

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELA HENDGES CUNHA OLIVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS
NO DIVÓRCIO E NA DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL**

VITÓRIA
2019

GABRIELA HENDGES CUNHA OLIVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS
NO DIVÓRCIO E NA DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de
Vitória, como requisito para a obtenção do grau de
bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Vitor Burgo

Aprovada em: ___/___/___

Comissão examinadora:

Prof. Dr. Vitor Burgo
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

VITÓRIA
2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 TEORIAS DA JUSTIÇA SOBRE OS ANIMAIS	6
2 ORDENAMENTO JURÍDICO E JURISPRUDÊNCIA	11
3 DA APLICABILIDADE DA GUARDA DOS FILHOS, DO PROJETO DE LEI E O MELHOR INTERESSE NO ANIMAL	19
3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA POR ANALOGIA	19
3.2 PROJETO DE LEI Nº 7196/10	21
3.3 ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS E DO PROJETO DE LEI À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES	22
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
REFERÊNCIAS	30

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada dos filhos por analogia, bem como o projeto de lei nº 7196/10, e a teoria das capacidades no caso de litígio na dissolução da união estável ou divórcio. Assim, o método utilizado foi o dialético, e por meio dele foi analisado as possibilidades de aplicação da guarda compartilhada do Código Civil por analogia no caso de dissolução do vínculo conjugal, o projeto de lei nº 7196/10, e analisou-se a teoria das capacidades da Martha C. Nussbaum. Assim, observou-se o dispositivo constitucional que busca a proteção animal e do meio ambiente, usada para defender teses contra a crueldade animal, como foi observado nas ações diretas de inconstitucionalidade analisadas. Além da busca jurisprudencial, fez-se uma análise do ordenamento jurídico brasileiro frente ao animal doméstico, bem como a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Discutiu-se a adequação da expressão guarda, ao definir a parte que ficará com o animal doméstico na lide, visto que é incompatível com a teoria das capacidades. Com isso, analisando as possibilidades foi constatando a necessidade de proteção animal mais rígida, optando-se pela aplicação da teoria das capacidades no ordenamento jurídico como um todo, logo, a guarda compartilhada por analogia e o projeto de lei são incompatíveis com a necessidade de resguardar o interesse do animal e seu pleno desenvolvimento.

Palavras-chave: Guarda compartilhada de animais domésticos. Código Civil. Teoria das capacidades.

INTRODUÇÃO

A vida do homem sempre foi marcada pela presença dos animais, seja como fonte de alimentos, exploração ou como companhia. Atualmente o que se observa é o fortalecimento e aproximação dessa relação, os animais domésticos são incluídos na família como se seres humanos fossem, e até como filhos do casal.

A guarda compartilhada de animais domésticos frente a dissolução litigiosa de união estável ou divórcio vem ganhando repercussão nos tribunais e devido à falta de legislação específica para tratar do tema, levando os juízes a julgarem com base em princípios e bons costumes, aplicando a guarda compartilhada prevista no Código Civil.

A proteção do animal é encorajada pela Constituição de 1998 no art. 225 §1º VII, uma vez que, além do dever de preservação do meio ambiente pelo Estado e sociedade, o combate a crueldade animal¹. Entretanto, para o Código Civil, os animais são bens semoventes, móveis e fungíveis, podendo ser vendidos ou doados.

Com isso, os tribunais têm entendido a possibilidade do magistrado regularizar a guarda dos animais domésticos quando não há uma possibilidade de acordo entre os cônjuges, devendo ser observado e preservado a dignidade da pessoa humana e o bem-estar dos animais. O que se verifica, no caso concreto, é a aplicação da guarda compartilhada do Código Civil por analogia nesses casos, definindo guarda, o regime de visitas e alimentos.

No entanto, existe o projeto de lei nº 7196/10, apresentado pelo deputado federal Márcio França, que busca regularizar a guarda de animais domésticos na dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores², dando um direcionamento ao juiz e requisitos de avaliação para cada caso concreto.

¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

² BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 7196/10**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=761274&filename=PL+7196/2010>. Acesso em: 15 mai. 2019.

Ainda, faz-se necessário demonstrar algumas teorias existentes que podem servir de base para a inserção dos animais no ordenamento jurídico, teoria kantiana, teoria utilitarista, e a teoria das capacidades da Martha Nussbaum. Procura-se ainda, analisar a guarda compartilhada dos animais pelo Código Civil e o projeto de lei nº 7196/10 à luz da teoria das capacidades da Martha Nussbaum.

Busca-se averiguar, no presente trabalho, a melhor alternativa frente as opções jurídicas, dentre elas: a guarda compartilhada por analogia, o projeto de lei nº 7196/10, e a guarda a luz da teoria das capacidades da Martha Nussbaum.

1 TEORIAS DA JUSTIÇA SOBRE OS ANIMAIS

O animal sempre foi objeto de reiteradas explorações pelo homem, sendo notório a necessidade de regularização e elaboração de normas dentro do direito que assegure a esses não humanos uma existência digna, para tal, é necessário observar as teorias da justiça existentes para posteriormente discutir sua aplicação no direito.

Teoria Kantiana abordada que o respeito deve ser dado aos seres racionais, sendo os não humanos, incapazes de ter autoconsciência e de tomar decisões éticas, não são merecedores de dignidade ou de direitos, ao contrário dos humanos³. Logo, os deveres morais dos homens não devem ser direcionados aos animais, uma vez que estes não participam da comunidade moral, ou seja, não possui autoconsciência.

A teoria utilitarista busca maximizar o prazer ou a satisfação das preferências, procurando uma ausência de dor⁴. Ao contrário da primeira teoria, aqui observa-se a preocupação com o sofrimento animal, sendo pensadores desta teoria: Jeremy Bentham e John Stuart Mill, defendendo a justiça social através da maximização da felicidade, numa perspectiva coletivista.

Para Jeremy Bentham, o primeiro dos utilitaristas, era necessário fazer um cálculo, capaz de proporcionar, numa maior quantidade possível, a felicidade. Entretanto, através dessa lógica, o prazer de uns gera, em contrapartida, uma vida miserável para outros.

Já para John Stuart Mill, considerado mais qualitativo, ou seja, deve-se buscar a felicidade em maior número possível da melhor forma, buscando a liberdade, usada em detrimento do outro em último caso.

Ainda, sobre a capacidade do senciente, Bentham entende que

A capacidade de sofrer - ou, mais estritamente, de sofrer e/ou de se alegrar ou estar feliz - não é apenas mais uma característica como a capacidade da linguagem ou de compreensão da matemática avançada.

³ NUSSBAUM, Martha C. **The Moral Status of Animals**. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/39a9/e6a9b2732e13bf19b98a6b0a25952f180530.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁴ Ibid.

[...]

A capacidade de sofrimento e alegria é, no entanto, não apenas necessária mas também suficiente para que possamos afirmar que um ser tem interesses - a um nível mínimo absoluto, o interesse de não sofrer. Um rato, por exemplo, tem interesse em não ser pontapeado ao longo da rua, pois sofrerá se isso lhe for feito.⁵

Nesse contexto, é válido destacar Peter Singer, um dos filósofos que se baseia no utilitarismo, argumenta que a obrigatoriedade da inclusão de não humanos no direito e justiça encontra respaldo na sua capacidade de sofrer, devendo ser levado em consideração o seu interesse, antes de causar-lhe sofrimento, da mesma forma que é feito com o homem ao se relacionar em sociedade⁶. Seu ponto de partida era questionar o que poderia ser maximalizado se fosse considerado todos os seres sencientes:

Singer argues that the right question to ask, when we think about our conduct toward animals, is, What choice will maximize the satisfaction of the preferences of all sentient beings? That calculation, he believes, would put most of our current pain-inflicting use of animals off limits.⁷

Singer entende que o princípio fundamental da igualdade é o princípio da igual consideração de interesses, impedindo então que o homem tenha o direito de explorar outros seres que não pertencem a sua espécie, ou seja, tal princípio impede que o direito a igualdade fique restrito aos seres humanos. Partindo dessa lógica, o princípio da igual consideração de interesses impede que interesses maiores sejam sacrificados em detrimento dos menores⁸.

Ainda, há a teoria da filósofa Martha C. Nussbaum, a Teoria das Capacidades⁹ (Capabilities Approach), que servirá como base para o presente trabalho. Martha argumenta que o utilitarismo tem contribuído para a inclusão dos animais como seres com dignidade, entretanto a teoria é problemática em alguns pontos.

⁵ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Disponível em: <<https://olhequenao.files.wordpress.com/2011/12/peter-singer-libertac3a7c3a3o-animal.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁶ NUSSBAUM, Martha C. **The Moral Status of Animals**. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/39a9/e6a9b2732e13bf19b98a6b0a25952f180530.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁷ Ibid.

⁸ BARROS, Marina Dorileo. SILVEIRA, Paula Galbiatii. A proteção jurídica dos animais não-humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v. 10, n. 18, p.113-135, 30 abr. 2015.

⁹ Tradução nossa.

No artigo *The Moral Status of Animals*, aborda a agregação, que seria a soma dos prazeres e sofrimentos, como o problema, pois permite que uma quantidade pequena de criaturas tenham uma vida miserável em prol de grande prazer para outras, dando como exemplo a indústria de carne que cria inúmeros animais que jamais nasceriam nessa quantidade em condições naturais. Esse fator numérico, para o utilitarismo, não é um problema.¹⁰

A teoria das capacidades se baseia na ideia de dar oportunidade aos seres humanos de prosperarem, sendo isso essencial para o desenvolvimento da dignidade, que está diretamente ligada a capacidade. Essa capacidade, deve ser buscada pelos indivíduos, devendo cada um deles ser considerado com o fim em si mesmo, e não como meio¹¹.

Ainda, Martha confecciona uma lista de capacidades básicas que o ser humano deve usar como referência para viver uma vida com dignidade, podendo ser mutável, ainda:

Os elementos da lista das capacidades podem ser tomados como objetivos gerais a serem promovidos e buscados por uma sociedade, garantindo, deste modo, uma justiça básica, ou seja, um mínimo social básico, fixando um padrão a sob o qual os princípios devem partir para que cada cidadão alcance uma vida com dignidade. É importante salientarmos que a autora não toma a lista como estando acabada e definitiva, mas justamente o contrário, estando ela sujeita a constantes reformulações e melhoramentos¹²

A lista é formada por dez capacidades: 1. Vida: todo ser humano tem direito de viver uma vida normal, sem morrer prematuramente ou antes de ser reduzida ponto de não valer mais a pena. 2. Saúde Física: ser capaz de ter uma boa saúde, de ter um abrigo para se proteger. 3. Integridade corporal: ser capaz de se mover livremente, estar seguro contra agressões violentas. 4. Sentidos, imaginação e pensamento: ser capaz de usar os sentidos, de imaginar, pensar e raciocinar. Dentre outras coisas, ser capaz de usar o pensamento e imaginação para criar e realizar obras, ter liberdade de

¹⁰ ALTES, Fiona Korthals. **Nussbaum's Capabilities Approach and Animal Rights**: How animal capabilities would be the best foundation of rights. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/52629/Master%20Thesis%20Fiona.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

¹¹ OLIVEIRA, Wesley Felipe de. PEREIRA, Cinthia Berganwer. *Problemata*: **R. Intern.** v. 8. n. 3. 2017. p. 172-195. Disponível em: <<https://doi.org/10.7443/problemata.v8i3.35478>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

¹² Ibid.

expressão e religiosa, ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar uma dor com ausência de benefícios¹³.

5. Emoções: ser capaz de se apegar a pessoas e coisas, que não seja o próprio ser humano, de sentir o amor, ausência, a saudade, a gratidão, e não ter o emocional arruinado. 6. Razão prática: ser capaz de estabelecer uma concepção o bem, como também refletir e planejar a vida. 7. Filiação: a. ser capaz de viver com e para com os outros, desenvolvendo preocupação com o próximo, e desenvolver a capacidade de interação com os outros. b. ter bases sociais de auto respeito, e não humilhação, e ser tratado dignamente¹⁴.

8. Outras espécies: ser capaz se preocupar com animais e plantas, a natureza em geral. 9. Realizar atividades: Ser capaz de rir, brincar, desfrutar de atividades recreativas. 10. Controle sobre o próprio ambiente: a. Político: Ser capaz de participar de escolhas políticas, proteção de liberdade de expressão e associação. b. Material: ser capaz de manter a propriedade, ter o direito de procurar emprego num patamar de igualdade com os outros¹⁵.

A lista deve ser interpretada de forma livre pela sociedade, devendo ser usada a partir de uma concepção moral e usada como um guia político, e que, não deve ser aplicado de forma obrigatória, o ser humano deve ter a opção entre utilizá-lo ou não. Nussbaum argumenta a aplicabilidade da lista de capacidades aos animais não humanos, podendo servir de princípios políticos básicos para construção de leis no ordenamento jurídico. A teoria da filósofa está relacionada a proteção individual desses animais, para que seja possível explorar a sua capacidade individual.

Johnson Christophe, em sua obra *Political Liberal or Comprehensive Capabilities? A Critique of Nussbaums Capabilities Approach*¹⁶, questiona pontos sensíveis dessa teoria, como mensurar as capacidades, pois deve-se considerar que para os

¹³ ALTES, Fiona Korthals. **Nussbaum's Capabilities Approach and Animal Rights**: How animal capabilities would be the best foundation of rights. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/52629/Master%20Thesis%20Fiona.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

humanos, é de fácil percepção uma violação de direitos, e por consequência, mais profundamente, a identificação da capacidade atingida.

Entretanto, não é razoável que um animal saiba o que é justiça e tampouco quando ocorre a violação de seus direitos. Johnson acredita que não se deve descartar uma teoria em função de seu difícil alcance, ainda, se a mesma teoria oferece solidez em outros aspectos, não deve ser desconsiderada em razão da sua dificuldade¹⁷.

Há outras críticas e contribuições de diversos autores a teoria da Martha Nussbaum, no entanto, para fins do presente trabalho, serão consideradas tais premissas.

¹⁷ ALTES, Fiona Korthals. **Nussbaum's Capabilities Approach and Animal Rights**: How animal capabilities would be the best foundation of rights. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/52629/Master%20Thesis%20Fiona.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

2 ORDENAMENTO JURÍDICO E JURISPRUDÊNCIA

Antes da análise da aplicabilidade da teoria das capacidades na guarda compartilhada de animais domésticos, e outras possibilidades, faz-se necessário uma consideração prévia do ordenamento jurídico brasileiro.

É válido destacar outro instrumento relevante de defesa dos animais, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, promulgada em 1978 pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura), onde buscou-se estabelecer parâmetros para regimento do relacionamento do homem com o animal, objetivando a ética e bem-estar animal¹⁸.

No presente documento, logo no artigo 1º, o dispositivo preconiza a igualdade entre o homem e o animal, tendo ambos o direito à existência, e nos artigos seguintes reconhece diversos direitos do animal, e como consequência, deveres ao ser humano. Dentre eles o de respeito, direito a cura, a proteção, e consideração, ao não sofrimento e à liberdade.

Observa-se que a ampliação do direito à vida e à liberdade para outras espécies, como constatado na Declaração, é de uma importância pois demonstra a capacidade dos animais de ter seus direitos resguardados. A vida é um direito natural, não deve ser interpretada como um atributo singular do homem, e sim para todas as espécies existentes¹⁹.

No direito internacional o direito à vida e à liberdade são igualmente reconhecidos ao homem e aos outros animais. O direito à vida é hoje universalmente consagrado como um direito básico fundamental. O direito à liberdade, à não discriminação e respeito são corolários do direito à vida. Se considerarmos o homem não apenas como um ser moral, mas como um ser vivo temos que admitir que os direitos reconhecidos à humanidade enquanto espécie devem encontrar os seus limites nos direitos das outras espécies.²⁰

¹⁸ DIAS, Edna Cardozo. Direitos dos animais e isonomia jurídica. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, n. 3, 30 dez. 2007. p. 107-117. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10360/7422>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁹ CORDEIRO, Flávia Gonçalves. Animais como sujeito de direitos. **Revista Jurídica UNIGRAN**. v. 13, n. 25. 30 jul. 2011. p. 67-69. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/25/artigos/artigo02.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²⁰ Ibid.

Entretanto, apesar do comprometimento do Brasil com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, ao analisar a legislação vigente, o que se verifica é que há uma maior atenção com o meio ambiente, para mantê-lo ecologicamente equilibrado, visto que isso altera de forma imediata a qualidade de vida do homem²¹. Com isso, passa-se a analisar a Carta Magna.

A Constituição Federal garante a proteção da fauna pelo Poder Público no art. 225 Constituição Federal, protegendo os animais, em seu §1º, inciso VII, a crueldade e maus tratos. Esse dispositivo foi de suma importância para bases de precedentes a respeito da farra do boi, rainhas de galo, e a vaquejada²².

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.²³

Bulos defende que os mecanismos garantidores do bem ambiental não são suficientes para a sua proteção integral, visto que a norma, por si só, não é efetiva, tornando-a simbólica²⁴. A título de exemplificação, segue o posicionamento do Ministro Relator Marco Aurélio no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, que versava sobre a Lei nº 15.299 de 2013, do Estado do Ceará. A lei regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural

Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta da República.

[...]

O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada,

²¹ DIAS, Edna Cardozo. Direitos dos animais e isonomia jurídica. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, n. 3, 30 dez. 2007. p. 107-117. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10360/7422>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²² SOUZA, Marcos Felipe Alonso de. **A condição dos animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

²³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1583.

revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.²⁵

Considera-se, através do ordenamento, e do julgado, que constitui um dever do Estado, juntamente com a sociedade, a proteção contra práticas cruéis e evitar a extinção de espécies. Ainda, destaca-se que apesar da ausência de normas infraconstitucionais, a Constituição Federal é utilizada pelo judiciário como base para vedação de práticas cruéis contra os animais.

Outro julgado pertinente, a ADI 1.856, de 2011, no qual versa sobre a lei estadual do Rio de Janeiro, Nº 2.895/98, que regularizava a briga de galo, julgada procedente, não permitindo sua qualificação como manifestação cultural. Observa-se ainda a posição do Ministro Celso de Melo, baseada no texto constitucional

Vê-se, daí, que o constituinte objetivou, com a proteção da fauna e com a vedação, dentre outras, de práticas que “submetam os animais a crueldade”, assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais. Resulta, pois, da norma constitucional invocada como parâmetro de confronto (CF, art. 225, § 1º, VII), o sentido revelador do vínculo que o constituinte quis estabelecer ao dispor que o respeito pela fauna em geral atua como condição inafastável de subsistência e preservação do meio ambiente em que vivem os próprios seres humanos. Evidente, desse modo, a íntima conexão que há entre o dever ético-jurídico de preservar a fauna (e de não incidir em práticas de crueldade contra animais), de um lado, e a própria subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro. Cabe reconhecer, portanto, Senhor Presidente, o impacto altamente negativo que representaria, para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos, a prática de comportamentos predatórios e lesivos à fauna, seja colocando em risco a sua função ecológica, seja provocando a extinção de espécies, seja, ainda, submetendo os animais a atos de crueldade.

(...)
os animais domésticos, como os galos, acham-se abrangidos pelo conceito genérico de fauna, o que permite estender, na linha da jurisprudência desta

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4983/CE**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. Data de julgamento: 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 19.

Corte, também às aves utilizadas em “briga de galos”, a proteção estabelecida no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.²⁶

Observa-se a ampla aplicabilidade ao dispositivo da Constituição mencionado, visto que possui um objetivo de proteção tanto do animal frente a práticas de crueldade como o direito fundamental do homem de possuir o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dentro da Teoria do Direito, os animais são considerados coisas, sendo submetidos ao regime de propriedade do Direito Civil das Coisas, entretanto, os animais são considerados bens semoventes, sendo “vestir-se das prerrogativas da propriedade, podendo estes ser considerados bens de livre disposição humana por parte de seu proprietário”²⁷. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,

Os semoventes são os bens que se movem de um lugar para outro, por movimento próprio, como é o caso dos animais. Sua disciplina jurídica é a mesma dos bens móveis por sua própria natureza, sendo-lhes aplicáveis todas as suas regras correspondentes (art. 82 do CC/2002).²⁸

Considerando isso e o art. 82 CC, os animais para o ordenamento são considerados seres semoventes, bens móveis, e fungíveis. Ainda, para reforçar tal classificação, cabe a proprietário o direito de vender ou doar o animal, pelo art. 1.232 do CC²⁹.

Apesar disso, foi disciplinado no Código, no art. 1.228, § 1º, a necessidade do proprietário exercer seu direito adequando-se a preservação da fauna e equilíbrio ecológico, o que contribuiu de certa forma para a mudança do status dos animais no ordenamento³⁰.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.856/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de divulgação: 13/10/2011. Data de publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 26 mai. 19.

²⁷ SOUZA, Marcos Felipe Alonso de. **A condição dos animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 19 mai 2019.

³⁰ CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. VITAL, Aline de Oliveira. Direitos de animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v. 10, n. 18. p. 113-135, 30 abr. 2015.

Observa-se, através de uma análise comparativa desses dispositivos, que com a proteção renovadora da Constituição Federal e sua supremacia, o Código Civil não deve abrir uma perspectiva de disposição livre do animal que é propriedade do homem. Apesar de considerar-se o animal como objeto, o ordenamento impôs um limite constitucional através do art. 225 Constituição Federal, que proíbe praticas cruéis contra esses animais e o abandono³¹.

Enquanto que, por um lado, a Carta Maior tutela a proteção animal e seja utilizada como base para proteção contra crueldade animal, tem-se o Código Civil que o impõe o status de coisa, direcionando o comando legislativo ao homem e com a finalidade de benefício ao mesmo, não havendo uma preocupação com a dignidade e bem-estar desse animal.

O ordenamento de modo geral busca controlar a pratica de atos cruéis do homem, são mandos dirigidos a eles e regularização do direito de propriedade sobre o animal, uma vez que a não há o reconhecimento do animal pelo seu valor intrínseco.

Diante disso, observa-se a ausência de regulamentação específica no ordenamento sobre os animais, e também da guarda desses animais domésticos no caso dissolução da união estável ou divórcio, com isso, cabe ao juiz, utilizando-se dos costumes e princípios gerais do direito, julgar o caso concreto.

Recentemente, o STJ confirmou a possibilidade de regulamentar a guarda de animais em dissoluções de união estável e divórcio, destacou ainda a necessidade de se analisar os autos de cada caso bem como a relevância do tema na sociedade moderna, não devendo ser considerado um assunto de “mera futilidade”.³²

Apesar de partir da premissa de caracterização dos animais como bens semoventes, o relator entendeu que a solução de casos que envolvam

³¹ SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. **Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis**. Florianópolis, v.12, n 1. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/1807-1384.2015v12n1p102/29617>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável**. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-garante-direito-de-ex%E2%80%93companheiro-visitar-animal-de-estima%C3%A7%C3%A3o-ap%C3%B3s-dissolu%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>. Acesso em: 14 nov. 2018.

disputa de animais por ex-conviventes deve levar em consideração a preservação e a garantia dos direitos da pessoa humana. Além disso, apontou, também devem ser observados o bem-estar dos animais e a limitação aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito.

O ministro citou ainda o Enunciado 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, aprovado durante o X Congresso Brasileiro de Direito de Família, que estabelece que "na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal".

"Na hipótese ora em julgamento, o tribunal de origem reconheceu que a cadela foi adquirida na constância da união estável e que teria ficado bem demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, destacando, ao final, que eventual desvirtuamento da pretensão inicial (caso se volte, por exemplo, apenas para forçar uma reconciliação do casal) deverá ser levada ao magistrado competente para a adoção das providências cabíveis", concluiu o ministro ao reconhecer o direito de o ex-companheiro visitar a cadela de estimação.³³

Em março de 2018, o TJ-SP decidiu a competência para julgar casos sobre guarda de animais domésticos, sendo a Vara de Família competente, e não a Vara Cível, visto que busca discutir-se guarda e alimentos para um animal doméstico, utilizando-se da guarda dos filhos. O relator do caso, José Rubens Queiroz Gomes destacou ainda a lacuna legislativa existente e a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada dos arts. 1.583 a 1.590 do CC por analogia³⁴.

Outra decisão feita pelo TJ-RJ a respeito da guarda compartilhada

DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER- RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL – RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA – ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO –

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável.** 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcia/s/STJ-garante-direito-de-ex%E2%80%93companheiro-visitar-animal-de-estima%C3%A7%C3%A3o-ap%C3%B3s-dissolu%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>. Acesso em: 14 nov. 2018.

³⁴ BRASIL. TJSP. 7ª Câmara de direito privado. **Agravo de instrumento Nº 2052114-52.2018.8.26.0000.** Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Data da publicação: AI 23/03/2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf##LS>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA –

CACHORRINHO “DULLY” QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA – VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS – SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE –

PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O TEMA, MAS SOPEANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O NON LIQUET, PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO.³⁵

A decisão, em favor da autora, foi tomada com a comprovação probatória que a mesma cuidava da cachorrinha “Dully”, a levava no veterinário, para passear, e arcava com os custos. Contudo, apesar de conceder a posse para a autora, ficou definido que o réu poderia ficar com a “Dully” em finais de semana alternados.

Essa decisão é de suma importância uma vez que demonstra a relevância e seriedade da temática bem como comprova o dever de jurisdição do juiz sobre o tema, apesar da lacuna legislativa.

Evidencia-se ainda que o reconhecimento do direito de visita do réu foi baseado na relação de afeto existente entre a cachorrinha e ele, argumentando a necessidade de permanência de “vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos.”³⁶

Os dispositivos existentes não são suficientes para a apreciação do juiz no caso de disputa entre as partes na ação de divórcio da posse do animal, evidenciando mais tal

³⁵ BRASIL. TJRJ, 22ª Câmara Cível. **Apelação nº 0019757-79.2013.8.19.0208**, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Unanimidade, Data da Publicação, DJ 04/02/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400196177>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

³⁶ Ibid.

lacuna. Diante disso, faz-se uma análise das possibilidades a serem utilizadas pelo magistrado no momento da decisão.

3 DA APLICABILIDADE DA GUARDA DOS FILHOS, DO PROJETO DE LEI E O MELHOR INTERESSE NO ANIMAL

3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA POR ANALOGIA

A guarda, além de um direito, é um poder-dever dos titulares do poder familiar. Para Cristiano Chaves, a guarda é entendida como um instrumento de efetivação da proteção integral e prioritária da criança em seu núcleo familiar, definido através do caso concreto³⁷. Esse dever permanece mesmo após o fim do divórcio e dissolução de união estável, cabendo aos pais conservar o poder familiar.

O primeiro fator que deve ser considerado diz respeito ao termo “guarda”, sobre sua função, Cristiano Chaves, discorre sobre o tema:

“Assim, o instituto da guarda precisa estar vocacionado a servir à proteção integral menorista, com o propósito de preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas no âmbito patrimonial ou pessoal pela ausência, omissão, abuso ou negligência dos genitores ou responsáveis.

A guarda, assim, compreendida a partir da normatividade constitucional, deve cumprir uma importante função de ressaltar a prioridade absoluta do interesse menoril, contribuindo para evitar o abandono e descaso de pais ou responsáveis para com menores e para permitir-lhes um feliz aprimoramento moral, psíquico e social”³⁸

A proteção da criança deve ser dada de forma integral e prioritária, buscando o melhor interesse do menor, previsto expressamente no art. 227 da Constituição Federal.

Cristiano Chaves critica a utilização do termo uma vez que remete a um “ato de vigilância, ligado à ideia dos amplos direitos de um proprietário de fiscalizar a coisa que lhe pertence”³⁹, e não ao conceito idealizado pelo ordenamento jurídico, que busca a proteção integral do melhor interesse do menor.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. 10 ed. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 695.

³⁸ Ibid. p. 694.

³⁹ Ibid. p. 700.

Corroborando com a tese de Cristiano Chaves, da impropriedade terminológica do termo “guarda”, para a inadequação da expressão no que diz respeito a animais domésticos. A utilização terminológica é incompatível com a teoria das capacidades de Martha Nussbaum, visto que a mesma busca o desenvolvimento da sua integridade, dignidade e prosperidade, aplicando-se o termo guarda prejudica a aplicabilidade integral de tal teoria, como será analisado mais profundamente a diante.

A expressão será relevante para a análise de sua adequação nos casos de uso por analogia da guarda compartilhada de crianças e pelo projeto de lei. O termo remete a guarda compartilhada dos filhos, sujeitos de direitos, ao contrário dos animais, a lei da guarda compartilhada foi criada e pensada para o ser humano, e não para os animais não humanos.

Entretanto, outro termo da mesma forma utilizado é a “posse”, mas a utilização da nomenclatura evidencia a sujeição do animal a um simples monopólio de seu dono, já que tal termo remete a bens materiais, sendo o homem o possuidor, proprietário daquele bem, afastando a ideia do animal como sujeito de direitos.

Quanto a guarda compartilhada, é estabelecida nos art. 1583 a 1590 CC, observa-se a preocupação do legislador, principalmente no art. 1.583 §§ 2º, 3º, em preservar o interesse dos filhos⁴⁰. Porém, observa-se que seria necessária uma adaptação para aplicação desses artigos para a guarda de animais de estimação, visto que para o ordenamento jurídicos são considerados objetos, não havendo interesse a ser tutelado.

Quem não detém a guarda da criança, dispõe do direito de visitar e fiscalizar a manutenção da guarda e a educação, conforme art. 1.589 CC⁴¹. Sobre os alimentos prestados com o fim de auxiliar nas despesas, é entendido como um “conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo”⁴². No artigo 1.694, §1º CC,

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 mai 2019.

⁴¹ Ibid.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil –Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 691.

fica definido que o valor a ser fixado deve levar em consideração, além do princípio da dignidade humana, os recursos disponíveis do obrigado⁴³.

Para Pamplona, o pressuposto para a fixação desses alimentos é o trinômio, sendo: necessidade, possibilidade e razoabilidade ou proporcionalidade. Ainda, “importa não somente a necessidade do credor ou a capacidade econômica do devedor, mas, sim, a conjunção dessas medidas de maneira adequada⁴⁴”, uma vez que, conforme art. 1.695 do Código Civil, a prestação alimentícia não pode prejudicar o próprio sustento do devedor.

3.2 PROJETO DE LEI Nº 7196/10

O deputado federal Márcio França (PSB-SP) apresentou na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 7196/10, que atualmente se encontra arquivado, foi apresentado também, pelo Dr. Ubiali (PSB/SP), o projeto de lei 1.058/11, muito semelhante ao apresentado pelo primeiro, atualmente está em tramitação.

No projeto de lei nº 7196/10, em seu artigo 2º, refine que após a decretação do divórcio ou separação judicial, não havendo consenso entre as partes, a escolha da guarda do animal ficará definida a partir da comprovação da existência do legítimo proprietário, e na ausência deste, a partir da constatação da parte que tem maior capacidade do exercício da posse responsável⁴⁵. Desse modo, o juiz deve considerar os critérios dispostos no artigo 5º do mesmo projeto, sendo

Art. 5º Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer:

- a) ambiente adequado para a morada do animal;
- b) disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento;
- c) o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte;
- d) demais condições que o juiz considerar imprescindíveis para a manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características.⁴⁶

⁴³ BRASIL. **Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 mai 2019.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil –Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.693.

⁴⁵ BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 7196/10**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=761274&filename=PL+7196/2010>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁴⁶ Ibid.

Em seu artigo 3º busca delimitar objeto da lei, animais de estimação, os definindo como espécies pertencentes a fauna que se encontram em cativeiro pelo homem, que estabelecem o convívio e coabitação pelo companheirismo, lazer, dentre outros, excluindo os animais destinados ao abate.⁴⁷

Em seu artigo 4º busca delimitar os tipos de guarda a serem estabelecidos, a unilateral ou compartilhada, devendo o juiz, para essa definição observar novamente o disposto no art. 5º da mesma lei, que define critérios como afinidade, responsabilidades e condições de cuidado do semovente. O procedimento para a definição deve ser feito através de mediação e conciliação⁴⁸.

Em seu artigo 6º exemplifica o procedimento a ser utilizado pelo juiz, onde o mesmo deve estabelecer cláusulas e sanções no caso de descumprimento, define ainda, no §4º, que diante da verificação da impossibilidade de constituição a guarda para uma das partes, pode haver a concessão da guarda a terceiros, que releve compatibilidade com o disposto, considerando a afinidade e local de permanência do animal.

Outro artigo relevante do referido projeto, é o 9º, no qual concede ao juiz a faculdade de utilização de outras medidas que não as impostas pela lei⁴⁹. Esse artigo evidencia o poder dado ao juiz para proferir decisões de tamanha delicadeza, uma vez que poderia exercê-lo de forma arbitrária.

3.3 ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS E DO PROJETO DE LEI À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES

O primeiro fator que deve ser analisado do projeto de lei, que dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da união estável ou

⁴⁷ BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 7196/10. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=761274&filename=PL+7196/2010>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

divórcio é a continuidade da definição do animal como coisa, não sendo considerado sujeito de direitos, o projeto não leva em consideração a dignidade e a possibilidade desses animais prosperarem, bem como as suas capacidades.

Além disso, no projeto pouco se fala sobre visitas e alimentos. A ausência desses elementos não é justificada, uma vez que o projeto possui clara inspiração com a guarda compartilhada presente no Código Civil. Os alimentos a serem prestados aos animais, para gastos com veterinário, alimentação, vacinas dentre outros, deveriam ser definidos no presente projeto, pois constituem elemento essencial para o bem-estar do animal.

Dito isso, é necessário também analisar a utilização por analogia da guarda compartilhada para animais domésticos. Para Maria Berenice Dias, a definição da residência dos filhos é a vontade dos genitores, observando a afinidade e a efetividade⁵⁰. Frisa-se a divergência ao de tratar de animais domésticos nesse ponto, é primordial que se estabeleça critérios objetivos, não excluindo os subjetivos, para a escolha do juiz em meio a divergência quanto a guarda do animal doméstico na dissolução de união estável ou divórcio.

O registro legítimo de proprietário do animal não deve ser critério para a definição da guarda desse animal, uma vez que o simples registro não implica no cumprimento de cuidados e afeto essencial para o seu bem-estar, por esse motivo, esse argumento não deve corroborar no momento de escolha do magistrado na lide.

Isso é relevante inclusive para se afastar a ideia, comum também na guarda de crianças, do entendimento que a guarda é definida como posse, o que contribui para a coisificação do filho. A presença física do filho no domicílio de um dos cônjuges não altera o poder familiar, que permanece mesmo após o rompimento do casamento ou união estável, o entendimento deve ser o mesmo para os animais.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 514.

Logo, observa-se a inadequação terminológica da expressão “guarda” nesses casos, para Maria Berenice Dias, seria mais adequado utilizar “convivência familiar”⁵¹. Assim como na guarda compartilhada do filho, observa-se tal problemática da mesma maneira em relação a animais domésticos.

A utilização da expressão guarda contribui para a coisificação do animal frente ao ordenamento jurídico, prejudicando ainda mais a aquisição de outros direitos essenciais desses animais. A utilização por analogia da lei da guarda compartilhada não rompe com o raciocínio legislador de classificar o animal como semovente e não como sujeito de direitos.

Essa é a proposta da Teoria das capacidades de Martha Nussbaum, romper com a injustiça e sofrimento de animais não humanos, dando-lhe, através do direito, dignidade a esses animais e oferecer condições favoráveis para o seu pleno desenvolvimento, através dos 10 itens da lista mencionados no item 1.

No que diz respeito a fixação de alimentos, a liberdade de escolha do juiz no momento de mensurar o valor pode afetar a qualidade de vida desse animal, uma vez que se deve observar atentamente a particularidade de cada animal. Se o magistrado não observar tais particularidades, o bem-estar e saúde do animal é prejudicial.

Para Martha Nussbaum, a lista de capacidades pode conter uma variável de acordo com a individualidade do animal, sendo o que lhe é necessário para sobreviver e obrigações acessórias de cuidados do animal. A lista criada pela Martha, deve ser medida pelo estudo do animal em si, e não do estudo das condições que podem ser oferecidas pelo polo passivo e ativo do processo.

Com base a lista de capacidades do animal da lide, será analisado a possibilidade de permanência de residência do animal na casa da parte que conseguir oferecer o que lhe é essencial.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 512-513.

Dessa forma, observa-se a luz dessa teoria, que primeiramente deve ser feita a análise previa das necessidades básicas do animal de acordo com a lista, adaptada a cada animal, e posteriormente observar-se qual dos conflitantes possuem maiores condições de oferecer o mínimo existencial o animal baseado na lista. Com base nisso, deve ainda ser aferindo a questão subjetiva, sendo ela a relação estabelecida pelo animal, tanto com o requerente, como o requerido.

Com isso, verifica-se a necessidade urgente de mudança do ordenamento jurídico, do reconhecimento dos animais como seres senciente e dignos de proteção jurídica, não somente para assegurar do direito fundamental do homem, de possuir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas sim de proteção pela sua razão de ser, vez que devem ser vistos com o fim em si mesmo e não como meio.

Deve ser dado para esses seres a oportunidade de prosperarem, dando-lhes uma base jurídica que seja capaz de proporciona-los uma qualidade de vida, levando em conta as suas necessidades. Por esse motivo, a lista utilizada por Martha Nussbaum deve ser considerada, servindo como base de princípios para a construção de leis capazes de proteger individualmente os seres não humanos, a fim de que consigam explorar sua capacidade individual.

Assim, a necessidade de alteração do ordenamento para uma proteção mais concisa dos animais é imprescritível, e essa alteração pode ser iniciada a partir da regularização dos animais que possuem forte vínculo com seu dono, já que chega ao ponto do homem disputa-lo judicialmente. A construção de uma lei tendo como base a teoria das capacidades da Martha Nussbaum e critérios objetivos e subjetivos já mencionados neste trabalho acarretará em uma legislação completa para esses animais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo observa-se a necessidade de regularização da guarda de animais domésticos quando configura-se o litígio na dissolução de união estável e divórcio. Buscou-se ao longo do presente trabalho demonstrar as possibilidades para tal regulamentação e o requisitos a serem considerados.

A teoria a ser aplicada no direito e destacada nesse trabalho foi a Teoria das Capacidades de Martha Nussbaum, onde há uma base sólida para criação de princípios e regras do direito capazes de garantir o bem-estar, uma vida digna e desenvolvimento do animal. Para isso, observou-se a necessidade de adaptar a lista de capacidades desenvolvida de acordo com a diversidade de cada animal e sua individualidade.

O art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal é um instrumento legal essencial, visto que valoriza o respeito a fauna e a flora por sua razão de ser, servindo na prática como base para defesa de teses contra práticas cruéis, como evidenciado na ADI 4.983 em face de lei que regulamentava a vaquejada no Ceará, e na ADI 1.856, que julgava a lei estadual do rio de janeiro sobre a briga de galo, ambas julgadas procedentes. Entretanto, somente uma implementação constitucional não é suficiente para proteger o bem ambiental, visto que os casos de crueldade são reiterados.

Para o ordenamento jurídico, o animal ainda é considerado como “coisa”, submetido ao regime do direito das coisas, sendo classificado como semovente, bem móvel, e fungível⁵². Tornando ainda mais difícil a sua proteção pelo seu valor intrínseco, visto que a proteção ambiental frisa a busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois isso afeta diretamente a qualidade de vida do ser humano⁵³.

⁵² SOUZA, Marcos Felipe Alonso de. **A condição dos animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

⁵³ DIAS, Edna Cardozo. Direitos dos animais e isonomia jurídica. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, n. 3, 30 dez. 2007. p. 107-117. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10360/7422>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

Na análise da jurisprudência constatou-se que o STJ corrobora com a possibilidade de regulamentar a guarda de animais domésticos da dissolução de vínculo afetivo, tendo como base a dignidade de pessoa humana⁵⁴. Há, ainda, julgado do TJ-SP e do TJ-RJ, ambos sobre o mesmo tema, o primeiro decidiu pela competência da Vara de Família para julgar esses casos e sobre a possibilidade de utilização dos artigos do Código Civil por analogia⁵⁵.

O segundo regularizou a posse da cachorrinha “Dully”, definindo a visitação da outra parte, sobre o fundamento da relação de afeto estabelecida entre eles, criando um vínculo emocional com o animal, que deveria ser mantido com base no princípio da dignidade humana⁵⁶.

Com isso, passou-se a analisar a guarda compartilhada e o projeto de lei. A guarda dos filhos é um instrumento de preservação da integridade fisiopsíquica dos indivíduos, observando seus interesses e garantindo-lhes o pleno desenvolvimento e evitando abalos emocionais como abandono ou abuso por parte dos genitores⁵⁷. Entretanto, criticou-se a expressão guarda escolhida pelo ordenamento uma vez que remete a ideia de posse e propriedade sobre coisa, sendo essa ideia contrária ao ideal buscado pelo mesmo, que é atingir o melhor interesse do menor.

Sobre a utilização da guarda compartilhada dos filhos por analogia no caso estudado, seria necessário observar o disposto no art. 1583 a 1590 CC, onde regulamenta a necessidade de preservar o interesse da criança, define os alimentos para o auxílio

⁵⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável**. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-garante-direito-de-ex%E2%80%93companheiro-visitar-animal-de-estima%C3%A7%C3%A3o-ap%C3%B3s-dissolu%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁵⁵ BRASIL. TJSP. 7ª Câmara de direito privado. **Agravo de instrumento Nº 2052114-52.2018.8.26.0000**. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Data da publicação: AI 23/03/2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf##LS>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁵⁶ BRASIL. TJRJ, 22ª Câmara Cível; **Apelação nº 0019757-79.2013.8.19.0208**, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Unanimidade, Data da Publicação, DJ 04/02/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400196177>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. 10 ed. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 694.

na despesa com a criança e preservação da sua dignidade, tutelando a dignidade também da parte que irá fornecê-la⁵⁸.

O projeto de lei nº 7196/10 apresentado pelo deputado federal Márcio França, regulamentando e orientando o juiz, enfatizando a possibilidade de resolver a lide pelo acordo, definindo também os critérios que devem ser observados. Estabelece os tipos de guarda e a necessidade de imposição de sanção em caso de descumprimento das cláusulas que serão estabelecidas em juízo⁵⁹. Destacou-se ainda, que o juiz deverá proceder de acordo com o caso concreto, podendo utilizar-se de meios diversos do definido caso julgue necessário.

Dito isso, a crítica feita ao projeto de lei é a prorrogação da consideração do animal como coisa pelo ordenamento, não havendo, se aprovado, nenhuma alteração efetiva da legislação que considere os interesses dos animais, e a proteção da dignidade pelo seu valor intrínseco. Apreciou-se também a ausência de regulamentação de alimentos ao animal e definição de visitas.

Quanto a analogia da guarda compartilhada dos filhos, foi frisado a ausência de critério objetivo considerando a particularidade dos animais comparado as crianças, e apesar disso, não se deve considerar o registro de proprietário como critério subjetivo para escolha da guarda na lide. Além disso, destaca-se a inadequação de expressão guarda, nesse caso. Logo, a utilização da guarda compartilhada por analogia ou projeto de lei é prejudicial pois não rompe com o discurso da legislação de coisificação e omissão em relação a uma proteção efetiva do animal.

No entanto, prioriza-se a aplicação da Teoria da Martha Nussbaum, que tem como objetivo a proteção e desenvolvimento da capacidade dos animais, deve-se criar os princípios e normas de proteção animal com base na lista de capacidade, que é variável e individual. A guarda de animais domésticos na dissolução de vínculo conjugal deve ser analisada a partir da lista de capacidade, e compará-la com o que

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 mai 2019

⁵⁹ BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 7196/10**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=761274&filename=PL+7196/2010>. Acesso em: 15 mai. 2019.

pode ser oferecido por cada ex-cônjuge, observando da mesma forma a relação afetiva estabelecida com cada um. Com isso, será possível a garantia do interesse do animal doméstico e do seu pleno desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALTES, Fiona Korthals. **Nussbaum's Capabilities Approach and Animal Rights: How animal capabilities would be the best foundation of rights.** Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/52629/Master%20Thesis%20Fiona.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BARROS, Marina Dorileo. SILVEIRA, Paula Galbiatii. A proteção jurídica dos animais não-humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Animal.** Salvador, v. 10, n. 18, p.113-135, 30 abr. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 mai 2019.

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 7196/10.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=761274&filename=PL+7196/2010>. Acesso em: 15 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.856/RJ.** Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Data de divulgação: 13/10/2011. Data de publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 26 mai. 19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.983/CE.** Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. Data de julgamento: 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 19.

BRASIL. TJRJ, 22ª Câmara Cível. **Apelação nº 0019757-79.2013.8.19.0208,** Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Unanimidade, Data da Publicação, DJ 04/02/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400196177>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. TJSP. 7ª Câmara de direito privado. **Agravo de instrumento Nº 2052114-52.2018.8.26.0000**. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Data da publicação: Al 23/03/2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf###LS>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. VITAL, Aline de Oliveira. Direitos de animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v. 10, n. 18. p. 113-135, 30 abr. 2015.

CORDEIRO, Flávia Gonçalves. Animais como sujeito de direitos. **Revista Jurídica UNIGRAN**. v. 13, n. 25. 30 jul. 2011. p. 67-69. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/25/artigos/artigo02.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

DIAS, Edna Cardozo. Direitos dos animais e isonomia jurídica. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, n. 3, 30 dez. 2007. p. 107-117. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10360/7422>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. 10 ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUSSBAUM, Martha C. **The Moral Status of Animals**. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/39a9/e6a9b2732e13bf19b98a6b0a25952f180530.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

OLIVEIRA, Wesley Felipe de. PEREIRA, Cinthia Berganwer. **Problemata: R. Intern.** v. 8. n. 3. 2017. p. 172-195. Disponível em: <<https://doi.org/10.7443/problemata.v8i3.35478>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. **Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis.** Florianópolis, v.12, n 1. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/1807-1384.2015v12n1p102/29617>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

SINGER, Peter. **Libertação Animal.** Disponível em: <<https://olhequenao.files.wordpress.com/2011/12/peter-singer-libertac3a7c3a3o-animal.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

SOUZA, Marcos Felipe Alonso de. **A condição dos animais no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável.** 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-garante-direito-de-ex%E2%80%93companheiro-visitar-animal-de-estima%C3%A7%C3%A3o-ap%C3%B3s-dissolu%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>. Acesso em: 14 nov. 2018.