

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

JAQUELINE ANGÉLICA STROSCHEIN

**DIREITO DOS ANIMAIS SENCIENTES E SUA GUARDA EM PROCESSOS DE
DIVÓRCIO LITÍGIOSO
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2019

JAQUELINE ANGÉLICA STROSCHEIN

**DIREITO DOS ANIMAIS SENCIENTES E SUA GUARDA EM PROCESSOS DE
DIVÓRCIO LITÍGIOSO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Marcos Costa Salomão

Santa Rosa
2019

JAQUELINE ANGÉLICA STROSCHEIN

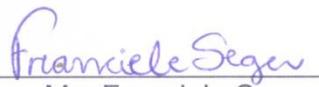
**DIREITO DOS ANIMAIS SENCIENTES E SUA GUARDA EM PROCESSOS DE
DIVÓRCIO LITÍGIOSO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

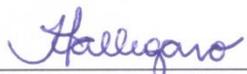
Banca Examinadora



Prof. Ms. Marcos Costa Salomão – Orientador



Ms. Franciele Seger



Prof.ª Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro

Santa Rosa, 10 de dezembro de 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a minha família por sempre me apoiarem e acreditarem em mim, sempre me auxiliando quando necessário.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que me auxiliaram para chegar até aqui. À instituição Fema, por proporcionar a possibilidade de realizar esse sonho. Agradeço ao meu mestre Marcos Salomão, por me orientar e ser esse grande professor.

Não importa se os animais são incapazes ou não de pensar. O que importa é que são capazes de sofrer.

Jeremy Bentham

RESUMO

O tema de pesquisa trata-se do direito dos animais em face do direito de família tendo em vista que o direito dos animais sencientes e sua guarda em processos de divórcio litigioso. Tem-se como delimitação temática a evolução da conceituação de família e dos direitos dos animais e a inserção dos animais como parte da família na atualidade. O problema tem como questionamento se é possível no ordenamento jurídico Brasileiro a aplicação do instituto jurídico da guarda de crianças e adolescentes aos animais de estimação? O objetivo geral consiste em pesquisar a forma como estão sendo decididos casos de guarda de animais em divórcios sob a perceptiva do direito de família e recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, a fim de compreender a evolução dos direitos dos animais sencientes no direito Brasileiro e a forma como seus direitos estão expressos na legislação atual. Considera-se relevante este estudo para demonstrar a necessidade de aprovação de uma legislação específica que atenda o direito dos animais e, que verse sobre a sua guarda em caso de divórcio litigioso. A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica e documental, pois foi realizada por meio da documentação direta. O tratamento de dados foi coletado de forma qualitativa por meio de análise de dados bibliográficos, a pesquisa ocorreu por meios secundários, quais sejam, livros doutrinários, ensaios, compilações, artigos científicos e imprensa escrita; pesquisa documental, deste modo indireta por meio de análise de leis, artigos e doutrinas. Fundamenta-se o construto teórico, por meio de 03 (três) capítulos que tratam do estudo do assunto. O primeiro capítulo versa sobre a família e a sua conceituação, o segundo capítulo discorre sobre os direitos dos animais e o terceiro aborda as recentes jurisprudências sobre a guarda de animais. Por fim, conclui-se que os animais domésticos são possuidores de senciência e desta forma detém direitos fundamentais que precisam ser regulamentados.

Palavras-chave: família – animais – guarda.

ABSTRACT

The research theme deals with animal rights in the face of family law, considering that the rights of sentient animals and their custody in litigation divorce proceedings. The thematic delimitation is the evolution of family conceptualization and animal rights and the insertion of animals as part of the family today. The problem has as a question whether it is possible in the Brazilian legal system the application of the legal institute of child custody to pets? The general objective is to investigate the way in which cases of divorce animal custody are being decided under the perspective of family law and recent judgments of the Superior Court of Justice, in order to understand the evolution of the rights of sentient animals in Brazilian law and the way your rights are expressed in current law. This study is considered relevant in order to demonstrate the need for the adoption of specific legislation that respects the rights of animals and which concerns their custody in the event of contentious divorce. The research is characterized as bibliographic and documentary, as it was performed through direct documentation. The data treatment was collected qualitatively through analysis of bibliographic data, the research took place by secondary means, namely, doctrinal books, essays, compilations, scientific articles and written press; documentary research, thus indirect through the analysis of laws, articles and doctrines. The theoretical construct is based, through 03 (three) chapters that deal with the study of the subject. The first chapter deals with the family and its conceptualization, the second chapter discusses animal rights and the third chapter deals with recent case law on animal husbandry. Finally, it is concluded that domestic animals are sentient and thus have fundamental rights that need to be regulated.

Keywords: family - animals - guard

LISTA DE ABREVIações, SÍGLAS E SÍMBOLOS.

Art. – artigo

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

Inc. – Inciso

nº – número

p. – página

§ – parágrafo

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA | 12 |
| 1.1 A CONSAGRAÇÃO DA AFETIVIDADE ENQUANTO DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA FRENTE AO ESTADO DE DIREITO..... | 12 |
| 1.2 SURGIMENTO DAS FAMÍLIAS PLURIESPÉCIES | 18 |
| 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS | 25 |
| 2.1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS | 25 |
| 2.2 OS DIREITOS DOS ANIMAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA | 31 |
| 3 O INSTITUTO DA GUARDA NO DIVÓRCIO | 39 |
| 3.1 A POSSIBILIDADE DE GUARDA PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO COMO MEMBROS DA FAMÍLIA | 39 |
| 3.2 DESDOBRAMENTOS DA GUARDA DE ANIMAIS PERANTE O JUDICIÁRIO E DECISÕES JURISPRUDENCIAIS | 46 |
| CONCLUSÃO | 52 |
| REFERÊNCIAS | 55 |

INTRODUÇÃO

O tema de pesquisa trata do direito dos animais em face do direito de família tendo em vista que o direito dos animais sencientes e sua guarda em processos de divórcio litigioso. Tem se como delimitação temática a evolução da conceituação de família, dos direitos dos animais e a inserção dos animais como parte da família na atualidade. Foi realizada análise de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2014 (dois mil e quatorze) e 2019 (dois mil e doze nove), de processos que tem como litígio a guarda de animais após a dissolução do casamento ou união estável. O problema tem como questionamento em que medida é possível no ordenamento jurídico Brasileiro, a aplicação do instituto jurídico da guarda de crianças e adolescentes aos animais de estimação?

O objetivo geral do estudo consiste na pesquisa da forma como estão sendo decididos os casos de guarda de animais em divórcios sob a perceptiva do direito de família e recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, a fim de compreender a evolução dos direitos dos animais sencientes no direito Brasileiro e, a forma como seus direitos estão expressos na legislação atual. Desta forma, tem-se como objetivos específicos analisar a evolução dos direitos dos animais, pesquisar a evolução da família brasileira, sua evolução judicial e a guarda dos animais de estimação, bem como demonstrar a evolução da jurisprudência brasileira em relação às decisões do Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2016 (dois mil e dezesseis) a 2019 (dois mil e dezenove) em relação à guarda de animais.

A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica e documental, pois se realizou por meio da documentação direta. O tratamento de dados foi realizado de forma qualitativa por meio de análise de dados bibliográficos, a pesquisa ocorreu por meios secundários, quais sejam, livros doutrinários, ensaios, compilações, artigos científicos e imprensa escrita, pesquisa documental, deste modo, indireta por meio de análise de leis, artigos e doutrinas.

A pesquisa tem como método hipotético-dedutivo por meio de abordagem histórico-comparativo partindo da história dos direitos dos animais e fazendo um

comparativo das novas famílias pluriespécies e a questão da guarda de animais no direito Brasileiro.

Neste estudo, fundamenta-se o construto teórico, por meio de 03 (três) capítulos que tratam do estudo do assunto já relatado. No primeiro capítulo expõe-se a evolução da conceituação de família no ordenamento jurídico e o surgimento das famílias pluriespécies que vem se tornando cada vez mais frequente e o que baseia a sua formação para assim ser nomeada, sendo necessário retomar conceitos e sua origem na história, sendo possível, desta maneira, entender a sua evolução ao longo do tempo.

No segundo capítulo é abordado a historicidade dos direitos dos animais, seu surgimento no direito e como ocorreu sua legitimação na legislação atual, considerando serem detentores de direitos e possuidores de dignidade humana, também, a conceituação de animais perante o Código Civil, através do qual os animais, ainda, são vistos como objetos, sendo necessária a especificação da legislação já existente referente aos animais, animais silvestres e também a fauna e a flora, estes estão intimamente ligados uns aos outros.

No terceiro capítulo foi realizada uma análise do instituto da guarda dos animais, demonstrando a possibilidade de guarda para animais de estimação como membros da família, a distinção de guarda compartilhada e guarda unilateral, o motivo pelo qual surgiu esse novo litígio no momento da dissolução conjugal. A abordagem relatará de que forma o Poder Judiciário vem decidindo estas questões de guarda, tendo como base a legislação atual existente no ordenamento jurídico e a necessidade de uma legislação específica.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Este capítulo traz os vários conceitos de família existentes no ordenamento jurídico e a sua transformação ao longo do tempo, bem como os princípios que regem essas uniões. A modernização da família cria uma nova forma de agrupamento familiar, as famílias pluriespécies, as quais também são abordadas neste capítulo.

A palavra família possui muitos significados, no sentido geral abrange aqueles que possuem vínculo de sangue ou de afeto, sendo a mais restrita as pessoas unidas pelo matrimônio (DINIZ, 2014). A criação da lei somente ocorre após um fato gerador que necessite regulamentação e, da mesma forma, ocorre com a família que está em constante construção cultural, estando o direito sempre um passo atrás da família natural, pois seu objetivo é congelar a realidade, mas esta é mutável (DIAS, 2015).

1.1 A CONSAGRAÇÃO DA AFETIVIDADE ENQUANTO DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA FRENTE AO ESTADO DE DIREITO

O agrupamento de seres vivos ocorre naturalmente, não sendo uma peculiaridade dos seres humanos, uma das explicações é o “[...] instinto de perduração das espécies [...]”, outra hipótese é a necessidade de companhia para ser feliz, pois a vida em grupo aparentemente se torna mais promissora contra as adversidades (DIAS, 2015, p. 29).

É indiscutível a influência do direito canônico no direito de família, sendo a principal fonte dessa influência as Ordenações Filipinas que já carregava o molde religioso (RIZZARDO, 2007). O catolicismo, ainda, possui influência sobre os moldes das famílias atuais, bem como na legislação. É possível notar esta influência nos casamentos. Em um primeiro momento ocorre o casamento no Civil, este realizado no cartório tornando-se pública a união de duas pessoas, muitos, logo após, casam-se também no religioso em uma cerimônia para tornar seu matrimônio público perante Deus e recebendo a benção para iniciar uma família.

A família rege-se por princípios elencados tanto na Constituição Federal, como também no Código Civil. Consuma-se como princípio norteador a afetividade e, juntamente, com a dignidade humana, ambos pilares da construção da família

(DINIZ, 2015). O princípio da “ratio¹” se baseia na afeição entre os cônjuges, sendo essencial para a duração da relação, e quando esta se extingue ocorre a ruptura da comunhão, ocasionando o divórcio ou a separação do casal (DINIZ, 2015).

A afetividade se torna uma das explicações para o agrupamento da espécie humana e, também, a diferenciação para as outras espécies, pois sem afeto a união de duas pessoas seria explicada, somente, para a perduração dos seus iguais, mas está muito além disso, estas pessoas se unem pelo afeto, o qual é um sentimento que faz crescer o desejo de gerar uma nova vida.

A igualdade dos cônjuges e dos companheiros se refere aos direitos e deveres de ambos no seio familiar, não se baseando mais no sistema patriarcal de família, na atualidade, conforme preceitua o art. 226 em seu parágrafo 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (CF, 1988). O patriarcalismo é o poder do pai sobre seu filho. No direito Romano o pai possuía todo o poder sobre este, podendo, se for do seu agrado, escolher pela sua vida ou morte, após a Revolução Francesa o pai torna-se o chefe da família. Atualmente, os pais possuem um dever em conjunto, qual seja, a proteção e melhor desenvolvimento dos seus filhos. A figura da mulher, também, se modificou com o passar do tempo, não sendo mais submissa ao seu marido, como já ocorrido em outras épocas (RIZZARDO, 2007).

O princípio da igualdade dos filhos biológicos, também, baseia-se na afetividade. Independentemente de sua origem, os filhos devem receber o mesmo tratamento, estes eram denominados pelo Código Civil de 1916 (mil novecentos e noventa e seis) como legítimos e ilegítimos, denominação não mais adotada pelo Código Civil de 2002 (dois mil e dois), pois ferem os direitos dos filhos adotivos. Esse afeto está intimamente ligado ao direito fundamental à felicidade, não estando especificado no Código a palavra afeto. Portanto, os filhos merecem o afeto que geralmente advém de seus genitores, bem como de quem possui sua guarda (DIAS, 2015).

A liberdade juntamente com a igualdade, são elencadas como direitos humanos fundamentais, sendo inerentes a pessoa garantindo a dignidade da pessoa humana e no que se diz respeito a ela. Toda pessoa possui liberdade de escolha do seu cônjuge e do regime de bens que desejarem, bem como da extinção do vínculo

¹ Princípio da *ratio*: segundo o qual o fundamento básico da vida conjugal é a afeição e a necessidade de completa comunhão de vida.

conforme o seu melhor entendimento (DIAS, 2015). A liberdade de escolha das pessoas, também, está relacionada com a felicidade, dificilmente uma pessoa que é obrigada a casar ou conviver com outra, que não foi do seu interesse, será feliz. Deste modo, toda a pessoa é livre, dentro da lei, para fazer a escolha do seu cônjuge e o modo que irão constituir uma família, sendo da sua concordância a opção de terem ou não filhos.

A igualdade está intimamente ligada à Constituição Federal, tanto a igualdade formal que diz respeito ao tratamento da pessoa, como a igualdade material que está ligada às desigualdades, sendo necessário suprir a necessidade de cada pessoa de forma diferente. Muitos artigos da Constituição Federal falam de igualdade, um dos principais deles é o art. 5º, o qual prevê que: “Todos são iguais perante a lei [...]” (CF, 1988). A igualdade referida neste artigo se refere tanto da igualdade material, como a formal, não existindo uma diferenciação por raça, religião ou sexo.

Como já referido, as famílias não possuem uma única forma, pois modificaram-se com o passar do tempo, abrangendo maiores possibilidades de vínculos. Alguns destes vínculos não eram reconhecidos pelo Estado, somente quando as uniões que não derivavam do casamento começaram a ser reconhecidas teve-se uma majoração do conceito de família. Chamado de pluralismo das entidades familiares o reconhecimento daquelas uniões que não decorrem somente do casamento, sendo admitidos pelo Estado como “arranjos familiares” (DIAS, 2015).

As famílias não reconhecidas pelo Estado eram denominadas de sociedades de fato, sendo regulamentadas pelo direito obrigacional. A união homoafetiva está, pode-se dizer, no começo pela busca do seu reconhecimento, já possuindo algumas regulamentações por parte do Estado, mas, ainda, lutam para seu reconhecimento como família, pois ambos se amparam no princípio da afetividade e, desta maneira, merecem o seu devido reconhecimento como tal (DIAS, 2015).

As crianças e adolescentes, no âmbito familiar, merecem uma atenção especial, porquanto seus direitos fundamentais estão consagrados no art. 227 da CF.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura,

à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Assim, elencados os direitos das crianças e adolescentes, a família possui, portanto, o dever de promovê-los de maneira a trazer para estas crianças um lar que supra as suas necessidades, estes direitos são devidos para todos os filhos, independente de serem adotados ou não.

Para assegurar todos os direitos que a criança e adolescente possuem foi criada a Lei 8.069 de mil novecentos e noventa, chamada de Estatuto da Criança e Adolescente, mais conhecida como ECA. Neste estatuto estão elencados todos os direitos e deveres inerentes à criança, bem como de seus genitores, proporcionando, desta forma, os seus direitos fundamentais.

Os idosos também possuem seu estatuto próprio, o qual “[...] constitui-se em um microsistema e consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas de 60 anos. Os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados mais significativos.” (DIAS, 2015, p. 51). O Estado tem como dever proteger a pessoa, desde seu nascimento até o final da sua vida.

Pode-se conceituar família como uma entidade que possui proteção do Estado conforme artigo 226 da Constituição Federal, pois ela é a base da sociedade, sendo necessária sua proteção para um fortalecimento das suas próprias instituições políticas (MADALENO, 2019). O Estado prioriza o seu cuidado, pois sem uma família é possível que ocorra a perda de valores essenciais para o crescimento de uma população com uma cultura própria e bem estabilizada. Ao passar dos anos as famílias vêm diminuindo seus integrantes, diferente de quando a economia se baseava do meio rural, através do qual se possuíam mais integrantes, até pelo fato da necessidade de ajuda neste meio. Caracteriza-se família aquelas pessoas que possuem laços sanguíneos ou de afeto, não se baseando somente no matrimônio como ocorria antes da Carta Magna de 1988 (MADALENO, 2019). Estabelecendo desta forma, que:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental (MADALENO, 2019, p.35).

Para Pereira o conceito de família baseia-se pela sua diversificação, possuindo esta laços consanguíneos, através dos quais se estabelecem como uma família. Vale destacar que nesta visão o conceito de família abrange, também, os enteados, genros, noras e cunhado. “Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da romana Gens ou da grega Genos do que da família propriamente dita” (PEREIRA, 2019, p. 24), trata-se portanto, de uma família mais aberta que somente aquela formada por pais e filhos. Assim:

Em razão dos efeitos sucessórios, a família compreende as pessoas chamadas por lei a herdar umas das outras. Assim considerada, ora se amplia, ora se restringe, ao sabor das tendências do direito positivo, em cada país e em cada época (PEREIRA, 2019, p. 24).

Conforme o direito positivo, ocorrendo a mudança de costumes o direito precisa acompanhar estas e desenvolver uma legislação adequada para cada acontecimento novo e que necessita ser regulado por lei, sendo este direito diferente em cada país, pois os povos possuem costumes e interesses diversos (PEREIRA, 2019).

Antes da Constituição de 1988 a família era classificada como legítima, ilegítima e adotiva. A família legítima era assim considerada aquela que se legitimava com o casamento, a ilegítima recebia este nome, pois sua origem se dava a partir de relações extramatrimoniais e deste se originava um filho, a adotiva como o próprio nome sugere é aquela oriunda da adoção de um filho. Com o advento da CF/88 esta distinção ficou proibida, sendo as famílias não mais nominadas pelo seu formato ou integrantes (PEREIRA, 2019). A desclassificação da família é um grande avanço jurídico para o direito Brasileiro, não tratando mais a família como algo rotulável e sim pessoas unidas através da afetividade e com um objetivo em comum.

É possível notar a evolução do direito brasileiro no assunto família a partir da Constituição de 1988 levando em consideração o princípio basilar da afetividade, acolhendo assim a família biparental formada através do casamento ou união estável como também a monoparental formada somente por um dos pais e o seu filho, conjuntamente também com uma madrasta ou padrasto (MADALENO, 2019). As famílias monoparentais não são formadas apenas pelos processos de divórcio, mas também pela adoção unilateral, inseminação artificial ou também com a morte de um dos pais.

Os direitos fundamentais da família se encontram na medida da sua proteção recebida pelo Estado e todas as leis que regulamentam a sua formação e sua modificação através do tempo, sendo um marco histórico a revolução industrial, quando muitas famílias saíram do meio rural para as grandes cidades em busca de empregos e uma vida melhor. A dignidade da pessoa humana esta desta forma ligada diretamente aos direitos fundamentais dessas famílias modernas, na questão de seu planejamento como também na paternidade responsável (MADALENO, 2019). Muitos destes direitos também se encontram no Estatuto da Criança e Adolescente, no direito civil e também no estatuto do idoso, trazendo direitos e deveres para toda a família em seu âmbito de vida.

O principio da igualdade entre os cônjuges também se torna uma realidade a partir da Constituição de 1988, trazendo em sua redação não mais o modelo patriarcal de família, e sim um modelo de família baseado nos princípios da dignidade humana e na afetividade.

O direito traz muitas definições de família, sendo classificadas pela forma como surgem ou derivados dos seus integrantes. A família matrimonial foi instituída pela igreja católica juntamente com o Estado sob a justificativa de manter a ordem social, sendo somente aceitas as uniões em um homem e uma mulher denominado “[...] sacramento indissolúvel: até que a morte os separe.” (DIAS, 2015, p. 134). Estas uniões só poderiam ser anuladas no caso de um dos cônjuges ser infértil ou impotente.

A família informal não era reconhecida pelo Estado vedando qualquer direito as chamadas adulterinas ou concubinárias. Os filhos gerados destas uniões eram invisíveis para o Estado. Por inexistir uma legislação para estas uniões a denominada concubina também não possuía qualquer direito, ficando a margem da sociedade. Mais adiante o legislador viu-se obrigado a trocar sua denominação para companheira, mas, ainda, não possuía direito a alimentos ou qualquer tipo de indenização relativa dessa união.

A Constituição Federal possui em sua redação de maneira expressa que somente são reconhecidas uniões de pessoas de sexo diverso, mas como o fato vem antes do direito e não se pode de maneira alguma ferir o preceito da dignidade humana já existem muitas decisões judicias que reconhecem a união de duas pessoas do mesmo sexo, as uniões homoafetiva já são uma realidade no mundo

inteiro, não sendo mais possível não a aceitar ou tentar proibir. Desta forma já são reconhecidas como entidades familiares (PEREIRA, 2019).

São denominadas famílias paralelas ou simultâneas, estas ocorrem quando o homem, mais comum, ou a mulher possuem duas famílias, pode ser chamado de adultério, mas não constitui mais crime. Esta união não pode deixar de ser reconhecida, desde que seja um relacionamento público, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir uma família (DIAS, 2015).

A família poliafetiva não é reconhecida no Brasil, mas comum em países como a Arábia Saudita. O Estado alega afronta ao princípio da monogamia como também da fidelidade, não existindo possibilidade de direitos para aqueles que assim se denominam (DIAS, 2015).

É possível a denominação de entidade familiar àquelas formadas por qualquer um dos pais e seus filhos. A família monoparental não possui direitos elencados, não no Código Civil, mas de maneira nenhuma deixara de ser reconhecida pelo Estado (DIAS, 2015).

A família natural está conceituada no Estatuto da Criança e do Adolescente como o conjunto que se forma pelo pai ou mãe e um dos seus filhos, possui uma ideia biológica de família. A família extensa ou ampliada se caracteriza quando um parente possui a guarda do filho pelo fato dos genitores não serem aptos para isso, se mostrando como decisivo para escolha o princípio da afetividade e afinidade, este processo nem sempre é rápido, podendo a criança ficar em um lar temporário até a decisão definitiva (DIAS, 2015). No lar temporário a criança ficara com uma família substituta, na maioria dos casos são famílias que estão na fila de adoção.

Todas as famílias possuem um princípio em comum, a afetividade e a plena busca pela felicidade. Não importando a sua formação ou integrantes, mas sim a sua finalidade. Essa busca pela felicidade também traz uma nova possibilidade, a inclusão de mais um ser na família. O animal de estimação.

O conceito de família evoluiu para um novo parâmetro onde o novo integrante não é humano, mas ainda sim dotado de sentiência e que possui necessidades que precisam ser observadas no âmbito familiar.

1.2 SURGIMENTO DAS FAMÍLIAS PLURIESPÉCIES

O conceito de família como já falado, se modifica com o passar do tempo e, desta forma, modicando-se traz novos moldes e novas situações, ainda, não questionadas pelo direito, pois as leis derivam de fatos anteriores a ela, não possuindo, portanto, uma legislação aplicável. O afeto é um dos maiores responsáveis por estas mudanças, as pessoas com o passar do tempo não formam famílias somente por ser algo tradicional e, sim, se unem àqueles que possuem mais afeto, se distanciando do conceito tradicional de família encontrado.

A natureza do direito de família está baseada nos interesses pessoais e familiares, se organizando em razão da sua afetividade e em razão dos seus membros e atua através destes, sempre considerando o interesse do Estado frente a estas uniões (DINIZ, 2014).

A cada dia mais famílias possuem um integrante que não é humano, são eles gatos, cachorros ou até outros tipos de animais mais exóticos. Mas o que faz com que eles sejam parte da família não é somente sua presença, mas sim o afeto que os humanos desenvolvem sobre esses animais e ainda o afeto dos animais sobre a família (VIEIRA, 2016). Assim Vieira relata em seu artigo:

Animais de companhia parecem receber um tratamento especial por parte das pessoas, uma vez que com elas permanecem boa parte do tempo, recebendo peculiar atenção. Cães, gatos, hamsters, coelhos, iguanas etc são considerados animais de companhia, pois permanecem no lar. (VIEIRA, 2016, p. 442).

Pode-se chamar animais de companhia aqueles que permanecem com seu dono, recebendo um tratamento diferenciado dos outros, os quais se mantêm mais próximo da família em si. Seus donos possuem um apreço especial por este se tornando, desta forma, parte da família.

Os animais de companhia se tornam uma parte especial da família, recebendo, desta forma, um carinho especial, não se restringindo somente a gatos e cachorros, mas também a outras espécies. A família, a partir do século XIX, deixa de ser uma instituição que somente se preocupa com a honra e os bens, se preocupando cada vez mais com aqueles que integram a família moderna, os animais. Deste modo, pode-se afirmar que o conceito de família vem se modificando ao logo do tempo, as famílias já não se formam apenas através do casamento e nem pelo autoritarismo, mas sim, pelo afeto (VIEIRA, 2016). O afeto nestas famílias torna-se o pilar para uma relação de carinho com todos os entes que a integram.

A primeira relação entre homens e animais ocorreram pelas necessidades destes, tanto para caça, como para sobrevivência. Logo após, ocorre o processo de domesticação dos animais, tornando-se cada dia mais próximos, tornando-os indispensáveis no seu dia-a-dia, a doutrina afirma que é “Evidente que no decorrer dos anos, as relações entre os homens e os animais se intensificaram, de modo que cada vez mais o animal se tornou uma companhia do ser humano. (AMARAL; LUCA, 2015, p. 302).

Nota-se a intensificação da relação entre homem e animal através do tempo, demonstrando de maneira mais intensa o seu apego aos animais domésticos, esta intensificação também se explica por muitas vezes os casais não pretenderem ter filhos, desta forma ao adotar ou comprar um animal de estimação concentram seu carinho nele. Muitas pesquisas são realizadas na área para entender melhor o cérebro humano e o seu apego por animais domésticos, demonstrando que os animais também possuem afeto sobre seus donos, evidenciando isso de várias maneiras como o comportamento longe de seu dono como também na presença dele (BUSCATO; ZIEMKIEWICZ, 2013). Desta forma:

[...] alguns especialistas cogitam a possibilidade de que a ligação emocional entre humanos e seus animais seja do mesmo tipo da que temos com nossa prole. Na psicologia, o laço que une mãe e filho é chamado de apego. É um tipo de vínculo em que os adultos transmitem segurança, conforto e proteção, para que as crianças explorem seus sentimentos e desenvolvam sua identidade em segurança. O conceito foi se desenvolvendo a partir de pesquisas com humanos e outros primatas, mas os cientistas acreditam que ele também exista em outras espécies. Agora, eles querem saber se essa ligação também se estabelece entre espécies diferentes, como humanos e seus animais (BUSCATO; ZIEMKIEWICZ, 2013, p.30).

Esta forma de demonstração de afeto também se mostra na forma como esses animais são tratados nas famílias, os veem como filhos e declaram seu amor por eles também em redes sociais, publicando fotos com seus animais como também textos que expressam todo o carinho que possuem sobre estes. Há pessoas que dizem que preferem conviver com um animal de estimação do que se relacionar com outra pessoa, existem também aqueles que desejam formar uma família, mas não querem ter filhos e desta maneira decidem adotar ou até mesmo comprar um animal de estimação para fazer companhia ao casal, mas animais domésticos também possuem necessidades (VIEIRA, 2016). Ao serem inseridos nas famílias os animais também se adaptam a estas, possuindo dessa forma ligações

através do afeto que desenvolvem sobre os seus donos ao longo do tempo que passam com estes e como são tratados por estes. Logo:

Animais domesticados estão hoje adaptados ao convívio com humanos, com quem trocam afeto. Contudo, como não se pode trancafiar os filhos dentro de casa, sem brincar, correr ou passear, aos animais domésticos devem ser franqueados os mesmos direitos. Para ser contemplado por humanos, retirou-se o animal do seu meio natural e foi-lhe dado em troca um meio artificial, diferente do seu mundo (VIEIRA, 2016, p. 447).

Da mesma maneira que um filho precisa ser planejado, o mesmo deve ocorrer com os animais de estimação. O abandono de animais constitui crime previsto no art. 32 da Lei de Crime Ambientais, sendo sua pena de 3 meses a 1 ano e multa. A tipificação desse crime ressalta a importância dos animais para o Estado, pois sendo seres que possuem dignidade não podem simplesmente ser descartados como se fossem animais de pelúcia ou brinquedos.

A família possui como princípio basilar a afetividade e a dignidade humana, preceituados na constituição podem ser assim também estendidos aos animais quando estes se tornam parte da família, convivendo com ele no seu dia-a-dia e lhe possibilitando todas as necessidades.

Vale ressaltar que os animais possuem necessidades e, desta forma, precisam de um tratamento que não leve o animal a sofrer nenhum estresse, assim, é indicado que antes de comprar ou adotar um animal, deve-se pensar em seu bem estar, bem como que ele não pode ser descartado, como por exemplo, o que acaba ocorrendo com os ursos de pelúcia, os quais quando não são mais úteis ao ser humano são descartados ao lixo.

Vale mencionar que os animais de estimação movimentam a economia no mundo inteiro, segundo a Associação Brasileira da Indústria de Produtos para Animais de Estimação o Brasil o 2º maior do mundo em população de cães (52,2 milhões), gatos (22,1 milhões) e aves canoras e ornamentais (37,7 milhões) e o 4º maior do mundo em população total de animais de estimação obtendo em 2017 um total de R\$20,3 bilhões de reais de faturamento nesse mercado (ABINPET, 2018).

No Brasil o número de animais abandonados também é expressivo, mostrando assim, a falta de comprometimento de famílias que abandonam seus animais de estimação, não levando em consideração o seu bem estar e o sofrimento que este animal vai ter.

É notório que os animais ocupam cada vez mais espaço nas famílias, seja pelo fato de querer uma companhia ou até agradar um filho com um presente. Desta forma “Há casais que encontram nos animais de estimação uma relação *sui generis* de amizade ou filiação.” (VIEIRA, 2016, p.11). Nesse momento entra-se no ponto de análise de como esse animal deve ser tratado no âmbito familiar de todos os direitos que possui por se tornar um novo membro da família.

Teixeira Neto, em seu livro, expõe sobre a *senciência* dos animais e sua capacidade de sentir dor, afirma que “[...] está provada a existência de *senciência*”, também, chamada de *sensibilidade animal* (TEIXEIRA NETO, 2017, p. 59). Esta *sensibilidade* pode ser percebida nos animais pelo seu comportamento, é possível perceber mudanças nos animais quando estes não se sentem a vontade depois de algum acontecimento. Esta capacidade é exclusiva dos animais vertebrados, sendo desta forma os animais suscetíveis a sentirem o sofrimento que o autor descreve como algo emocional, um sentimento desagradável causado na maioria das vezes por dor e stress (TEIXEIRA NETO, 2017).

É possível concluir que não são somente os humanos que possuem a capacidade de sentir dor e conseqüentemente necessitam de carinho e atenção, assim os animais também possuem essa necessidade quando colocados em seu meio. “Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento [...]” (DINIZ, 2014, p.27).

Dor e estresse não são causados somente por maus tratos, mas também ocorrem quando o animal de estimação está longe de quem o trata com carinho, carinho este que muitas vezes recebe de seus donos, mas quando separado dele muda seu comportamento, bem como reflete no seu bem estar. A capacidade de sentir é chamada de *senciência*, mas nem todos os animais que existem a possuem.

Na doutrina a *senciência* é conceituada como “[...] a capacidade que os animais têm de ter sensações, sofrer e sentir dor.” (GOMES, 2017, p.12), então ligada a *Etologia*, que é estudada pela biologia. A *senciência* possui diferentes graus, sendo esta escala diferente em cada animal, ainda são realizados muitos estudos sobre este tema, mas o que já se pode concluir é que possuindo os animais *senciência* eles não podem ser tratados como se não a tivessem.

Não há de se duvidar que os animais não sejam “coisas”, mas seres dotados de direitos e que merecem direitos que alcancem todas as espécies. Desta forma,

“Ocorre que a capacidade de sofrimento do animal não é um bem jurídico.” (TEIXEIRA NETO, 2017, p.181), tem-se então que o certo é dizer que o bem jurídico é do animal. Este bem jurídico pode se enquadrar de muitas maneiras nas espécies, como direito à vida e direito à alimentação. Estes direitos podem ser chamados de direitos fundamentais dos animais de estimação, ressaltando a sua dignidade.

O grande aumento destes animais nas famílias gera também no direito a necessidade de sua proteção, seja ela contra os maus tratos ou a fiscalização de criadouros ilegais, nos quais os animais são descartados, servindo somente à reprodução, estes animais não recebem nenhuma forma de carinho, sendo tratados somente como meros objetos, ou seja, são usados para aquisição de dinheiro, sem a preocupação com o bem estar do animal.

Pode-se conceituar família pluriespécies como aquela que se constitui em laços de afeto e carinho e não somente de laços consanguíneos conforme preceituava a legislação antes do advento da Constituição de 1988. Essas famílias também possuem a necessidade de serem protegidas pela lei e, deste modo, lhe proporcionar o auxílio necessário para seu reconhecimento e direitos fundamentais observando a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. A busca por esses direitos vai totalmente contra a ideia do especismo, onde se defende que os humanos são superiores as outras espécies, encontradas fundamentações na Bíblia também conforme Singer que em seu livro fala de como o animal era um ser sagrado no jardim do Éden, mas logo após começou a ser permitida a morte desses conforme a visão de Deus sendo algo permitido (SINGER, 2010).

O especismo está relacionado a ideia do homem ser um ser superior aos outros, esta concepção é feita a partir da Bíblia, o especismo pretende demonstrar que somente o humano possui consciência e dessa forma ser possuidor de direitos inerentes a ele. Neste mesmo viés o antropocentrismo teleológico de Aristóteles, acredita que o mundo natural existe para servir ao homem (AGUIAR, 2018).

Os filósofos Pitágoras e Empédocles possuíam um pensamento diferente sobre os animais. Acreditavam que todos os seres possuíam uma conexão através da alma, tanto humanos, animais e deuses, “Na Idade Média, contudo, já haviam registros em que parte da cultura laica da época, atribuía sentimentos e virtudes aos animais, sendo alguns detentores de personalidade própria e criados como membros da família.” (AGUIAR, 2018, p. 21).

Portanto, o animal há muito tempo já possui a sua personalidade como ser detentor de direitos, inseridos nas famílias desde a Idade Média, mostrando desde sempre a afetividade que o homem possui pelo animal domesticado.

É necessário refletir “[...] que nosso interesse pelos outros e nossa prontidão em considerar seus interesses não devem depender da aparência ou das capacidades que possam ter.” (SINGER, 2010, p. 09). Diante do princípio da igualdade é necessário considerar as diferenças dos outros seres para que eles possam se tornar iguais.

Outro fenômeno frequente também é a dissolução destas famílias pluriespécies, o que gerou para o direito uma nova demanda jurídica que é a guarda destes animais de estimação. Pois, agora eles não são somente animais, mas sim, são considerados como membros da família e sua guarda é disputada como se um filho fosse. A grande questão que se apresenta neste momento é de que forma e qual seria a legislação que poderia ser aplicada nestes casos.

Os animais e as famílias se encontram em constante evolução, bastando para o direito, a missão de regulação das famílias e o advento dos animais nesta, possibilitando a grande objetividade da construção de uma família, a consagração da afetividade.

No capítulo seguinte é abordado como a afetividade permitiu que a família evoluísse, juntamente com os princípios elencados na Constituição Federal de 1988, os quais a tornam uma Constituição que zela pela família, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. A família pluriespécie surge neste contexto, trazendo o animal de estimação para o seu meio, tornando-o membro da família. Possuindo como fundamento de seu nascimento a afetividade que os donos possuem pelo animal de estimação. Sendo assim, o enfoque se deu acerca da evolução dos direitos dos animais e a legislação aplicável no Brasil.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Neste capítulo é abordado a legislação cabível aos animais e a sua evolução na história e no direito brasileiro, demonstrando como ocorreu através das Constituições e pelo Código Civil, o qual trata os animais como “objeto”.

Os animais estão historicamente acompanhando os humanos ao longo das décadas, sendo os relatos mais antigos encontrados na Bíblia (livro cristão), para o antropocentrismo são destituídos de qualquer direito ou sentença, vistos como objetos e assim tratados juridicamente.

É notório que o mundo se encontra em constante evolução e conseqüentemente é necessário que o Direito o acompanhe para a segurança jurídica de todos os seres, ocorre que o direito dos animais não vem acompanhando a evolução destes, para a maioria da população já considera os animais detentores de direitos, principalmente a segurança e ao seu bem estar.

2.1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Ao longo de muitas décadas os animais foram vistos pela sociedade como “coisas”, máquinas usadas como objeto de trabalho. O filósofo René Descartes, cita em seu livro que poderíamos comparar os animais as máquinas, pois eles não possuíam razão, desta forma em nada se diferenciaria uma máquina em forma de macaco e o animal macaco, ambos destituídos de alma, diante disto seriam da mesma natureza (DESCARTES, 1973). Os animais eram destituídos de alma, os únicos possuidores eram os humanos, pois seria uma dádiva concedida por Deus.

Alega que se os animais fossem possuidores de alma esta seria revelada por meio da palavra, seria a única maneira de prova que existe sensibilidade e desta maneira a existência de dor (LEVAI, 2006).

Para Bacon, animais possuíam a finalidade experimentalista, acreditando que eles existem para a finalidade que o homem decidir, sendo seres irracionais, não possuindo alma. Possuindo o homem o domínio sobre a natureza (BACON apud FERREIRA, 2014).

Desta forma, os animais eram usados para trabalhos pesados, pois viam eles como máquinas, bem como para alimento às pessoas (DESCARTES, 1973). O autor, por muitas vezes em seu livro, ressalta que os animais não possuíam alma,

desta forma, não poderiam sofrer. Assim, não era necessário que houvesse algum cuidado especial com os animais. Por estes motivos as formas que mais eram utilizadas para usar a força animal, era através da tração, quando necessária a força e alimento para os humanos. Ao longo de muitos anos este era o pensamento enraizado da maioria da população, em relação aos animais e sua função na terra.

Tanto Descartes como Bacon não acreditam na capacidade de sensibilidade à sensações dos animais, levando nas suas teorias que os animais deveriam ser somente utilizados como forma de benefício ao homem, ambos, ainda, afirmavam que por ser tratar de um animal destituído de alma, não deveria ser titulado como merecedor de direitos e ter reconhecida a sua igual perante aos homens (SINGER, 2010).

A ideia de animais vistos como máquinas só veio a ser modificada a partir do século XVIII, após publicações de obras mundialmente conhecidas como a do filósofo Jeremy Bentham, o qual publicou a obra: “Introduction to Principles of Morals and Legislation”, sendo também um marco para a proteção dos animais na esfera da filosofia (SINGER, 2010). Neste livro Bentham escreve sobre o princípio da utilidade e sua aplicação aos humanos, este princípio tem como base que “[...] a avaliação de uma conduta decorre de suas consequências e não do reconhecimento de direitos.” (RAMOS, 2019, p. 90). Deste modo, avaliado-se um ato se torna aprovável ou não, ressaltando-se que estes atos não podem violar os direitos individuais para a felicidade de uma totalidade de pessoas (RAMOS, 2019). É necessário reconhecer a outra espécie como detentora de direitos (SINGER, 2010). Portanto:

Muitos filósofos e outros autores, de uma forma ou de outra, estabeleceram o princípio da igual consideração de interesses como princípio moral básico; mas não foram muitos os que reconheceram que este princípio se aplica aos membros das outras espécies tal como à nossa própria (SINGER, 2010, p. 19).

Demócrito acredita ser necessário haver uma relação de carinho, mas com uma certa tolerância, sustentando que não deveria o homem fanfarronar os ensinamentos aos seus animais, pois na verdade em muitas coisas copiam o que os animais fazem (DEMÓCRITO apud AGUIAR, 2018).

O princípio da igualdade é indispensável para o reconhecimento do sofrimento do outro ser e desta maneira o reconhecimento de serem possuidores de sentiência (SINGER, 2010). A igualdade por muitas vezes é questionada pelos

humanos através do racismo e o sexismo. Para os racistas a cor é uma maneira de comprovar que são superiores a outra raça, os sexistas concluem que são superiores ao outro sexo. “Da mesma forma, os especistas permitem que os interesses da sua própria espécie dominem os interesses maiores dos membros das outras espécies.” (SINGER, 2010, p. 20).

Outro princípio importante é o da afetividade, sendo através dele que se estabelecem as famílias, com um objetivo em comum, sendo de ter filhos ou somente transmitir o seu amor para um animal de estimação.

Humphrey Primat acreditava que os animais merecessem serem tratados igualmente aos os seres, incluindo o homem em si, não sendo para ele o animal menos sensível do que o ser humano, possuindo, portanto, a igualdade de tratamento (PRIMAT apud FERREIRA, 2014).

A sentiência como já citada é conceituada como “[...] a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria.” (SINGER, 2010, p. 20). Para os especistas os animais não são dotados desta capacidade e desta forma não possuem o atributo do sofrimento, levando a crer que sua espécie é superior as outras por possuírem interesses maiores que as demais espécies. O mesmo pensamento se aplica aos racistas e sexistas, eles creem que possuem interesses maiores que os demais por possuírem diferenças que conforme os mesmos os tornariam superiores. Isso leva Singer a acreditar que o “limite da sentiência [...] é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros.” (SINGER, 2010, p. 20), estabelece se uma linha de imaginável daqueles que merecem o reconhecimento de seres dotados de sentiência e aqueles que não a possuem.

Como já referida anteriormente a sentiência é conceituada como a capacidade dos animais possuírem sentimentos como a dor, tristeza e sofrimento. Não sendo esta da mesma maneira em todos os animais, podendo ser medida em graus conforme o animal.

O utilitarista Jeremy Bentham “[...] incorporava a base fundamental da igualdade moral no seu sistema ético através da fórmula: ‘Cada um contará como um e nenhum por mais do que um.’” (SINGER, 2010, p.18). Através desta formula os interesses de cada ser humano precisam ser levados em consideração diante das suas ações e da mesma maneira os interesses dos outros seres. O princípio da igualdade de interesses não considera a capacidade do ser, mas sim, uma igualdade frente a suas necessidades. Bentham acreditava que direitos naturais

eram ofensivos assim com os direitos naturais imprescritíveis, uma vez que para ele os direitos morais já possuíam o resguardo necessário que seres humanos e não humanos deveriam ter, não se falando em existência de direito, mas sim, da igualdade que ambos possuem sem ser necessário analisar as propostas filosóficas sobre o assunto (SINGER, 2010).

Muito se falava em igualdade nesta fase da história, tanto para os negros que foram escravizados como para as mulheres que iam a luta por seus direitos, em seu livro Singer faz uma citação de Bentham, o autor redigiu o texto logo após escravos negros serem libertos por franceses:

Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido retirados senão pela mão da tirania. Os franceses descobriram já que a negrura da pele não é razão para um ser humano ser abandonado sem mercê ao capricho de um algoz. Poderá ser que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a forma da extremidade do os sacrum são razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma - que diferença faria? A questão não é: Podem eles raciocinar? nem: Podem eles falar? mas: Podem eles sofrer? (SINGER, 2010, p.19).

Conforme o trecho somente pelo fato dos animais não saberem se comunicar através da linguagem não é motivo para crer que não podem sofrerem ou pensarem sobre o que esta acontecendo com eles. O autor conclui que um cavalo ou cão adulto possui mais racionalidade do que um bebê recém-nascido, mas nem por isso pensamos que o recém-nascido não possua sciência e dessa forma venha a sofrer se algo acontecesse a ele (SINGER, 2010).

A evolução do sistema nervoso dos animais ocorreu conforme a evolução dos seres humanos, porquanto a evolução dos mamíferos e dos seres humanos é muito parecida, conforme sua história evolucionar, tornando a capacidade de sentir dor um aliado à sobrevivência dos mesmos, pois permite que concluam o quão perigoso é uma atividade e, dessa forma, preservam a sua espécie (SINGER, 2010, p. 22). A dor se torna uma aliada às espécies, assim, elas podem decidir sobre o que é melhor para si e garantir a sobrevivência no planeta terra.

A organização morfológica dos mamíferos e dos humanos possui o mesmo padrão nervoso “[...] que conduzem os estímulos nociceptivos (causadores de dor)

até determinadas regiões do cérebro, ocasionando o sofrimento.” (LEVAI, 2006, p. 20), é necessário levar em consideração o princípio da ética para comprovar que os animais possuem dignidade.

Singer estabelece um marco para os direitos dos animais na questão da utilização de pesquisas científicas e testes para remédios e outras maneiras de utilização de animais como cobaias, sendo a favor do estabelecimento de uma nova maneira de ver os animais na atualidade, detentores de direitos. Trazendo em seu livro também questões, como por exemplo, ser vegetariano, o abate de animais selvagens e criados em cativeiro, pois para ele o animal criado em cativeiro possui um sofrimento muito maior do que o selvagem, o qual é abatido por caçadores (SINGER, 2010).

O uso de animais em pesquisas científicas e como cobaias é, sem dúvida, retornar a acreditar que os animais merecem o tratamento de serem somente “coisas”, sem nenhuma sentiência e, assim, sem nenhum sofrimento, o que não ocorre. Deste modo:

Na Grã-Bretanha, três comitês governamentais de especialistas em matérias relacionadas com animais aceitaram a conclusão, isoladamente, de que os animais sentem dor. Após registrarem a óbvia evidência comportamental que atesta este ponto de vista, os membros do Committee on Cruelty to Wild Animals, criado em 1951, afirmaram: (...) acreditamos que as provas fisiológicas, e, mais especificamente, as provas anatômicas, justificam e reforçam completamente a convicção geral, baseada no senso comum, de que os animais sentem dor (SINGER, 2010, p. 23).

Diante disto não há o que discutir se animais sentem dor ou não, se seres humanos sentem dor por que os animais não a sentiriam? Os animais são detentores de dignidade humana e desta maneira detentores de direitos inerentes a ela. É necessário que ocorra a reconstrução da visão que existe sobre os animais serem “coisas”, não sendo o animal um objeto submisso aos prazeres dos seres humanos. No direito brasileiro o princípio da igualdade ou isonomia encontra-se consagrado no art. 4º, inciso VIII, e art. 5º da Constituição Federal nos seus incisos VIII e XXXVIII, tratando sobre igualdade racial, religiosa e jurisdicional (BRASIL, 1988), não havendo na legislação atual nenhuma redação que fale sobre a igualdade de direitos aos animais. Portanto:

Os animais que vivem de forma social são geralmente mais complexos em seu funcionamento e em sua força cerebral que os animais próximos que

não são sociais. As demandas de habilidade cognitiva são maiores em grupos sociais grandes que naqueles pequenos (BROOM; FRASER, 2010, p.13).

O fato dos animais domésticos estarem em constante companhia de seres humanos faz com se tornem mais inteligentes, pois estimulados a aprender comandos e também conseguem acompanhar a rotina diária de seus donos (BROOM; FRASER, 2010).

Os direitos fundamentais são garantias, sendo o direito à segurança uma delas, este direito esta garantida no art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, estando presente também na Declaração Francesa de 1793 em seu art. 8º “A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.” (BROOM; FRASER, 2010, p.49). Logo:

A questão é que, nos dias atuais, os animais estão, por necessidade ou futilidade, sujeitos ao homem e à sua vontade. São comprados, vendidos, criados, abatidos. A inferioridade apenas deixa de existir em situações excepcionais, como num mergulho com tubarões, um safári na estepe africana ou a ameaça de um cão feroz fugidio (MIGLIORE, 2010, p. 155).

Apesar dos direitos dos animais, ainda, não terem sido reconhecidos para aqueles que acreditam que eles, também, irão se concretizar, argumentam que o mesmo caminho foi percorrido por negros e mulheres em busca de seus direitos, bem como o caso dos escravos que lutaram para conseguir sua personificação como sujeitos de direitos (MIGLIORE, 2010).

A Declaração dos Direitos dos Animais que está em vigor desde 1978 não é vinculativa, mas possui o objetivo de punir os Estados. A finalidade de reavaliar os direitos dos animais. Esta foi proclamada pela UNESCO, nela se encontram artigos que tratam sobre os direitos dos animais. Tem-se em âmbito Europeu o Tratado de Lisboa, o qual já obteve um grande avanço em sua redação quanto a este assunto, possuindo em seu art. 13º uma denominação que os animais seriam seres possuidores de senciência, incluído no ano de 2007 (REIS, 2014). Percebe-se que no âmbito mundial muitos países estão evoluindo na forma como são vistos os animais de estimação, bem como em relação aos direitos que eles possuem, os quais são detentores da senciência.

Através do tempo nota-se a evolução no pensamento a respeito da ideia dos animais possuírem senciência e desta maneira serem possuidores de direitos fundamentais e o amparo do Estado frente a possíveis maus tratos contra eles. Portanto:

Em síntese, há uma razão ontológica na previsão atual da proteção dos animais, no âmbito do direito ambiental: é que os animais deixaram mesmo de ser vistos apenas como *bestas*, estoque vivo de ração para os homens, vítimas perfeitas para experimentos científicos, diabólicos dragões das pinturas renascentistas, serpentes traiçoeiras que nos empurraram para fora do Éden, criaturas feitas para servir e submeter-se ao mais importante e inteligente de todos (MIGLIORE, 2010, p. 130).

A razão social do animal não é mais somente alimento e para experimentos, mas sim, muitas vezes como um novo integrante da família. O homem começa a estabelecer direitos a estes animais e inserir lhe em sua família, proporcionando a ele uma vida digna e repleta de regalias em algumas questões.

Conhecendo a evolução histórica dos animais e a sua consagração como seres merecedores de direito, faz-se necessário compreender como estes estão protegidos na legislação aplicada no Direito Brasileiro

2.2 OS DIREITOS DOS ANIMAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A ideia de a natureza servir aos humanos como algo consumível foi disseminada a partir de muitas religiões, como a cristã, não levando em consideração valores morais e de preservação da natureza, somente para o desenvolvimento da economia. Com o advento da Revolução Industrial o homem acabou se distanciando ainda mais da natureza, tornando-a somente uma coisa para lhe servir. O Brasil na sua colonização foi muito explorado por países como Portugal e França, iniciando a exploração da fauna e da flora, acabando por restar extinto, por exemplo, o pau-brasil e espécies de animais (LEVAI, 2006).

Na legislação brasileira os animais são tidos igualmente como seres inanimados não podendo ser sujeito de direito. Existindo normas que regem sobre a fauna e flora, mas sempre relacionado ao homem, sendo os animais somente abordados no âmbito protetivo. Historicamente o escravo também não era possuidor de direitos, nem mesmo a dignidade humana (VENOSA, 2018).

O Código Civil de 1916 trazia a seguinte redação “Art. 593. São coisas sem dono e sujeitas à apropriação: I - Os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade.” (BRASIL, 1916), não existia qualquer proteção aos animais silvestres, sendo a caça liberada em lugares públicos ou particulares, com autorização dos donos, por receberem a titularidade de bens móveis, era totalmente legal a matança desordenada de animais silvestres (MIGLIORE, 2010).

Após um tempo nasceram as sociedades de proteção aos animais, ocorreram a mudança de pensamento dos humanos, mas não do direito, pois os humanos perceberam que os animais silvestres necessitavam de proteção, não sendo aqueles utilizados em seu favor como suínos, caprinos, para estes a morte não é considerado um crime, para o direito é um fato atípico, pois não ocorre mediante crueldade (MIGLIORE, 2010).

No Código Civil alemão os animais foram incluídos na redação, apesar da reforma o status jurídico dos animais continua sendo de objeto, antes somente fazia referência a pessoas e bens, a mesma reforma ocorreu na Áustria (MIGLIORE, 2010).

O Decreto Lei nº 24.645/34 estabelece medidas de proteção aos animais, apesar de ter sido revogado pelo decreto nº 11 de 1981, este possui uma gama imensurável de direitos aos animais, em seu art. 3º prevê um rol do que seriam considerados maus tratos aos animais. Vale ressaltar que uma das questões mais abordadas é o conceito do que seriam maus tratos quando o animal é utilizado com meio de locomoção. As formas de transporte e abate de animais, traz, também, sobre o ambiente apropriado ao animal e do seu abandono quando doente e no momento que necessita de auxílio veterinário (BRASIL, 1934). Desta forma:

Acontece que a crueldade ainda é concebida subjetivamente, e isso nos remete à questão de saber se os animais são sujeitos ou objetos de direitos. Para a maioria dos juristas, o sujeito passivo desses crimes continua sendo a coletividade, uma vez que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República, pois o homem é fundamento e fim da sociedade e do Estado (GORDILHO, 2017, p. 301).

O conceito de maus-tratos pode ser encontrado no art. 3º do decreto, sendo considerado “[...] manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, sem a presença de ar ou luz; abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado.” (GORDILHO, 2017, p. 308).

Se analisados por uma visão crítica à legislação Brasileira, percebe-se que apesar de parecer uma legislação que protege o meio ambiente e os animais, acaba sendo uma lei que permitem tratamento cruel aos animais (LEVAI, 2006).

A Lei de Proteção à fauna promulgada em 1967 acabou revogando o Código de Caça brasileiro, mostrando-se um grande avanço para a proteção de animais silvestres que agora eram propriedade do Estado. Esta foi influenciada pela doutrina italiana, proibindo a caça profissional e o comércio de espécies. Outro avanço ocorreu a partir da Declaração de Estocolmo em 1972, na esfera ambiental (FERREIRA, 2014).

No ano de 1978 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (DUDA), a qual prevê que todos, independentemente de seres selvagens ou domésticos, têm direito à existência e a vida. Possuindo grande relevância contra os maus tratos e crueldade aos animais de todas as espécies (FERREIRA, 2014).

A lei de Vivissecção (Lei nº 6.638/79) trata sobre o uso de animais como cobaias, logo, em seu primeiro art. possui a seguinte redação, “Fica permitida, em todo o território nacional, a vivissecção de animais, nos termos desta lei” (BRASIL, 1979). A lei não estabelece nenhum limite a vivissecção, sendo desta forma uma lei sem eficácia. “E pensar que no Brasil, a cada dia, milhares de animais são martirizados nos obscuros laboratórios científicos, sem nenhum controle ético ou efetiva fiscalização.” (LEVAI, 2006, p. 08).

A Lei nº 7.173/83 trata sobre os jardins zoológicos. Vale destacar que é outra lei que não tem eficácia, possibilitando mais liberdade aos humanos do que proteção aos animais. Segundo esta seu propósito é sociocultural possuindo objetivos científicos, mas na verdade trata-se de uma exposição de objetos em jaulas (LEVAI, 2006). Logo:

Tanto isso é verdade que o legislador não teve maiores dificuldades em excetuar, pela Lei 10.470/99, os animais destinados ao abate religioso (leia-se jugulação cruenta) da esfera de aplicação da lei do abate humanitário, em flagrante demonstração de imoralidade. Os interesses econômicos, mais uma vez, prevaleceram sobre a dignidade e o respeito á vida e, o que é mais grave, legitimando – por via indireta – a barbárie (LEVAI, 2006, p. 09).

A uma inovação hermenêutica no Brasil com a Constituição Federal de 1988 que possui a partir do seu art. 225 um capítulo dedicado ao meio ambiente, através

do qual cita em seu inciso VII a proteção dos animais contra a crueldade, cuida, desta forma, pela proteção ao meio ambiente e também aos animais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Diante da Constituição de 1988, os animais passam a ser da coletividade e não mais do Estado ou particular, essa alteração do status jurídico se deu pelo termo “bem de uso comum do povo”, cabendo ao Estado somente a sua proteção (GORDILHO, 2017). Assim:

O meio ambiente, portanto, considerado em si mesmo, é um direito sobre outro direito. O direito a um meio ambiente equilibrado e essencial a uma sadia qualidade de vida é um bem de interesse difuso, pertencendo a cada um e a todos ao mesmo tempo, sem que seja possível identificar o seu titular, uma vez que seu objeto é insuscetível de divisão (GORDILHO, 2017, p. 298).

Nota-se, porém, que não são citados direitos fundamentais, como direito à liberdade, segurança e bem-estar excluindo assim os animais. A lei restringe-se somente pela proteção contra a crueldade aos animais ou às práticas que levem a extinção destes. No texto, também, encontra-se o dever do Poder Público e da coletividade, no tocante a proteção destes animais.

Ocorre que o conceito de crueldade trazido pela Constituição Federal é muito restrito, sendo somente aquele onde as condutas contra os animais se relaciona com os indivíduos que maltratam por maldade, excluindo deste conceito a crueldade contra os animais que são usados como cobaias em indústrias e pesquisas (GORDILHO, 2017).

Toda e qualquer pessoa possui o poder de agir frente a uma situação de crueldade contra qualquer tipo de animal, mas pela CF esta prerrogativa é dever do Estado. Quando ocorre uma hipótese onde um animal sofre tortura ou é morto, este ato é reprovável pela sociedade pois vai contra os bons costumes e a moral, “[...] surge a consciência individual ou coletiva a reprovar esse tipo de conduta, mesmo

que o fato típico não seja apurado ou punido pela Justiça” (LEVAI, 2006, p. 23), trazendo, desta forma, a concepção de ser um direito natural.

No atual Código Civil de 2002 os animais são tratados como coisas e recebem o nome de semoventes, no que se refere o art. 82 “[...] bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia [...]” (BRASIL, 2002), assim, pode-se dizer que o Código Civil, estabelece que uma vaca e um cachorro receberiam o mesmo tratamento, compreendidos como uma propriedade suscetível de compra e venda, “[...] o contrário se observa no direito comparado, que inovou a natureza jurídica dos animais não humanos como sujeitos de direito.” (FERNANDES, 2016, p. 11). É notória a necessidade de ver os animais como seres de direitos e não somente como coisa sem vida, tem-se, ainda, o direito legislado somente ao interesse do homem, pois somente ele que possuiria a razão e, portanto, direitos fundamentais.

Apesar de não especificado pode se dizer “[...] que os animais domésticos e domesticados têm, para o direito civil, o status jurídico de propriedade privada.” (GORDILHO, 2017, p. 299), pois os únicos que possuem movimentos próprios, além das pessoas, são os animais.

No Brasil a legislação aplicável aos direitos dos animais encontra-se na Lei Federal nº 9.605/98, em seu art. 32, o qual traz a seguinte redação, no que diz respeito aos maus tratos aos animais e a pena aplicada se cometido de tal crime:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998).

Uma vez sendo passível que ocorra crueldade contra os animais está se afirmando que eles possuem sensibilidade, “[...] pois somente aqueles que sofrem podem ser os sujeitos passivos de práticas cruéis.” (GORDILHO, 2017, p. 302). A própria lei acaba afirmando subjetivamente que os animais são sencientes e, desta maneira, são possuidores do direito à segurança. Conclui-se portanto que:

Na verdade, o especismo seletista faz com que os animais estejam submetidos – em nosso ordenamento jurídico – a regimes jurídicos distintos

que lhes asseguram direitos fundamentais diferenciados. Os animais domésticos e domesticados, assim como os silvestres exóticos, os nativos provenientes de criadouros autorizados ou da caça e pesca autorizadas, paradoxalmente, são titulares do direito à integridade física, mas destituídos dos direitos à vida e à liberdade (GORDILHO, 2017, p. 303).

Enquadra-se somente neste crime aquele que de alguma maneira praticar algum ato de violência contra o animal, se restringindo somente a isso, não incluindo o abandono de animais e a falta de cuidados com estes. De acordo com a legislação citada tanto da Carta Magna como do Código Civil de 2002 é notável que “O sistema constitucional brasileiro priorizou a função ecológica da fauna e não tratou individualmente os animais não humanos [...]” (FERNANDES, 2016, p. 11), deixando de lado princípios como o da igualdade de direitos.

O art. 29 da Lei 9.605/98 “[...] criminaliza a conduta de matar, perseguir, caçar, apanhar e utilizar os animais sem a devida autorização, licença ou permissão da autoridade competente” (GORDILHO, 2017, p. 302), mas não inclui nesse rol os animais domésticos, pois se estes forem mortos sem crueldade torna-se somente um fato atípico, não sendo criminalizado, sendo este o entendimento dos tribunais, pois quando mortos sem crueldade não se torna crime pois não existe dolo. Deste modo:

Acontece que galinhas, bois, perus, porcos, carneiros e cabras, assim como os cachorros e os gatos, são considerados animais domésticos e, como a Lei de Crimes Ambientais não os inclui no tipo do art. 29, não é crime matá-los, desde que a morte não seja precedida de maus-tratos, uma vez que eles estão incluídos no tipo previsto pelo art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, que proíbe a prática de atos de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação nos animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (GORDILHO, 2017, p. 307).

Para a doutrina os crimes cometidos contra os animais são tipificados como objeto material do tipo, pois o que se chama de bem jurídico “[...] é o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.” (GORDILHO, 2017, p. 308), quando na verdade os verdadeiros titulares deveriam ser os animais e não os interesses dos humanos.

Diante disso, entende-se que “Sujeito de direito, para Fábio Ulhoa é gênero e pessoa é espécie e, desta forma, nem todo sujeito de direito é pessoa, contudo deve-se afirmar que toda pessoa deve ser um sujeito de direito [...]” (FERREIRA,

2014, p. 97). Independente de espécie os seres vivos possuem direitos inerentes a eles, sejam humanos ou não.

Diante da legislação existente, nota-se que em nenhum momento é citado que os animais teriam direitos fundamentais. O legislador limita-se na abordagem de práticas de maus-tratos e abuso. A legislação quase não aborda os animais como parte de famílias e seres que necessitam de cuidados básicos. E, ainda, segundo entendimento recente do Superior Tribunal Federal eles podem ser usados em sacrifícios de rituais religiosos, mostrando, desta forma, mais uma vez a falta de consideração com os seres vivos, bem como os direitos que possuem, sendo tratados como meras “coisas”. É notório que a legislação não trata os animais como sencientes e, nada se referem a sua guarda em caso de divórcio ou até mesmo a guarda compartilhada, como ocorre no direito de família quando existem filhos menores. Ocorre que:

Neste exato ponto – o estatuto ético dos animais - a doutrina tradicional mereceria ser revista, porque um cachorro, um boi, um golfinho ou um papagaio – na sua essência vital – não são objetos ou meros recursos naturais. Afirmar que o sujeito passivo de um crime contra a fauna é tão somente a coletividade soa como desprezo à magnitude da vida e à natureza ontológica dos seres (LEVAI, 2006, p. 16).

Proteger os animais indefesos de crueldade ou quando estes estão em perigo se mostra uma manifestação de cidadania, é dever de todos proteger os animais acionando o poder público quando necessário. Apesar de serem possuidores de personalidade “*sui generis*”², não possuem voz para se manifestar, desta maneira, é necessário que se faça isso por eles (LEVAI, 2006).

Só existe uma maneira eficaz de proteger os animais, a qual consiste em dar a eles os direitos inerentes que possuem, hoje em dia, somente estão à disposição dos humanos, pois são estes que elaboram as leis.

Neste capítulo foi abordado a historicidade que cerca os animais, quando ainda, na antiguidade eram vistos como máquinas, aptas aos trabalhos escravos e sem nenhum cuidado com sua saúde ou direitos inerentes a eles. Os direitos dos animais que constam na legislação brasileira, como também, no Código Civil, os crimes que decorrem dos maus tratos aos animais e a falta de uma legislação

² Sui generis é uma expressão em latim que significa "de seu próprio gênero" ou "único em sua espécie".

específica que trate os animais como seres sencientes. No próximo capítulo é abordado a guarda de animais de estimação, bem como a possibilidade de serem inseridos como membros da família e os desdobramentos judiciais referentes à guarda de animais.

3 O INSTITUTO DA GUARDA NO DIVÓRCIO

Neste capítulo é abordado o tema da guarda de animais, buscando demonstrar a sua aproximação do viés do direito de família em relação a sua aplicabilidade na sociedade, a qual se encontra atualmente, foram analisadas, também, as recentes decisões do poder judiciário, no tocante ao tema em questão, nos Estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo por demonstrar a sua inovação quando trata-se de assuntos, ainda, não julgados de maneira exaustiva.

A guarda de animais se torna um assunto recorrente na atualidade, pois mais do que nunca os animais tem se tornado membros da família. O rompimento de um casamento ou união estável pode muitas vezes se tornar um momento traumático na vida das pessoas principalmente se envolver o judiciário e a guarda de filhos, mas isso também vem ocorrendo com a guarda de animais após a separação de casais.

3.1 A POSSIBILIDADE DE GUARDA PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO COMO MEMBROS DA FAMÍLIA

Existe uma clara modificação nos paradigmas da família a partir da Constituição de 1988, “Os novos paradigmas do direito de família determinam uma valorização do aspecto afetivo e da dignidade de cada um dos membros que compõem a entidade familiar.” (RAMOS, 2016, p. 112). Diferentemente dos princípios que trazia o Código Civil de 1916, através do qual a mulher estava totalmente submissa ao seu marido tendo ela e seus filhos total obediência ao patriarca.

Com a valorização da afetividade surge uma nova maneira como a família é vista frente à sociedade, deixando de ser o poder totalmente conferido ao homem como chefe de sua família. Desta forma:

Considerando que a família passa a ser vista sob prisma diverso daquele até então existente, deixando de ser um fim em si mesma para transformar-se em meio de realização e felicidade de seus membros, a manutenção do vínculo conjugal tão só nesse sentido se justifica (RAMOS, 2016, p. 113).

A consagração da família já não ocorre mais somente pelo casamento, mas sim pela existência de laços de afeto entre as pessoas, não se restringindo somente

a pai, mãe e filho, mas também a todos os arranjos possíveis, incluindo as famílias que se formam e nelas se integra um animal de estimação.

A chegada de um filho, por muitas vezes, é motivo de alegria para um casal, a rotina da casa muda, assim, como a rotina do casal. Da mesma maneira, ocorre com a chegada de um animal de estimação, ele se torna parte da família, ocupando um espaço que antes se encontrava vazio, recebendo afeto e carinho de seus donos, os quais acompanham o seu crescimento. De tamanha importância que os animais tem para os seus tutores que em alguns cartórios no país existe a possibilidade de ser confeccionada a certidão de nascimento para o animal de estimação, chamada de identipet, nela se encontram as descrições do animal, assim como os nomes dos seus respectivos donos. Esta certidão poderá ser usada em uma eventual separação, por meio da qual é possível que se peça a comprovação de quem adquiriu o animal e quando isso ocorreu (INDENTIPET, 2019). Compreende-se que:

[...] hoje em dia não é irrisório o número de famílias que englobam seus animais de companhia como membros das mesmas. Em verdade, os animais despertam variados sentimentos aos que mais próximo deles se propõem, se dão a chance de se colocar." (AGUIAR, 2018, p. 48).

As famílias modificaram-se ao longo do tempo, em razão de optarem por não terem filhos, ocorre que estas escolheram por aumentar a família através da aquisição de um animal de estimação, os quais despertam os sentimentos de cuidado da mesma maneira que sobre um filho. Os animais domésticos necessitam dos mesmos cuidados que uma criança e, conseqüentemente deve se considerar os seus sentimentos em relação aos seus donos. Portanto, fica evidente que se pode utilizar por analogia os direitos das crianças referentes à sua guarda aos animais domésticos.

O afeto se torna o responsável pelo nascimento das famílias pluriespécies e conseqüentemente estas famílias evoluem na maneira a oferecer aos seus animais uma vida melhor. E lhes oferecendo a oportunidade de possuírem o mínimo de dignidade. Contudo, nem todos os animais possuem essas regalias, dependendo muito da raça e da maneira como foram criados, mas à todos é garantida uma vida digna e com o mínimo necessário para uma vida saudável.

Em recente decisão do STJ no julgamento do REsp. 1.797.175/SP foi reconhecido o direito de um papagaio continuar com sua dona, o papagaio já estava

em sua posse há mais de 23 anos, impossibilitando assim a sua reinserção ao meio ambiente natural. Outro motivo para o pedido de continuar com o papagaio decorre da sua tutora, pois ela já possuía laços de afeto com o papagaio. O papagaio havia sido retirado da dona, pois é um animal silvestre e não existia nenhuma documentação que comprovava a origem do animal. Ainda, tal fato é tipificado como crime, sendo a mesma condenada em primeiro grau ao pagamento de multa, sendo a sentença reformada. Portanto:

[...] em relação aos animais não humanos, deve-se reformular o conceito de dignidade, objetivando o reconhecimento de um fim em si mesmo, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensitivos não humanos, que passariam a ter reconhecido o status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral [...] (SÃO PAULO, 2019).

A dignidade dos animais passa a ser o motivo para que ocorra a sua descoisificação e não sendo mais visto como objeto, o seu reconhecimento como detentor de direitos se torna um grande avanço para todos aqueles que lutam pelo bem-estar dos animais e pelo seu reconhecimento como detentores de direitos.

Há vários motivos para adotar um animal de estimação, mas o mais recorrente é sua companhia para, muitas vezes, trazer um pouco mais de alegria na vida das pessoas. Casais que optam por não ter filhos, como também os que já possuem acabam por presentear os filhos com animais, com objetivo de fazer com que seus filhos aprendam a criar responsabilidades.

Após o fim do relacionamento que possua filhos do casal o primeiro questionamento que ocorre é “com quem ficara a guarda?”, de imediato ocorrendo a discordância de ambos em relação à decisão, inicia-se um processo judicial onde a decisão fica a critério do juiz juntamente com a avaliação dos genitores para o escolhido ser o que poderá cuidar melhor do filho. Não diferente disso ocorre também quando os ex-cônjuges adquirem um animal de estimação, possuindo ambos afeto sobre este, lhe conferindo um título de membro da família. Assim:

Havendo este rompimento e duplo interesse do antigo casal em ter a guarda do animal de estimação, até então de ambos, cria-se uma situação jurídica que merece atenção, sendo objetivo de disputas cada vez mais crescente (AMARAL; LUCA, 2015, p. 307).

A partir dessa disputa ocorre o questionamento de quem deveria permanecer com o animal de estimação, seria o dono, quem adquiriu o animal, ou aquele que

possui mais afeto e que conseqüentemente sofreria mais com a falta do animal de estimação. (AMARAL; LUCA, 2015). Desta forma, chega se à conclusão que “[...] demandas precisam ser resolvidas em juízo, pois nenhum julgador poderá se abster de apreciar qualquer ameaça ou lesão a direito” (MADALENO, 2019, p. 467), neste momento entra em cena o magistrado que deverá analisar o caso para decidir de que forma esta questão será tratada, sendo somente como uma questão de direito civil ou uma demanda de direito de família, faz-se necessário em todos os casos analisar o bem estar do animal de estimação.

O bem estar do animal é objeto de estudo da etologia, utilizando o comportamento do animal para avaliar o seu nível de bem estar em relação ao que ocorre em seu dia-a-dia, demonstrando que por muitas vezes o que ocorre em seu ambiente afeta diretamente em seu bem estar, podendo se utilizar como exemplo a convivência com uma pessoa que lhe faz carinho todos os dia e repentinamente a ausência desta (BROOM, 2010). É possível notar que a maioria dos animais de estimação se tornam totalmente dependentes dos seus donos tanto na questão de alimentação como também na questão de afeto, demonstrando o desenvolvimento do sentimento de apego sobre o animal. Deste modo:

Técnicas modernas em etologia e em psicologia experimental significam que temos hoje um conhecimento muito mais amplo de análise sensorial, controle motor, efeitos hormonais, motivação, comportamento de manutenção corporal em condições boas e difíceis, comportamento reprodutivo e estrutura social (BROOM, 2010, p. 03).

O estudo mais aprofundado do comportamento dos animais mostra o quanto ele está presente na vida das pessoas, faz se necessário entender, portanto como o animal se comporta frente às novas possibilidades de vida como animal doméstico se portando como membro da família e a sua importância nesse meio.

No Direito de Família pela legislação dada pelo Código Civil em 2002 em seu art. 1.583 trata sobre a guarda, sendo ela unilateral, a qual é obtida por somente um dos genitores e a guarda compartilhada quando ambos os genitores possuem ela, sendo, desta forma: (BRASIL, 2002).

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da

mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns(BRASIL, 2002).

A guarda compartilhada é o meio de guarda onde os dois pais exercem a responsabilidade sobre o filho sendo a posse sobre o mesmo de forma alternada convivendo desta forma com os dois pais. Conforme a legislação, se não houver impedimentos e obtido o consenso entre os pais deve esta ser a guarda estabelecida em caso de divórcio ou dissolução de união estável, quando houverem filhos em comum do casal.

O compartilhamento da guarda dos filhos se assemelha mais ao poder familiar exercido pelos tutores quando ainda possuindo o mesmo lar, pois a guarda compartilhada permite ambos participarem nas decisões sobre o seu filho, como a escola em que ira estudar, os cursos que ira realizar, as visitas ao médico, entre outras questões que cabem à decisão de ambos (DIAS, 2015).

Outro viés importante é a manutenção da afetividade que se preserva através da guarda compartilhada, pois ambos os genitores compartilham de um tempo significativo na vida de seus filhos, não sendo somente visitas de finais de semana ou idas ao parque, gerando para ambos os genitores responsabilidades sobre a sua prole, consagrando assim os direitos individuais destes.

Uma vez tomada a decisão do casal de separar-se não se deve culpar nenhuma das partes quanto ao deferimento da guarda como sendo um castigo, pois a família teria de alguma forma sido “destruída”. Não sendo função do Estado nomear um culpado pela separação do casal, devendo prevalecer o melhor para a criança pois é dever do Estado zelar pela sua proteção. Ocorre que:

O Diploma Civil brasileiro, antecipando-se à Emenda Constitucional n. 66/2010, atendeu aos precedentes movimentos jurisprudenciais, no sentido de afastar o deferimento da guarda da eventual culpa pela separação, e assim tornar, paulatinamente, letra morta o artigo 10 da Lei do Divórcio, quando instituíu a guarda dos filhos com o cônjuge inocente (MADALENO, 2017, p. 417).

Na guarda compartilhada o objetivo não é a posse do filho e sim o seu bem estar, zelando sempre pelo melhor interesse da criança. Sendo necessária a cooperação dos pais para que esta guarda traga resultados positivos. Ela se subdivide entre a guarda compartilhada física estabelecida na Lei n. 13.058/2014 e a guarda compartilhada legal ou jurídica que consta na Lei n. 11.698/2008.

A física ou igualdade parental é denominada desta forma, pois trouxe a normativa que ambos os genitores devem conviver com o filho de forma equilibrada para um melhor convívio familiar apesar de não possuir mais somente uma casa, sendo a guarda instituída somente a um deles quando o outro declarar que não possui interesse pela guarda (DIAS, 2015).

Diferentemente da compartilhada, na guarda unilateral apenas um dos pais possui a guarda do filho, ficando estabelecido o direito de visita pelo outro genitor, também chamada de guarda monoparental poderá ser estabelecida mediante acordo entre os pais ou mediante uma decisão judicial que prese sobre o melhor interesse do filho. Historicamente a guarda era preferencialmente concedida a mãe da criança, principalmente quando o filho era menor de idade e possuía conseqüentemente um vínculo maior com a mãe, não sendo esta a regra na atualidade, podendo também o pai pleitear a guarda da criança ou ainda o juiz decidir pela guarda unilateral do pai quando assim for de melhor interesse a criança (MADALENO, 2019). Portanto:

Pelo atual paradigma da igualdade dos direitos dos pais, o modelo de custódia compartilhada da prole (alternância de tempo) estaria resguardando o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente, e isto justificaria a supressão do argumento da tenra idade pela simetria das funções parentais (MADALENO, 2019, p. 442).

A guarda compartilha é a que menos traz transtornos para a criança e aqui também pode se citar o animal. Ela se torna a melhor escolha, pois a criança possuirá uma convivência com ambos os genitores da mesma forma, ocorrendo em uma menor proporção a alienação parental.

No momento em que duas pessoas decidem ter um filho ou adquirir um animal de estimação sua pretensão não é o término do relacionamento, mas quando isso ocorre após um tempo é necessário que ambos os pais ou donos dos animais estejam presentes em suas vidas. É preciso que se mantenham os laços afetivos principalmente para a criança, sendo nesse instante a guarda compartilhada a melhor solução quando ocorre a separação do casal.

Poderá ser estabelecida a guarda a uma terceira pessoa quando nenhum dos pais se encontrarem aptos a exercer à guarda unilateral do filho, estabelecendo se assim pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

É notório que os animais possuem a capacidade de criar laços de afeto com seus tutores, podendo vir a sofrer quando separados destes, sendo comprovado em estudos que animais possuem sim a capacidade de ter sentimentos (AGUIAR, 2018). Comprovado isto não existe razão para não serem julgados casos de guarda de animais através do Direito de Família, sendo a alternativa que beneficia ambos os tutores e não gera sofrimento ao animal e nem a nenhum dos tutores.

Pensando neste viés foram criados Projetos de Lei como o nº 1058/11 que dispõem sobre a guarda de animais observando em primeiro lugar o bem estar do animal, tendo como critério os usados para decidir sobre a guarda de crianças, podendo a guarda ser unilateral como também compartilhada quando existir essa possibilidade, dispendo ainda sobre visitas e possibilidade de alimentos (AGUIAR, 2018).

O direito vem evoluindo em passos lentos quando se fala no reconhecimento dos animais como sujeitos de direito e merecedores de dignidade, mas decisões como a STJ que reconheceu a dignidade de um papagaio vêm tomando espaço e dessa forma demonstrando a necessidade de uma regulamentação frente a essa realidade que não pode mais ser discriminada pelo direito frente a toda demanda já existente.

A guarda compartilhada vem como uma solução para os casos de litigioso, quando a posse do animal de estimação, ainda, que mais benéfica a guarda unilateral, tem a possibilidade de o tutor poder visitar o animal de estimação, como também em alguns casos a obrigatoriedade do pagamento de alimentos ao animal se assim o magistrado entender, tem-se por certo que todo o processo de separação judicial sobre a guarda do animal poderá ter um desfecho diferente, pois nenhuma família é igual a outra, podendo ter muitas variáveis. Tem apenas como certo que o bem estar do animal deve estar em primeiro lugar sempre (AGUIAR, 2018). Portanto:

Os animais, grosso modo, têm sentimentos semelhantes aos nossos, e isso explica porque tratamos os animais de estimação, de companhia ou domesticados do modo como tratamos. Calcula-se que, em todo o mundo, haja cerca de 800 milhões de cães e gatos criados em lares. O papel sócio afetivo dos animais de companhia é rico e variado (AGUIAR, 2018, p. 49 apud NACONECY, 2006, p. 195-197).

Diante disso é inegável o papel do animal de estimação na vida do homem e assim vice versa. Resta somente ao direito reconhecer a sua importância assim como as jurisprudências vem decidindo em favor do bem estar do animal de estimação.

3.2 DESDOBRAMENTOS DA GUARDA DE ANIMAIS PERANTE O JUDICIÁRIO E DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

Ainda que titulados pelo Código Civil como bens móveis e deste modo como coisas, o Judiciário vem cada vez mais consagrando o direito de família como base para a escolha de um guardião para os animais de estimação. A guarda de animais de estimação vem sendo tema recorrente no judiciário após a dissolução de famílias que possuem litígio quanto a quem deve permanecer o animal de estimação. Assim:

Ao se falar em guarda, é preciso esquecer o termo posse, visto que, este último ainda representaria uma visão de objeto, da propriedade ao animal e não é este o intuito, na verdade, o objetivo é buscar a vida digna em todas as suas formas e o respeito à ela (LEANDRINI, 2016, p. 31).

Em nenhum momento o animal deve ser tratado como objeto no tocante a decisão de sua guarda, uma vez criados laços com seus tutores e assim também dos tutores com animal eles se tornam uma família e assim ela deve ser vista pelo judiciário após a chegada do pedido de dissolução com litígio.

Deste modo faz se necessário, além do interesse do genitor, que permanecerá com o animal também a análise de qual deles irá cuidar melhor e possuir um melhor preparo, levando em consideração as necessidades que o animal de estimação venha a ter como ração, vacinas, veterinário, todas essas questões precisam ser analisadas no momento de decisão do Juiz.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. BUSCA E APREENSÃO DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal ficavam a cargo da convivente. RECURSO PROVIDO.

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento de VASTI Q. M. S. inconformada com a decisão da fl. 09 e v. que, nos autos da Ação de Divórcio movida por MARCELO O. S. que deferiu o pedido de busca e apreensão formulado na inicial, decretando a busca e apreensão dos bens arrolados, como roupas,

documentos pessoais do demandante e seu animal de estimação (cachorro), que se encontram na residência da requerida.

Sustenta que o agravado não comprovou que o cachorro é de sua estimação, não tendo sequer juntado as características do mesmo. Afirma que o cachorro é seu, tendo sempre cuidado do mesmo. Pede, por isso, o provimento do recurso (fls. 02 e v.).

Junta os documentos das fls. 03 a 20.

É o relatório.

A inconformidade merece prosperar.

No caso dos autos, diante da ausência de elementos por parte que o agravado era o dono do cachorro, não tendo sequer juntado provas nesse sentido, enquanto a agravante anexa inclusive fotos do mesmo, e, ao que tudo indica, tanto ela quanto seu filho mantém longo relacionamento com o animal, é de mantê-la com o bicho.

Nesse sentido:

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DOS BENS. CONTRIBUIÇÃO. DESNECESSIDADE. Mantém-se a partilha igualitária do imóvel porque os elementos coligidos aos autos comprovam, à saciedade, que o bem foi edificado com a participação de ambos os conviventes, na medida de suas possibilidades e em terreno de propriedade dos pais da mulher. ALUGUEL PELO USO DO IMÓVEL COMUM. DESCABIMENTO. Não se pode exigir o pagamento de locativos enquanto não perfectibilizada a partilha dos bens. É que inexistente título jurídico que autorize a cobrança de aluguel contra o companheiro que permanece residindo no imóvel comum, posto que os bens ficam em mancomunhão. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS A BEM PERTENCENTE AO VARÃO. Descabe a indenização quando não constatado o descuido da mulher na preservação do bem. Ademais, tratando-se de móvel usado e desmontado, provavelmente apresentaria alguma avaria decorrente do próprio uso. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal ficavam a cargo da convivente. Apelo desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Não havendo comprovação de laços afetivos com ambos os tutores o animal de estimação deve permanecer com o seu dono, podendo comprovar através de fotos como ocorrido no julgado. Diferente de quando ambos os tutores comprovam os laços afetivos com o animal de estimação, abrindo desta forma a possibilidade de guarda compartilhada.

No direito de família ocorrendo a dissolução da família tendo o casal filhos em comum, optando o judiciário pela guarda unilateral é direito do genitor a visitação do seu filho, para a manutenção dos laços afetivos. O mesmo pode ocorrer se tratando de animal de estimação, sendo regulamentadas visitas quando assim solicitadas pela parte.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E OUTRAS AVENÇAS. AJUIZAMENTO CONSENSUAL. CLÁUSULA QUE REGULAMENTA A CONVIVÊNCIA DOS REQUERENTES COM OS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVENÇA INSERIDA

NO BOJO DO ACORDO MAIOR DE DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. CLÁUSULA HOMOLOGADA. APELO PROVIDO.

[...] Provejo o recurso nos exatos termos do bem lançado parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Luiz Cláudio Varela Coelho, que apreciou a controvérsia com a percuciência que lhe é peculiar, motivo por que o acolho como razões de decidir por não poder dizer melhor (fls. 80-81). Confira-se:

“Em princípio, não haveria necessidade de intervenção do Ministério Público neste feito, uma vez que o recurso trata tão somente das visitas aos animais de estimação dos apelantes, não havendo interesse de menores ou incapazes, tampouco se tratando de matéria cuja natureza torne obrigatória a intervenção do parquet. Entretanto, considerando a singeleza e o ineditismo da questão trazida à apreciação da Corte Recursal, o signatário se permite manifestar o entendimento no sentido de que o recurso deve ser provido. Ocorre que nos tempos modernos os animais de estimação – especialmente cães e gatos – mantém uma inegável relação de afetividade com seus proprietários, que se situa em nível muito próximo, em alguns casos, de uma verdadeira relação familiar, como se observa no caso em tela. Assim, não se vê nenhum óbice, data venia, que seja homologado o acordo estabelecido pelos apelantes em relação à visitação dos animais de estimação, avença que se encontra inserida no bojo do acordo maior de dissolução da união estável e cujo objetivo, pelo que se deduz, tendo em vista que a separação é consensual, deve ser de evitar eventuais desavenças futuras. Ante o exposto, opina-se pelo PROVIMENTO da apelação, para que seja homologada a cláusula que estabelece a visitação dos animais de estimação (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A jurisprudência acima citada, demonstra o reconhecimento do Tribunal em acolher a apelação pelo motivo nobre, o reconhecimento do animal como membro da família e desta forma a possibilidade de visitação do antigo tutor para que este não perca os laços de afeto construídos com o seu animal de estimação.

Neste entendimento pode ser citado um caso que ocorreu em São Paulo onde o ex-companheiro conseguiu o direito de visitar o animal de estimação que havia adquirido durante a união estável com sua ex-companheira.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII -"proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade

familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido (SÃO PAULO, 2018).

Nota-se que o operador se baseou no princípio da dignidade humana como um dos motivos para conceder o direito de visitas, deste modo deferindo à guarda a ex-companheira e o direito a visita ao ex-companheiro. Observa-se a forma com se é dirigido aos animais, não sendo como uma “coisa”, mas sim, seres detentores de direito e também detentores de uma vida digna que deve ser oferecida pelos seus donos. Outro ponto citado pelo magistrado é o afeto que é desenvolvido pelos animais de estimação, e apesar de ainda seres tipificados como coisas no Código Civil não podem receber tal tratamento se tratando de um quase membro da família, nesse entendimento: Deste modo:

Na dúvida quanto ao direito de guarda do animal, princípios como melhor interesse e afetividade devem ser prioridade. Sob a nova perspectiva do Direito dos Animais, e nestes casos de rompimento da relação, o sujeito ou titular de interesse não deve ser exclusivamente o homem, mas também e principalmente o animal motivo da lide (CHALFUN; OLIVEN, 2017, p. 160).

Assim, a prioridade para escolha do melhor guardião se torna a afetividade que este possui sobre o animal, ainda que seja difícil a efetiva comprovação desta pelos detentores da lide e do magistrado. Está em tramitação o Projeto De Lei N.º 1365, de 2015 do Sr. Ricardo Tripoli que dispõe que:

Decretada a dissolução da união estável hetero ou homoafetiva, a separação judicial ou o divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais de estimação, será essa atribuída a quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para o exercício da posse responsável.” (PROJETO DE LEI 1365/2015.TRIPOLI)

Apesar da não aprovação do projeto, até o momento, os Tribunais já vêm obtendo entendimentos sobre esse tema relacionando-o ao direito de família e levando em consideração o afeto que estabelece o vínculo entre o animal de estimação e as pessoas que disputam sua guarda, não sendo o animal um simples objeto ou coisa.

Como já citada a REsp 1.797.175/SP segue o mesmo entendimento zelando pelo bem-estar do animal de estimação. Nela houve o reconhecimento da dignidade do animal em questão em permanecer com sua tutora. Tais decisões demonstram a evolução das jurisprudências principalmente no Estado de São Paulo.

Existindo espaço para diálogo entre os tutores é possível estabelecer acordos quanto ao animal de estimação. Como exemplo pode se citar um divórcio consensual que ocorreu no Estado de São Paulo onde foi acordado em uma sessão do CEJUSC que o reclamante pagaria uma pensão para os três gatos e um cachorro que possuíam.

DOS ANIMAIS

O reclamante se compromete a pagar o valor de 10, 5% do salário mínimo nacional vigente à época do pagamento, atualmente equivalente a R\$ 104,79 (cento e quatro reais e setenta e nove centavos), por mês para as despesas de seus gatos (Cristal, Lua e Frajola) e cachorro (Frederico) todo dia 06 (seis) a começar de 06/05/2019 a ser pago através de depósito em conta corrente de nº fls. 12 xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, agência xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx junto ao banco xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, em nome da reclamada Sra. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Valendo como recibo o comprovante de depósito bancário. Pagamento estes até o óbito dos mesmos. Este valor será reajustado na mesma época proporção do reajuste do salário mínimo nacional (SÃO PAULO, 2019).

Não possuindo filhos, o casal somente optou que os animais continuassem com a reclamada e estabeleceram que o reclamante contribuísse com um valor mensal para os cuidados dos animais de estimação. Tal acordo demonstra o afeto que ambos possuem sobre os animais, assim como o reconhecimento em serem sujeitos de direito e dignos. Portanto:

Sob este pilar, torna-se no mínimo, compreensível e justificável voltarmos os nossos olhos para o Direito dos animais, sim, animais, seres-vivos, dotados de senciência, movidos por experiências sensitivas, sensíveis a dor e ao prazer, seres esses, dependentes de nós, dependentes da nossa luta por eles (AGUIAR, 2018, p. 77-78).

Tornando-se membros da família os animais têm sido cada vez mais dignos de receber os mínimos cuidados e direitos a eles inerentes, possuindo senciência do que ocorre ao seu redor e a manutenção dos laços afetivos com os seus donos. As jurisprudências demonstram como o direito vem reconhecendo cada vez mais os direitos dos animais se baseando muitas vezes no direito de família quando se tratando de guarda de animais.

Desta forma, conforme analisado neste capítulo pode-se perceber o aumento dos casos em que o animal de estimação encontra-se em disputa judicial após a separação do casal. Segundo entendimento dos juristas, não é mais possível tratá-los como objetos conforme preceitua o Código Civil. É necessário que ocorra o seu reconhecimento como um ser senciante e, portanto, o reconhecimento de sua dignidade.

A guarda compartilhada acaba se tornando uma das possíveis soluções para aqueles casos onde as duas partes possuem vínculo com o animal de estimação e desta maneira também não afetando o animal. O direito de família vem se tornando uma das opções mais viáveis para ajudar na decisão do litigioso pela guarda do animal, buscando sempre através do princípio da dignidade a melhor escolha para o animal, assim como ocorre na guarda de menores.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como tema o direito dos animais em face do direito de família tendo em vista o direito dos animais sencientes e sua guarda em processos de divórcio litigioso, tendo como objetivo analisar a viabilidade da aplicação do instituto da guarda aos animais de estimação. Para podermos entender a guarda compartilhada para animais de estimação faz-se necessário conhecer todas as partes envolvidas nesse conflito, e juntamente os seus direitos e deveres.

Primeiramente, o primeiro capítulo teve como objetivo específico análise da evolução histórica da família, se tornou necessário analisar o conceito de família que vem evoluindo através dos tempos juntamente com a Constituição de 1988, esta trouxe novos parâmetros para esta conceituação. A família rege-se pelos princípios elencados na Constituição tais como a afetividade que se mostra notadamente o principal juntamente com o princípio da igualdade e liberdade.

A diversificação da família ocorreu através do reconhecimento das famílias homoafetivas e nesse momento tem-se a chegada das famílias pluespécies formada por humanos e animais, sendo o animal reconhecido como membro da família. Os animais de companhia se mostram cada vez mais importantes para a família, se tornam especiais e desta maneira integrando a família moderna.

O segundo capítulo teve como objetivo específico demonstrar a evolução histórica, e desta maneira que o Direito dos animais vem evoluindo através das décadas, primeiramente vistos como máquinas por alguns filósofos, concluindo que somente serviam para os trabalhos mais pesados, com o passar do tempo tiveram o seu reconhecimento através dos princípios da afetividade e da igualdade, onde filósofos como Singer lutam pelo reconhecimento dos animais como seres sencientes. Comprovando assim que animais são seres sencientes e desta maneira possuem sentimentos como dor, alegria, stress e felicidade, diante disso são merecedores de dignidade.

Na legislação foi abordado o Decreto Lei 24.645/34 que contribuiu estabelecendo medidas de proteção aos animais, sendo dos primeiros sobre o assunto. A Declaração dos Direitos dos Animais de 1978, a Lei de Vivissecção

6.638/79 que trata do uso de animais como cobaias, o artigo 225 da Constituição, o artigo 82 do Código Civil que ainda tem os animais como objetos, e ainda a Lei Federal 9.605/98 que trata sobre os crime cometidos contra os animais de estimação.

Depois de formada esta família pluriespécie, decidindo o casal pelo seu fim e, não ocorrendo de forma consensual o litígio chega ao judiciário. No caso de ambos requererem a guarda do animal de estimação existe a possibilidade da decisão por guarda compartilhada, ainda que decidida pela guarda unilateral a possibilidade de visitas do tutor que não permanecerá com a guarda.

O terceiro capítulo teve como objetivo específico demonstrar a evolução da jurisprudência brasileira em relação às decisões dos Tribunais. Conforme as jurisprudências do Estados do Rio Grande do Sul e do Estado de São Paulo os magistrados já vem reconhecendo a dignidade dos animais ao analisar a questão de guarda de animais utilizando por muitas vezes o Direito de Família por analogia, pela falta de legislação sobre o assunto, sendo o animal de estimação reconhecido como membro da família. Existe ainda a possibilidade de pagamento de pensão para o cônjuge que permanecer com o animal de estimação.

Durante o estudo monográfico teve-se como objetivo responder ao seguinte problema de pesquisa, em que medida é possível no Ordenamento Jurídico Brasileiro a aplicação do instituto jurídico da guarda de crianças e adolescentes aos animais de estimação? Sendo as hipóteses: a) que os animais devem ser vistos como detentores de direitos fundamentais, pois fazem parte das famílias brasileiras e desta forma necessitam de um tratamento específico em relação à regulamentação da sua guarda quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal e as partes divergirem sobre quem permanecerá com a guarda do animal de estimação, aplicando analogicamente as regras do Direito Civil Brasileiro, ou b) que não se aplica a guarda aos animais de estimação, pois são objetos e desta forma não se aplica o instituto da guarda.

A partir das pesquisas feitas e análise dos dados encontrados, sem dúvida e conforme recentes jurisprudências os animais são detentores de direitos fundamentais e de dignidade, havendo a necessidade da regulamentação referente a sua guarda, podendo ainda ser usado o direito de família na falta deste pois são denominados como família pluriespécie o conjunto do casal (ou casal e filhos) e seu

animal de estimação, sendo a primeira hipótese confirmada e conseqüentemente a segunda refutada.

Conclui-se que os objetivos do presente trabalho foram alcançados e, portanto animais são sujeitos de direito e merecem o reconhecimento como sendo membros da família, pois são possuidores de senciência e dessa forma aptos a sentirem emoções. Torna-se necessária a modificação do seu conceito no Código Civil, pois animais não podem mais serem vistos como objetos diante de todos os estudos que comprovam a sua função na sociedade e como membros de famílias. Sendo possível a utilização do direito de Família para a fundamentação de decisões acerca da guarda de animais.

A pesquisa se mostrou necessária para demonstrar a evolução do conceito de família e conseqüentemente a inserção do animal nesse contexto. Ainda demonstrando as recentes jurisprudências sobre a guarda dos animais quando ocorre divórcio litigioso dessas famílias.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Jade Lagune Lanzieri. **Direito dos animais sob os aspectos de guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2018.

AMARAL, Antonio Carlos Ferreira Do; LUCA, Guilherme Domingos de. **Da Possibilidade de Guarda Compartilhada dos Animais de Estimação a partir do Vínculo Afetivo com os seus Titulares**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. **Mercado**. Disponível em: < <http://abinpet.org.br/mercado/>>. Acesso em: 04/11/2018

BRASIL. **Decreto Nº 24.645**, de 10 de julho de 1934. Coleção de Leis do Brasil - 1934, Página 720, Vol. 4. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Preâmbulo. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13/10/18.

_____. **Lei Federal nº 9.605 de 1998**, Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm > Acesso em: 14/10/2018

_____. **Lei nº 10.406/2002**, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13/10/18.

BROOM, FRASER. D. M, A.F, **Comportamento e bem-estar de animais domésticos**. tradução Carla Forte Maiolino Molento. 4. ed. Barueri, São Paulo : Manole, 2010.

BUSCATO, Marcelo; ZIEMKIEWICZ, Nathalia. **Amor extremo: Por que amamos tanto os animais**. In: Época (versão online). Publicado em: 02 fev. 2013. Disponível em: <revistaepoca.globo.com/vida/noticia/2013/02/amor-extremo-por-que-amamos-tanto-osanimais.html>. Acesso em: 04/11/2018.

CHALFUN, Mery. OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **Animais não Humanos e o Instituto da Guarda no Âmbito do Direito de Família**. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

DESCARTES, René. **Discurso do Método. Para Bem Conduzir a Própria Razão. E Procurar a Verdade nas Ciências.** Tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. Notas de Gérard Lebrun

<<https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2014/02/descartes-discurso-do-mc3a9todo-trad-jacc3b3-guinsburg-e-bento-prado-jr-com-notas-de-gerard-lebrun-publicac3a7c3a3o-autorizada-pelos-detentores-dos-direitos>>.pdf

DESLANDES, S. F. **A Construção do Projeto de Pesquisa.** In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família.** 29 ed. São Paulo: Saraiva. 2014

FERNANDES, Suelen De Souza. **Direitos Dos Animais e a Problemática da Efetividade Da Norma Constitucional.** 1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. 3. Direito dos Animais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

FERREIRA, Ana Conceição barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito.** Curitiba. Juruá, 2014

GOMES, Liliana Maria. **Animal: Sujeito Ou Instrumento?.** 1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. 4. Proteção. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal : habeas corpus para grandes primatas.** Tradução, Nicole Batista Pereira, Elizabeth Bennett. 2 ed. Salvador: EDUFBA, 2017.

IDENTIPET, **Identipet - Mais que um registro, um gesto de amor.** Página inicial. Disponível em: <<https://identipet.com.br/>>. Acesso em: 10 de out. de 2019

LEANDRINI, Caroline Silva. **Do Bem Estar dos Animais Domésticos: Reconhecimento da Família Pluriespécie e a Guarda.** I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

LEVAI, Laerte Fernando. **Artigo Os animais sob a visão da ética.** Publicada pela Alpa - Associação Leopoldense de Proteção dos Animais. In revista Brasileira de Direito Animal de 2006.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2019

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **A Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família** – vol. V, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PROJETO DE LEI N.º 1365, de 2015. Sr. Ricardo Tripoli. Câmara dos Deputados.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed., São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2016

REIS, Marisa Quaresma dos. **Ebook Animais: Deveres e direitos**. Organização do ICJP, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento: Nº 70064744048, Sétima Câmara Cível, Comarca de Novo Hamburgo, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 12/05/2015, Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188897781/agravo-de-instrumento-ai-70064744048-rs>. Acesso em: 29 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70072568892, Sétima Câmara Cível, Comarca De Porto Alegre, Relatora: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/07/2017, Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485952896/apelacao-civel-ac-70072568892-rs/inteiro-teor-485952925?ref=serp> . Acesso em: 10 out. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº 10.406 de 10.01.2002. Rio de Janeiro. Forense, 2007

ROLF, Madaleno. **Direito de família**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SÃO PAULO. Reclamação nº: 0005363-41.2019.8.26.0506, Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo, Comarca De Ribeirão Preto, Dras. Tais Costa Roxo da Fonseca, Marina Aparecida da Costa Dias, Julgado em 09/04/2019, Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirconferenciadocumento.do> . Acesso em: 10 out. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288> . Acesso em: 25 set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.797.175/SP 2018/0031230-0, 2ª Turma, Relator: Ministro Og Fernandes, Julgado em: 21.03.2019, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp>. Acesso em: 20 set. 2019.

TEIXEIRA NETO, João Alves. Tutela penal de animais: Uma compreensão onto-antropológica. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral** – 18. ed. – São Paulo : Atlas, 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Biodireito, Animal De Estimação e Equilíbrio Familiar: Apontamentos Iniciais**. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).