem como a sua natureza jurídica. Trata-se, entre outros, do PL 62/2019¹⁵, que disciplina a guarda de animais no seio familiar e se encontra atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, na Câmara dos Deputados; e do PL 27/2018,¹⁶ que confere natureza jurídica *sui generis* aos animais, caracterizando-os como sujeitos de direito despersonalizados, e foi aprovado com emenda pelo Senado Federal em agosto de 2019.

Apesar de ainda persistir a pré-compreensão de cunho antropocêntrico, sendo forte fator na interpretação da norma constitucional e, assim, da natureza jurídica dos animais, em termos gadamerianos, não é possível negar o reconhecimento pelo intérprete constitucional da interferência da historicidade no ato de compreensão do texto normativo que se insere na realidade e dos falsos preconceitos que rodeiam a leitura do direito em relação aos animais.

Como dito, a interpretação humana é condicionada pelo tempo, e, no caso em apreço, é chegado o momento em que os operadores do direito admitam que os preconceitos oriundos da tradição não mais atendem aos reclamos sociais, e, assim, que deve haver nova compreensão sobre os animais no ordenamento jurídico brasileiro (GADAMER, 1997, p. 447).

E disso é prova a decisão proferida pelo Desembargador Carlos Alberto Garbi, no julgamento de Agravo de Instrumento¹⁷, voto nº 20.626, que deu parcial provimento ao recurso,

¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara nº 62/2019. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190495>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento, voto nº 20.626, Relator: Carlos Alberto Garbi, São Paulo, SP, 06 de outubro de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. São Paulo, 07 de outubro de 2015, p.3.

reconhecendo ser ultrapassada a ideia que embasa a legislação vigente em relação aos animais, de forma que afirmou ser o animal senciente, merecedor de igual consideração de interesse e, portanto, necessária a sua proteção quando do estabelecimento do regime de visitação e da guarda.

Assim, a partir da doutrina de Karl Larenz, tratando-se a ausência de disciplina normativa sobre a guarda de animais no ordenamento jurídico brasileiro uma falha de política legislativa, e não uma lacuna, encontra-se equivocada a sua integração por analogia, sendo papel do legislador ordinário disciplinar tal matéria a partir do reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos, evitando-se a fragilização da sua tutela.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico é incompleto. O legislador, em razão da sua limitada capacidade de prever as condutas sociais e seus efeitos, não consegue lidar com as demandas atuais da sociedade complexa. Dentre essas demandas, a disputa de guarda de animais no bojo familiar tem levantado variadas discussões, tanto sobre a aplicabilidade das normas de Direito de Família, quanto sobre a tutela efetiva da dignidade animal.

Analisando as decisões dos tribunais brasileiros, as quais aplicaram as normas dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, verificou-se que a guarda de animais tem sido desenvolvida por meio da interpretação dos referidos dispositivos como concretizadores da dignidade humana, em seu perfil familiar. Assim, utilizam-se do critério da analogia, afirmando a semelhança das situações e, principalmente, com foco no afeto humano, na necessidade psicológica dos homens em relação aos animais, e em como tal quadro pode ser transportado para uma relação de filiação.

Na construção interpretativa, a pré-compreensão sobre a natureza jurídica dos animais e sua relação historicamente de

subordinação ainda prevalece, contraditoriamente. Os órgãos julgadores, em sua maioria, na técnica de interpretação, não discutem a necessária ingressão do animal no âmbito da comunidade moral a fim de conferir legitimidade e segurança ao método empregado. Assim, observa-se que os tribunais brasileiros ainda estão pouco comprometidos com a tutela animal, de modo que suas decisões ainda focam na resolução de um litígio estritamente humano, com argumentos pouco compreendidos.

De fato, não há como afirmar a incompletude do ordenamento jurídico brasileiro quanto ao tratamento do animal no seio familiar e, ao mesmo tempo, definir a disposição da guarda entre os *pais* ou *tutores* do animal com base no interesse humano, quando o instituto da guarda é tanto um direito, como um dever.

Além disso, se de fato houvesse uma lacuna, estar-se-ia afirmando que os animais não são coisas, porquanto, se coisas são, a disciplina jurídica sobre a sua posse se encontra disciplinada no Código Civil, expressamente. Então, incoerente é afirmar a existência de lacuna no tratamento dos animais, e não discutir sobre a sua natureza jurídica, inclusive a partir da Constituição Federal; e, somente então, aplicar-lhe, por inexistência de regramento específico, as normas do Direito de Família, levando em consideração, igualmente, o interesse dos animais, assim como ocorre com os filhos (melhor interesse da criança e adolescente).

A inadequação técnica está, portanto, a partir da teoria de Karl Larenz, em reconhecer uma lacuna onde, de fato, há uma falha de política de legislativa. E, assim, a exigência da atividade do legislador na conformação das transformações sociais, inclusive no tocante à natureza jurídica dos animais. Apesar da resolução prática da lide entre os requerentes numa ação judicial, resta a insegurança jurídica quanto à tutela animal. Apesar de, à primeira vista, serem decisões que inovam na consideração dos animais em seu novo papel social, pouco estão comprometidas com a tutela do bem-estar animal, uma vez que não há no

desenvolvimento da técnica hermenêutica efetiva preocupação com a adequação institucional da posição jurídica dos animais.

É cediço, contudo, que vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do *non liquet*, isto é, que o juiz não poderá deixar de julgar um caso sob o argumento da inexistência de disciplina jurídica. E, assim, não se está a dizer que não devem os tribunais brasileiros julgar os casos de guarda de animais até que o legislador ordinário a discipline. Argumenta-se a incoerência e a falha técnica dos julgadores, no tocante à efetiva tutela animal, e até mesmo quanto à compreensão da norma. É possível, e isso se afirma, a partir da norma constitucional contida no artigo 225, §1º, VII, valendo-se de uma compreensão atual, afastando-se os preconceitos falsos, realizar uma interpretação que confira tutela à dignidade animal, conforme se verificou do voto do Desembargador Carlos Alberto Garbi, que reconheceu ultrapassada a ideia do animal como objeto. Caso contrário, estar-se-ia apenas perpetuando o especismo, que subordina os interesses dos animais aos dos homens.



REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fernanda; PRUX, Priscila. Os animais como sujeitos de direito, no sistema jurídico pátrio, a partir do critério da senciência: um problema hermenêutico. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *et. al.* (Org.). *Direitos animais: a questão da experimentação*. Florianópolis: FUNJAB, 2017. p. 15-38.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- BIBLÍA, A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. *Bíblia Sagrada Online*. c2009-2020. Disponível em:

- https://www.bibliaon.com/genesis_1/. Acesso em: 21 jan. 2020.
- BLANCO, Carolina Souza Torres. O enquadramento constitucional dos animais não humanos. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 8, n. 12, p. 75-94, 29 jul. 2013. Universidade Federal da Bahia. DOI: <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v8i12.8387>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8387>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL. [Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro]. *Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967*. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197compilado.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. [Código de Processo Civil Brasileiro]. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.
- BRASIL. *Código Civil*. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

- BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 2 fev. 2020.
- BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 62/2019. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190495>. Acesso em: 2 fev. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, RJ, 27 de janeiro de 2015. Rio de Janeiro, 4 fev. 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22111/14227>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1000398-81.2015.8.26.0008*. Relator: J.L. Mônaco da Silva, São Paulo, SP, 24 de junho de 2015. São Paulo, 1 jul. 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204196170/apelacao-apl-10003988120158260008-sp-1000398-8120158260008/inteiro-teor-204196194>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento, voto nº 20.626*, Relator: Carlos Alberto Garbi, São Paulo, SP, 6 de outubro de 2015. São Paulo, 7 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151008-01.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo*

- de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000*. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. São Paulo, SP, 23 de março de 2018. São Paulo, 28 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julgua-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197295-21.2017.8.26.0000*. Relator: Maria Lúcia Pizzotti, São Paulo, SP, 20 de junho de 2018. São Paulo, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594316418/21972952120178260000-sp-2197295-2120178260000/inteiro-teor-594316512>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1026793-81.2016.8.26.0071*. Relator: Alexandre Marcondes, São Paulo, SP, 29 de novembro de 2019. São Paulo, 5 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/275049086/djsp-judicial-2a-instancia-05-12-2019-pg-1718>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- BRÜGGER, Paula. Nós e os outros animais: Especismo, Veganismo e Educação Ambiental. *Linhas Críticas*, [S.l.], v. 15, n. 29, p. 197-214, jul./dez., 2009. DOI: 10.26512/lc.v15i29.3532. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/linhascriticas/article/view/3532>. Acesso em: 3 jan. 2020.
- CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CASSIRER, Ernst. *Linguagem e Mito*. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- CHAGAS, Isabela Pessanha. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. In: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. (Org.). *Família no século XXI: Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos*. 1ed. Rio de Janeiro: EMERJ Publicações,

2013, v. I.

- CHAVES, Mariana. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, v. 2, n. 187, p. 1-34, jan. 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>. Acesso em: 21 jan. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 10.056, de 10 de janeiro de 1994*. Dispõe sobre a autorização da caça amadorística no território do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Porto Alegre, RS, Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Lei/1994/lei_rs_10056_1994_autorizacaoca-caamadoristica_rs_regulamentada_dec_35194_1994.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9 ed. rev. e atual., Salvador: JusPodivm, 2016.
- FERNANDES, Suelen de Souza. Direitos dos Animais e a problemática da efetividade da norma constitucional. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 49-69, 10 out. 2016. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9695/2016.v2i1.301>. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/301>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação*. 4 ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2003.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito*

- Ambiental brasileiro*. 14 ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal São Paulo: Saraiva, 2013.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica dos animais de estimação em face do Direito Constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLNA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. Único.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 6: direito de família.
- GORDILHO, Heron José de Santana; COUTINHO, Amanda Malta. Direito animal e o fim da sociedade conjugal. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 257-281, nov. 2017. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/16412>. Acesso em: 31 jan. 2020.
- HARET, Florence Cronemberger. Analogia e interpretação extensiva: apontamentos desses institutos no direito tributário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 991-1006, 1 jan. 2010. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67925>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560>. Acesso em: 22 dez. 2019.

- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MIRANDA, João Paulo. A ética ambiental dos direitos humanos. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S.l.], v. 25, p. 141-164, nov. 2016. DOI: <https://doi.org/10.14295/juris.v25i0.5996>. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/5996/4109>. Acesso em: 21 jan. 2020.
- PULZ, Renato Silvano; PULZ, Ronei Leonardo. A relação entre os maus-tratos aos animais e a violência humana: teoria da Proteção Animal, Direito e Políticas Públicas. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *et. al.* (org.). *Direitos animais: a questão da experimentação*. Florianópolis: FUNJAB, 2017, p. 705-738.
- RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans - Georg Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160157>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*, São Paulo: Saraiva, 1995
- SANTOS, Andreia de Oliveira Bonifácio. *A família contemporânea brasileira à luz do Direito Animal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SENHORINHO, Jean Machado; CARDOSO, Waleska Mendes. A Ética e a Senciência: Cruzamentos, Limites e Afastamentos. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *et. al.* (org.). *Direitos animais: a questão da experimentação*. Florianópolis: FUNJAB, 2017, p. 107-138.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- VILLELA, João Baptista. O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, [S.l.], v. 12, p. 221-230, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1042>. Acesso em: 23 dez. 2019.
- XAVIER, Fernando César Costa. Para além da “Vaquejada” e da “Farra Do Boi”: Justiça para o Direito dos Animais. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, [S.l.], v. 17, n. 28, p. 267-278, jun. 2017. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2172. Acesso em: 21 out. 2019