



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Faculdades de Ciências Jurídicas e de Ciências
Sociais – FAJS.

JÚLIA VILELA PINHEIRO

**NOVAS CATEGORIAS RELACIONAIS: APLICABILIDADE DA GUARDA
COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO**

BRASÍLIA

2014

JÚLIA VILELA PINHEIRO

**NOVAS CATEGORIAS RELACIONAIS: APLICABILIDADE DA GUARDA
COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^a. Camila Bottaro Sales.

BRASÍLIA

2014

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.”

Theodore Roosevelt

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, pelo amor incondicional, apoio constante, e principalmente, os agradeço por serem meu porto seguro.

Mãezinha, obrigada pela orientação e ajuda não só na monografia, mas na vida.

Papai, obrigada por sempre acreditar em mim e me incentivar a seguir meus sonhos sem nunca desistir.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo tratar dos direitos que circundam os animais na legislação brasileira e tentar fazer com que o instituto da guarda, reservado para crianças, seja também aplicado aos animais em caso de divórcio litigioso. Aborda principalmente a possibilidade da guarda compartilhada de animais, algo até então inédito na nossa legislação, que será objeto do Projeto de Lei 1058/11, em trâmite na Câmara dos Deputados. Por fim, serão analisados casos no Brasil em que os casais optaram, por si só, com esse tipo de guarda, e casos no exterior, em que o próprio juiz versou e aplicou o instituto da guarda de um animal em um caso de divórcio.

Palavras-chave: Instituto da Guarda. Direito dos Animais. Direito de Família. Animais domésticos e o afeto familiar. Guarda compartilhada de animais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. ANÁLISE CRÍTICA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO CIVIL.....	9
1.1. Conceito de relação jurídica.....	9
1.2. Sujeitos da relação jurídica.....	12
1.2.1. <i>Sujeitos formais</i>	12
1.2.2. <i>Sujeitos informais</i>	17
1.3. Classificação da relação jurídica.....	18
1.3.1. <i>Teoria Objetivista</i>	18
1.3.2. <i>Teoria Normativista</i>	19
1.3.3. <i>Teoria da Concepção Personalista</i>	20
1.4. Críticas às categorias relacionais.....	21
2. INSTITUTO DA GUARDA.....	25
2.1. Introdução sobre a Guarda.....	25
2.2. Tipos de Guarda.....	28
2.2.1. <i>Guarda unilateral</i>	28
2.2.2. <i>Guarda alternada</i>	31
2.2.3. <i>Guarda compartilhada</i>	32
3. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA OS ANIMAIS.....	36
3.1. Animais domésticos e o afeto familiar.....	36
3.1.1. <i>Filiação socioafetiva</i>	36
3.1.2. <i>Animais domésticos e o afeto familiar</i>	40
3.2. Projeto de Lei 1058/11.....	44
3.3. Análise do direito comparado.....	49
3.3.1. <i>Análise da legislação estrangeira</i>	49
3.3.2. <i>Análise da jurisprudência estrangeira</i>	52
3.4. Guarda compartilhada de animais.....	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

Os animais de estimação estão ganhando cada vez mais espaço não só na família, como também na legislação. Alguns países já preveem os direitos dos animais em seu próprio ordenamento. A novidade é a garantia do instituto da guarda para os bichos de estimação.

Esse tema é bastante atual em nosso país e está sendo motivo de diversas controvérsias. Se de um lado há pessoas que simpatizam e anseiam com a criação desse novo direito, do outro há pessoas que acham um ultraje conceder um direito tão “humano” para animais.

Não só o Brasil, como também diversos outros países estão começando a entender que os animais não são mais um “brinquedo”, uma mera distração para a família, mas sim um próprio membro dela.

No Brasil há um projeto de lei tramitando pela Câmara dos Deputados, que prevê essa inovação propondo que, em casos de divórcios litigiosos, não se debata somente sobre patrimônio e guarda de filhos, como também sobre a guarda dos animais de estimação da família.

Atualmente, nossa legislação trata o animal como um objeto, e como tal, entrará no rol de partilha do casal. Mas, o que está acontecendo é que as famílias não veem esse bicho como um objeto, mas sim como um filho, um irmão, um amigo. Pode-se observar a criação de um laço de afetividade entre os membros de uma família e o seu animal de estimação.

Se o animal está sendo tratado como próprio membro da família, com direitos, será que ainda é correto tratar o animal como um mero objeto na partilha dos bens? Para entender melhor essa possibilidade, precisamos compreender como a legislação brasileira funciona, como os animais são vistos aos olhos da nossa lei, e como modernamente as pessoas vem agregando os animais domésticos no seio familiar.

A presente pesquisa foi estruturada em três capítulos, e teve como base a ampla bibliografia de grandes doutrinadores civilistas, para que seja verificada a situação prática do assunto.

Serão analisadas, primeiramente, as relações jurídicas do nosso direito civil, abrangendo os sujeitos dessas relações e suas classificações. Será feita uma

análise crítica da relação jurídica observando, antes de mais nada, o conceito dessa relação e seus sujeitos, sejam eles formais ou informais. Após entender essa relação, ela será classificada. São três as possíveis teorias, quais sejam: objetivista, normativista e da concepção formalista. Apenas após compreender a relação jurídica do direito civil, que se tornará possível criticar as categorias relacionais.

Em um segundo momento, mediante análise do instituto da guarda, serão explicados os tipos de guarda presentes no Brasil: a unilateral, a alternada e a compartilhada. Mas antes de adentrar nos tipos de guarda, será feita uma breve introdução sobre esse instituto para melhor situar o assunto.

Se há a pretensão de estender a guarda para os animais, é necessário saber quais as possibilidades existentes e entendê-las individualmente, com seus reflexos na sociedade e nos núcleos familiares.

Com base em artigos e reportagens será feita uma análise sobre os animais domésticos e o afeto familiar nos tempos atuais. Os animais estão cada vez mais presentes nas casas dos brasileiros e se faz mister observar como é o relacionamento da família com esses “novos membros”.

Ao final será analisada a possibilidade da guarda compartilhada de animais no Brasil. Para melhor entender o assunto, serão utilizados diversos exemplos - não só do Brasil, como também do exterior - da importância que alguns animais para a família com a qual eles residem.

1. ANÁLISE CRÍTICA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO CIVIL

Antes de iniciar o tema, é necessário entender o que é a relação jurídica, quais são os sujeitos dessa relação e as teorias existentes. Depois de compreender esse instituto é que poderemos analisar e criticar as teorias defendidas pelos doutrinadores.

1.1. Conceito de Relação Jurídica

Há as relações jurídicas que decorrem de lei, como entre pais e filhos, e as relações jurídicas contratuais, que são as oriundas de contratos. Em sua grande maioria são constituídas de relações sociais reconhecidas pelo legislador como dignas de tutela, por satisfazerem interesses legítimos. Mas há também as relações sociais fora da esfera jurídica, que são controladas pela religião, pela etiqueta, pela moral etc.¹.

A relação jurídica vai vincular duas ou mais pessoas, submetendo-as às consequências jurídicas. Por se tratar de uma relação de pessoa, é uma das formas de relações sociais. De um lado da relação temos o sujeito ativo (titular do direito subjetivo), e do outro, o devedor, que é o sujeito passivo. Já nas relações jurídicas de direito público interno, temos de um lado o detentor de poderes, e de outro as pessoas que estão obrigadas por lei a se submeterem a suas determinações².

Nos casos das relações jurídicas decorrentes do direito internacional, as partes serão os países, e estes estarão igualmente submetidos aos tratados e convenções internacionais que tiverem firmado³.

Já direito real o objeto será uma coisa móvel ou imóvel. Nesse direito, teremos de um lado o sujeito ativo, que será o proprietário ou o detentor da posse, e o sujeito passivo, que são as demais pessoas. Há nesse caso para o sujeito passivo

¹GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.258.

²GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.258-259.

³GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.258-259.

o dever de abstenção, ou seja, o dever de nada fazer que impeça o exercício do direito pelo titular⁴.

Savigny definiu relação jurídica como “vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada”. Entende-se que toda relação jurídica apresenta um elemento material, representado pela relação social, e outro formal, a determinação jurídica do fato, mediante normas⁵.

Esse jurista atribuiu também grande importância ao fato social na formação da relação jurídica. Essa concepção é predominante entre os estudiosos dessa matéria. No Brasil, é aceita pelo jurista Pontes de Miranda e Miguel Reale, dentre outros. Para Pontes de Miranda “relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica”⁶.

Havia uma outra corrente que defendia a tese de que a relação jurídica seria um nexó entre a pessoa e o objeto. Esse ponto de vista foi defendido por Clóvis Beviláqua: “relação de direito é o laço que, sob a garantia da ordem jurídica, submete o objeto ao sujeito”. Essa concepção foi abandonada, pois aqui a relação jurídica não seria entre o proprietário e a coisa, mas entre aquele e a coletividade de pessoas, que teria o dever jurídico de respeito do direito subjetivo⁷.

Paulo Dourado de Gusmão, em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito* diz que a relação jurídica⁸:

“Tem por fonte a regra de direito, pois o próprio contrato dela depende. Assim, só pode haver relação jurídica prevista na legislação. Supõe evento jurídico (fato jurídico, ato jurídico ou ato ilícito), previsto em lei, que vincula duas ou mais pessoas juridicamente, podendo uma exigir da outra comportamento típico, determinado ou determinável prestação. Tem objeto (objeto do direito) definível, determinável, que pode ser uma prestação ou uma coisa. Pode ser bilateral, quando formada de duas pessoas, e plurilateral, quando de mais de duas pessoas.”

Na relação jurídica, não é necessária exclusivamente a vontade das partes para haver a vinculação, pois tem por base a lei, que está acima dessa vontade e interesse, não podendo ser livremente por eles modificada⁹.

⁴GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.258-259.

⁵NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.297.

⁶NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.297.

⁷NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.298.

⁸GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.258.

“São as relações jurídicas que dão movimento ao direito. Em cada uma ocorre a incidência de normas jurídicas, que definem os direitos e os deveres dos sujeitos”¹⁰. Há relações jurídicas que se extinguem tão logo é produzido o seu efeito, e outras que não tem prazo para acabar, como no caso do casamento. Geralmente, nos vínculos os dois sujeitos possuem direitos e deveres. Há relações também em que os deveres e obrigações valem igualmente para ambas as partes.

As relações jurídicas vão se formar como consequência de certos fatores que aproximam os homens e os levam ao convívio. Tais fatores são de natureza econômica, fisiológica, recreativa, moral, cultural etc. É a carência desses fatores que vão conduzir o homem à convivência. E quando essas relações de vida entram na esfera do convívio social, não podem ficar sob o comando de preferências individuais aleatórias. É necessária uma regulamentação jurídica. Uma vez que as relações sociais estão subordinadas à uma lei, elas ganham uma qualificação jurídica¹¹.

Na relação jurídica, cada pessoa da relação possui uma situação jurídica própria. Essa situação poderá ser do titular do direito, ou do devedor.

O sujeito ativo da relação é o portador do direito subjetivo, o credor da prestação principal. É o sujeito ativo quem tem o poder de exigir do sujeito passivo o cumprimento do dever jurídico. Já o sujeito passivo é quem deve ao sujeito ativo. É ele quem é o responsável pela obrigação principal. Ambos os sujeitos, passivo e ativo, dependem um do outro para existir¹².

Com relação aos sujeitos ativos e passivos, temos que a relação jurídica pode ser simples, quando envolve apenas duas pessoas, ou plurilateral, quando mais de uma pessoa está na situação jurídica ativa ou passiva.

É o vínculo de atributividade que, de acordo com Miguel Reale, “confere a cada um dos participantes da relação o poder de pretender ou exigir algo determinado ou determinável”¹³.

O vínculo que existe na relação jurídica está sempre em função de um objeto. Como por exemplo, quando se realiza um contrato de compra e venda, tem-se por

⁹GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.258.

¹⁰NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.298.

¹¹NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.298-299.

¹²NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.300.

¹³NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.301.

objeto a entrega da coisa. O objeto imediato é a coisa em que recai o poder do sujeito ativo. E o objeto mediato é o fim que o direito garante¹⁴.

1.2. Sujeitos da Relação Jurídica

1.2.1. Sujeitos Formais

Para a doutrina, “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito¹⁵.

Nas palavras de Nelson Rosenvald¹⁶:

“Pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem. E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. Por isso, todo ser humano é dotado de personalidade jurídica, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura bio psicológica”.

O homem é o centro de determinações do direito. As relações que definem o direito envolvem apenas os interesses e valores necessários ao ser humano, ao ser racional¹⁷.

Como bem salienta Paulo Nader, “personalidade jurídica, atributo essencial ao ser humano, é a aptidão para possuir direitos e deveres, que a ordem jurídica reconhece a todas as pessoas”¹⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, são admitidas duas espécies de pessoas: as naturais, também chamadas de pessoas físicas, e as que derivam de uma ficção, as chamadas pessoas jurídicas¹⁹.

É errado definir a pessoa natural como um humano biologicamente concebido. Com o avanço da ciência, temos pessoas oriundas não só da concepção

¹⁴NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.301-302.

¹⁵DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral do Direito Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.113.

¹⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.277-278.

¹⁷NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.287.

¹⁸NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.287.

¹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.179-180.

natural, como também da concepção artificial. E esse embrião, ainda que fertilizado em laboratório, uma vez implantado no útero, passa a condição de nascituro.²⁰

Nos tempos atuais, apenas o ser humano é dotado de personalidade jurídica. Mas nem sempre foi assim. Na Idade Média, era possível propor uma ação contra uma animal que tivesse, por exemplo, causado a morte de um ser humano. O animal nesse caso seria condenado na forma legal e enforcado.

Toda pessoa natural dispõe de personalidade jurídica e pode ser titular de direitos e deveres, mas nem toda pessoa natural possui capacidade para praticar os atos da vida civil²¹.

“Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.²²” A expressão *deveres* é melhor utilizada do que a expressão *obrigações*. Existem deveres que não são obrigações, que é o caso dos deveres do casamento²³.

Para Nelson Rosendal, os animais e os seres inanimados não podem ser considerados pessoas naturais. Logo, não sendo pessoas naturais, não são sujeitos de direito, mas objeto de relação jurídica. Os animais têm proteção especial, dedicada a legislação específica, à tutela jurídica dos animais, decorrente da própria tutela jurídica do meio ambiente²⁴.

A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica e que todas as pessoas possuem. Com essa personalidade vem os direitos à vida, liberdade e igualdade²⁵.

Já a capacidade é uma medida jurídica da personalidade. Para ser uma “pessoa” e ter personalidade, basta nascer com vida. Mas para adquirir capacidade é necessário preencher uma série de requisitos necessários para agir e responder pelos próprios atos²⁶.

²⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.278.

²¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.279.

²²BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

²³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.279.

²⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.279.

²⁵DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral do Direito Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.114.

²⁶DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral do Direito Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.115.

Pablo Stolze menciona que, “diferentemente da orientação romanista, na generalidade das civilizações contemporâneas não se exige a forma humana e a viabilidade para se conceder ao recém-nascido a qualidade de pessoa”²⁷.

O Código Civil em seu artigo 2º dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”²⁸

Tem duas correntes a respeito do início da personalidade. A primeira defende que a personalidade inicia no momento em que a criança nasceu com vida. Já a segunda corrente diz que tem personalidade humana desde o momento da concepção. O Brasil adota a primeira corrente, que é a que defende que só terá início a personalidade no caso do nascimento com vida.²⁹

O ato de registrar civilmente no cartório a criança, é um ato de caráter meramente administrativo, de natureza declarativa e não constitutiva. Logo, para ter personalidade civil, não precisa estar já registrado, basta que haja a respiração após o nascimento³⁰.

A personalidade jurídica cessa com a morte do sujeito e pela declaração de ausência por ato do juiz, conforme preleciona o artigo 6º do Código Civil: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”³¹

Quando mais de uma pessoa é encontrada sem vida e for relevante saber a ordem dos óbitos, o sistema brasileiro irá classificá-los como simultâneos, caso não consiga se provar o contrário. O conhecimento dessa ordem apenas é relevante quando envolve matéria de sucessão³².

No tocante à ausência, esta se caracteriza quando o juiz declara, após ficar comprovado em processo especial, que uma pessoa desapareceu de seu domicílio e dela não se tem notícia, decorrido determinado lapso de tempo³³.

²⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82.

²⁸BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

²⁹NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.290.

³⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.281.

³¹BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

³²NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.290.

³³NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.290.

A capacidade civil pode ser dividida em capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito é inerente a toda pessoa, garantindo-lhe direitos e deveres. Já a capacidade de fato é a aptidão para praticar atos da vida civil. Essa última capacidade comporta diversos graus, quais sejam: pessoas plenamente capazes, pessoas absolutamente incapazes e pessoas relativamente incapazes³⁴.

Quem não possui essa capacidade de fato está impedido de praticar quaisquer atos da vida civil, devendo ser representados, no caso dos absolutamente incapazes, ou assistidos por seus responsáveis, que é o caso dos relativamente incapazes³⁵.

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.³⁶”

Os atos praticados pelo absolutamente incapaz sem a representação adequada serão nulos, não produzindo qualquer efeito jurídico. Já os atos praticados pelo relativamente incapaz que não estiver devidamente assistido, serão anuláveis, isto é, produzirão efeitos até que lhe sobrevenha uma decisão judicial reconhecendo a invalidade.³⁷

Cabe enfatizar que os incapazes, ainda que não possam expressar sua vontade de forma completa (absolutamente incapazes), permanecem na condição de pessoas, como leciona Pontes de Miranda³⁸

³⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.298

³⁵NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.291.

³⁶BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

³⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.301

³⁸MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 220.

Podemos concluir com isso que a personalidade não depende da vontade ou consciência do indivíduo. A criança, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que o desprenda do ambiente físico ou moral, embora desconheça a realidade ou lhe falte reação psíquica, é uma pessoa e, conseqüentemente, dotado de personalidade, sendo este um atributo inseparável do ser humano³⁹.

Em regra, a incapacidade cessará no momento em que desaparecerem as causas que a determinaram. Por exemplo, no caso da menoridade, a incapacidade encerrará quando o menor completar 18 anos. A menoridade pode ser encerrada também nos casos de emancipação do menor⁴⁰.

Além das pessoas físicas, temos também as pessoas jurídicas, como já dito anteriormente no começo deste tópico.

Citando o doutrinador Paulo Nader: “pessoa jurídica é uma construção elaborada pela Ciência do Direito, em decorrência da necessidade social de criação de entidades capazes de realizarem determinados fins, não alcançados normalmente pela atividade individual isolada”⁴¹.

A principal classificação dos seres coletivos é uma projeção da maior divisão do direito positivo: pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado. As pessoas jurídicas de direito público se dividem em pessoas jurídicas de direito público externo, representados pelos estados e órgãos análogos, como a ONU, e pessoas jurídicas de direito público interno, que diz respeito à União, estados-membros, distrito federal, territórios, municípios, autarquias, associações públicas e demais entidades de caráter público criadas por lei⁴².

As pessoas jurídicas de direito privado são as associações, sociedades e fundações. As associações são entidades que visam a fins culturais, beneficentes, esportivos, religiosos. As associações não visam ao lucro. As fundações se caracterizam pela existência de um alvo econômico, instituído como instrumento ou meio para a realização de determinado fim. Já as sociedades são pessoas jurídicas que tem por objetivo o lucro, com finalidade posteriormente de dividir os resultados entre os membros⁴³.

³⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 179-180.

⁴⁰DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral do Direito Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.193-194.

⁴¹NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.293.

⁴²NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.293-296.

⁴³NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.293-296.

1.2.2. Sujeitos informais

Entende-se por sujeito informal a figura do nascituro.

Vários serão os conceitos apresentados para o termo “nascituro”, mas a maioria deles vai definir o nascituro como aquele que já está concebido no ventre da genitora, mas que ainda não nasceu⁴⁴.

No entanto, não se pode confundir nascituro com concepturo, que não foi concebido ainda. Enquanto o nascituro já é filho de alguém, já houve a concepção, o concepturo é o filho de alguém que ainda vai conceber⁴⁵.

Em seu artigo 2º, o Código Civil prevê que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, mas põe a salvo o direito do nascituro desde a concepção.

Existem três teorias a respeito do início da personalidade civil: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

A teoria natalista é a defendida por maior parte da doutrina. Nela, a aquisição da personalidade só acontece se o recém-nascido nascer com vida, o que se entende que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito⁴⁶.

A teoria condicionalista, adotada no Brasil, é assim chamada porque, os defensores dessa corrente acreditam em uma condição pendente para a implementação da personalidade civil do nascituro⁴⁷. O nascituro possui direitos sob condição suspensiva⁴⁸. Nesse caso, a personalidade condicional surge com o nascimento com vida e se extingue caso o feto não chegue a viver.

A última teoria é a concepcionista. Essa teoria defende que o nascituro possui personalidade jurídica desde a sua concepção. Nessa corrente, o nascituro não tem uma personalidade condicionada ao seu nascimento com vida, sua personalidade é

⁴⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.281-282.

⁴⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.281-282.

⁴⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83.

⁴⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.282-283.

⁴⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83.

concreta⁴⁹. Assim, mesmo que nasça morto, já havia adquirido personalidade jurídica anteriormente.

1.3. Classificação da Relação Jurídica

1.3.1. Teoria Objetivista

A teoria objetivista dispõe que não é necessária a existência de um sujeito passivo na relação jurídica. Essa teoria vai defender que é possível a relação jurídica não só entre pessoas, como entre pessoas e coisas e entre pessoas e lugares, como por exemplo é o caso do domicílio⁵⁰.

“A maior dificuldade para defini-la promana da confusão entre o significado comum do vocábulo e seu sentido técnico. Resulta, em grande parte, de falsa generalização. Uma vez que as relações jurídicas são predominantemente relações humanas, de pessoa para pessoa, de sujeito para sujeito, supõe-se que todas hão de ser um vínculo pessoal. De fato, a relação social é, por definição, a que se trava entre homens, mas isso não significa que o Direito rege apenas relações sociais, nem que outras sujeições, como a de coisa ao homem, não possam ter igual qualificação no vocabulário jurídico. Não há coincidência necessária entre relação humana e relação jurídica.”⁵¹

É o direito que vai reconhecer a relação como jurídica se ela assim for escolhida, “deixando de lado o procedimento de construção de uma ontologia da relação jurídica”⁵².

Bruno Torquato indaga que, “se é o direito que reconhece uma situação como relação jurídica, porque haveria de limitá-la a relações sociais?”⁵³

É com este raciocínio que a teoria objetiva determinou a desnecessidade de um sujeito passivo e admitiu a relação jurídica entre pessoa e coisa- como é o caso das relações de direitos reais, entre pessoas; entre pessoa e lugar, caso do

⁴⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.283-284.

⁵⁰GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.87-88.

⁵¹GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.87.

⁵²FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.10.

⁵³FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.10.

domicílio; e entre duas coisas, como na relação em que se tem uma coisa principal e uma acessória⁵⁴.

1.3.2. Teoria Normativista

A relação jurídica nessa teoria se dá entre sujeito e ordenamento; sustenta que o contato entre os sujeitos são simples relações de fato⁵⁵.

Os defensores dessa teoria vão alegar que para haver uma relação jurídica, deverá haver um vínculo entre a pessoa e a norma.

Nas palavras do doutrinador Orlando Gomes:

“Na concepção normativista, os termos são: ordenamento jurídico, de um lado, os sujeitos de direito, do outro. O objeto da relação é o interesse a que se refere, um quid entre os dois termos, relativamente ao qual a relação consiste na necessidade ou faculdade de ter determinado comportamento regulado pela norma. Esse comportamento é o conteúdo da relação.”⁵⁶

Kelsen é um defensor dessa teoria e ele trata do momento da formação da relação jurídica e não da natureza dos entes vinculados por ela. Não é o simples fato do reconhecimento pelo ordenamento, mas sim o momento de sua constituição. A posição de Kelsen diz respeito ao momento antes da relação⁵⁷.

Seguindo o pensamento de Kelsen, “a relação só pode surgir do ordenamento jurídico e não, simplesmente, da relação social reconhecida por este, pois o liame se forma entre atribuições da norma.”⁵⁸

Bruno Torquato entende como a verdadeira teoria normativista, a definição estabelecida por Dominico Barbero, na qual se entende a relação jurídica “como aquela que se trava entre determinado sujeito e o ordenamento jurídico, por meio da

⁵⁴FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.10.

⁵⁵FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.8

⁵⁶GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.89.

⁵⁷FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.12

⁵⁸FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.13.

norma. As relações entre sujeito são meras relações de fato, sem importância jurídica.”⁵⁹

“Haveria, no contrato, duas relações jurídicas em conexão funcional – relações de cada parte com o ordenamento jurídico. Fala-se numa só relação entre os dois sujeitos, mas elipticamente, porquanto, em verdade, ocorre uma relação entre um dos sujeitos e ordenamento jurídico funcionalmente conexa a outra entre a parte contrária e o mesmo ordenamento.”⁶⁰

Na posição kelsiana, o ordenamento jurídico possui funções qualificadoras. Vamos nos posicionar com Dominico Barbero e entender que o ordenamento jurídico adquire importância na própria estrutura da relação jurídica. Dominico Barbero vai colocar o comprador não só como aquele instituído pela norma, mas como o único elemento relacional, uma vez que não há relações entre pessoas, mas sim entre pessoa e norma⁶¹.

1.3.3. Teoria da Concepção Personalista

Essa teoria é a mais aceita no Brasil. Ela defende que relação jurídica é o “vínculo entre dois ou mais sujeitos, estabelecidos em virtude de um objeto.”⁶²

Doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira, César Fiuza, Francisco Amaral e Serpa Lopes, defendem essa corrente onde são dois os sujeitos (ativo e passivo), um vínculo e um objeto⁶³.

Para a formação de uma relação jurídica, é necessário que tenha um requisito material e um requisito formal⁶⁴.

O requisito material, também chamando de relação social, é o relacionamento entre duas pessoas no qual deve incidir uma norma jurídica⁶⁵.

⁵⁹FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.13

⁶⁰GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.88-89.

⁶¹FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.13-14.

⁶²FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.6.

⁶³FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.6.

⁶⁴AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.156-157

⁶⁵FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.7.

Bruno Torquato define relações de fato como:

“(...) relações jurídicas, pois o direito reconhece sua importância e significado, clamando pelo disciplinamento jurídico, que, se não se faz por uma norma criada especificamente para aquele modelo, não deixa de ser realizado por meio de cláusulas gerais, princípios e métodos interpretativos.”⁶⁶

São considerados como sujeitos da relação jurídica, tanto sujeito ativo quanto sujeito passivo, apenas quem possuir personalidade jurídica, e que conjuntamente estabeleçam um vínculo denominado vicissitude ou efeito jurídico⁶⁷.

Esse vínculo nada mais é que “o liame entre os sujeitos, reconhecido juridicamente”⁶⁸.

Com relação ao objeto da relação jurídica, é aquele que move a relação. É sobre ele que se encontra o direito subjetivo, o interesse juridicamente protegido⁶⁹.

1.4. Críticas às Categorias Relacionais

Pietro Perlingeri, em sua obra *Perfis do Direito Civil*, não só versa sobre a teoria da situação jurídica subjetiva, como também esboça uma crítica às Categorias Relacionais especificadas acima.

Antes de mais nada, é interessante fazer uma distinção entre fato e efeito. Quando se fala em fato e efeito, estamos na verdade falando em ser e dever ser⁷⁰.

Pietro Perlingeri afirma que:

“O fato concreto é sempre juridicamente relevante; não sempre, todavia, a norma lhe atribui consequências jurídicas tangíveis, que podem ser individuadas de modo específico e determinado como o nascimento, a aquisição, a extinção, a modificação de uma situação subjetiva.”⁷¹

⁶⁶FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.7.

⁶⁷FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.7.

⁶⁸FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.7

⁶⁹FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.7.

⁷⁰FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.16.

⁷¹PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.90.

Não basta o simples acontecimento de um fato para que o Direito lhe atribua consequências. Para que o fato seja considerado jurídico, ele deve produzir consequências jurídicas⁷².

O fato é o ser e o efeito jurídico é o dever ser. Como já vimos anteriormente, ao fato só será atribuído o disciplinamento jurídico quando produzir efeitos jurídicos. Logo, o efeito jurídico será uma consequência atribuída ao fato pelo Direito⁷³.

Para Pietro Perlingeri, “o efeito é, portanto, um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas.⁷⁴”

Pode-se observar com isso, que não é possível colocar fato e efeito como entidades incomunicáveis e antiéticas. Defender a incomunicabilidade entre essas entidades é visto como um “comportamento mental típico do formalismo, o qual conduz à total separação do intérprete da realidade, fazendo-o tornar-se insensível aos êxitos práticos do próprio operar.⁷⁵”

A situação jurídica subjetiva, por ser consequência de um ato, é tida como efeito. Fazem parte desse conceito geral de situação jurídica, o interesse legítimo, o poder jurídico, o direito subjetivo, o ônus, a obrigação etc⁷⁶.

Encontra-se sempre na situação jurídica um interesse que se expresse em comportamento. Esse elemento é o elemento essencial da situação. Temos como elemento accidental, o elemento do sujeito, pois mesmo que sem titular, o direito irá garantir certos interesses. Exemplo dado por Pietro Perlingeri, é o direito do nascituro e do não-concebido que podem receber doação⁷⁷.

A teoria prevalente na doutrina é a da concepção personalista, que defende que a relação jurídica seria a relação entre sujeitos regulada pela norma⁷⁸.

⁷²FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.16-17.

⁷³PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.90-105.

⁷⁴PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.105.

⁷⁵PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.104.

⁷⁶PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.105.

⁷⁷PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.107.

⁷⁸PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.114.

Pietro Perlingeri entretanto, apresenta uma crítica a essa teoria alegando que há hipóteses em que as relações não apresentam sujeitos determinados⁷⁹.

Para exemplificar sua crítica, observou a situação de propriedade. “Se existe um sujeito que é titular de uma situação de propriedade, existe da outra parte, não um sujeito determinado, mas a coletividade, que tem o dever de respeitá-la, de não se ingerir.⁸⁰”

Ainda com relação às críticas à teoria da concepção personalista, Pietro Perlingeri chama a atenção para as hipóteses nas quais existe uma relação entre centros de interesses determinados, porém o sujeito principal de uma das situações, ou de ambas, ainda não existe.

Se é possível a existência de uma relação jurídica mesmo que sem a atuação de um sujeito, isso quer dizer que é possível “existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos.⁸¹”

Um exemplo em que se pode observar uma relação juridicamente relevante entre centros de interesse, mas que não há dois sujeitos, é a aceitação da herança com benefício do inventário⁸².

Pode acontecer nesse caso que o mesmo herdeiro com benefício do inventário seja credor do *de cuius*. O simples fato de o mesmo sujeito ser tanto credor quanto devedor não enseja a extinção da obrigação. Ela continuará a existir, mas com duas distintas responsabilidades patrimoniais⁸³.

Com isso, “na relação jurídica a relação é entre situações subjetivas, ainda que confluentes na titularidade de um mesmo sujeito.⁸⁴”

Se observarmos a estrutura da relação jurídica como a ligação entre situações subjetivas, então “o sujeito é somente um elemento externo à relação

⁷⁹PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.114.

⁸⁰PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.114.

⁸¹PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.114.

⁸²PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.114-115

⁸³PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.115.

⁸⁴PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.115.

porque externo à situação; e somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica.⁸⁵

A relação jurídica, segundo Pietro Perlingeri, é a normativa harmonizadora das situações jurídicas⁸⁶.

⁸⁵PERLINGERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.115.

⁸⁶FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.18.

2. INSTITUTO DA GUARDA

A relação jurídica não necessariamente tem que ser apenas entre sujeitos de direitos, mas especificamente entre pessoas, como defende o ordenamento brasileiro.

Antes de adentrar no tema real desta monografia sobre a possibilidade de animais de estimação serem objeto de discussão no instituto da guarda compartilhada, é necessário que se entenda melhor este instituto e suas individualidades, e entender que seu maior objetivo é sempre o bem estar da criança e, possivelmente, do animal.

2.1. Introdução sobre a Guarda

A guarda ocorre quando os pais não estão mais juntos e a um deles, ou a ambos são atribuídos os encargos dos cuidados, zelo, proteção e custódia do filho⁸⁷.

Quando esses encargos são exercidos por apenas um dos pais, diz-se que a guarda é unilateral ou exclusiva, e quando são exercidos por ambos chama-se guarda compartilhada⁸⁸.

Na guarda unilateral, apenas um dos genitores irá exercê-la. Apenas a este genitor caberá decisões importantes como a educação e zelo do filho. O outro genitor terá apenas o direito de visitas e de fiscalização⁸⁹.

Na guarda compartilhada, temos que a ambos os genitores caberão decisões à respeito da educação, cuidados e direitos do filho. Neste caso, a guarda pertencerá aos dois, o que significa que o filho terá dois lares⁹⁰.

Temos também a figura da guarda alternada, na qual a criança passa um certo período estabelecido na guarda de um genitor, e depois com o outro. A guarda aqui será exercida com exclusividade do genitor que estiver com o menor no momento.

⁸⁷LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.190.

⁸⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.190.

⁸⁹MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.386.

⁹⁰MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.386-387.

Nas palavras do doutrinador Washington de Barros Monteiro, a guarda “é um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, cuidando de sua educação, alimentação, moradia etc”⁹¹.

Devemos lembrar também da existência da guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, a guarda estatutária. Porém, não se pode confundir a guarda vista no Direito de Família, com a guarda para os fins do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste Estatuto, a guarda se diz em relação à uma das modalidades da família substituta, junto com a tutela e a adoção. Ocorre apenas nos casos em que há perda do poder familiar dos pais, acarretando a colocação da criança em família diversa⁹².

Outrora, entendia-se que, caso houvesse culpa de um dos cônjuges na dissolução do casamento, a guarda deveria ser entregue ao cônjuge “inocente”. No caso de ambos os cônjuges serem culpados, a guarda das filhas pertenceria à mãe, e os filhos permaneceriam com a mãe até completarem 6 anos, quando então passariam para a guarda do pai⁹³.

Esse entendimento resta absolutamente ultrapassado. O simples fato de o cônjuge não ter sido um bom marido ou uma boa esposa, não significa também que não será um bom pai ou boa mãe. O Código Civil de 2002 trouxe como regra máxima o interesse do menor, e retirou a culpa como fato determinante para a atribuição da guarda⁹⁴.

Portanto, mesmo que o pai tivesse culpa na separação judicial, mas tivesse melhores condições de cuidar e prover para o filho, a ele deveria pertencer a guarda do menor. Deve-se observar sempre o princípio da proteção ao bem-estar da criança, que não será necessariamente respeitado pelo cônjuge inocente⁹⁵.

⁹¹MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.386.

⁹²LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.190.

⁹³MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.388.

⁹⁴TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.205.

⁹⁵MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.389.

Atualmente, tanto o pai quanto a mãe trabalham fora e possuem renda própria, coisa que antigamente não existia. A figura da mulher como dona de casa passa a ser superada. Os costumes se alteram⁹⁶.

Hoje, podemos observar famílias em que a mulher trabalha e o homem fica em casa cuidando dos filhos. Não há mais porque darmos preferência da guarda à mulher. A guarda deve ser estabelecida visando sempre ao melhor interesse do menor⁹⁷.

Quando o assunto é a guarda, deve-se observar sempre o melhor interesse da criança. Normalmente, cabe aos pais decidir o que é melhor para o seu filho. Todavia, o juiz, com a ajuda do Ministério Público, deve sempre verificar se essa escolha foi de fato a melhor possível, podendo regular de maneira diferente, caso se encontre motivos graves⁹⁸.

Pode-se perder a guarda da criança caso fique comprovado que o guardião, ou alguma outra pessoa de seu convívio familiar, não tratava a criança ou adolescente de forma decente⁹⁹.

Poderá ocorrer a modificação da guarda também, caso se observe o abuso do direito por parte do guardião, quando este “exceder manifestadamente dos limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes”¹⁰⁰.

No caso de abandono afetivo, a guarda pode ser atribuída a outra pessoa desde o nascimento da criança. No Recurso Especial - REsp 275.568, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, cancelou o pátrio poder dos pais biológicos em decorrência de abandono afetivo, e concedeu a guarda à avó da criança¹⁰¹.

No caso do julgado do STJ acima, pudemos perceber que foi do melhor interesse da criança ficar na guarda da avó e não na guarda do pai ou da mãe. Vai se observar quem possuía as melhores condições para atender aos interesses do menor.

A lei 11.698/2008 estipula uma sanção civil no caso de descumprimento sem justificativa tanto da guarda unilateral quanto na guarda compartilhada. Essa sanção

⁹⁶MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.390.

⁹⁷MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.390.

⁹⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.190.

⁹⁹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.191.

¹⁰⁰LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.191.

¹⁰¹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.191.

é criticada, pois ela é capaz de reduzir o número de horas de convivência do genitor faltoso com o filho, podendo ocasionar até mesmo uma alienação parental no caso da guarda unilateral ou comprometer a guarda compartilhada¹⁰².

Portanto, essa sanção somente deverá ser aplicada quando ocorrer reiteradas vezes de o genitor reter a criança além do tempo estipulado de convivência, sem justificativa alguma para os seus atos¹⁰³.

No caso contrário, se o genitor reduzir tempo estipulado de convivência por várias vezes seguidas sem justificativa, este poderá responder por danos morais¹⁰⁴.

2.2. Tipos de Guarda

2.2.1. Guarda Unilateral

Na guarda unilateral, também chamada de guarda exclusiva, a guarda pertencerá exclusivamente a um dos genitores, enquanto o outro terá apenas o direito da regulamentação de visitas e da supervisão¹⁰⁵.

Para Paulo Luiz Neto Lôbo, a guarda unilateral:

“é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. No divórcio judicial convencional os pais podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, se esta resultar no melhor interesse dos filhos; essa motivação é necessária e deve constar do respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio”¹⁰⁶

Essa forma de guarda, que era amplamente adotada, acabava privando o menor da convivência com o outro genitor que não detinha a guarda¹⁰⁷.

¹⁰²LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.191-192.

¹⁰³LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.192.

¹⁰⁴LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.192.

¹⁰⁵TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207.

¹⁰⁶LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.192

¹⁰⁷TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207

Carlos Roberto Gonçalves define a guarda unilateral como sendo o ato em que “um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas, tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores.”¹⁰⁸

A guarda unilateral está prevista no artigo 1.583 do Código Civil¹⁰⁹:

“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 (art. 1.584, § 5º) 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.”

Por *melhores condições* (§2º), devemos entender não pela condição financeira do genitor, mas sim pela relação de convívio da criança com o genitor, o afeto, a educação, o cuidado, a saúde e a segurança do menor¹¹⁰.

O juiz analisará vários fatores que juntos resultem na situação mais adequada para o desenvolvimento da criança. Nenhum fator é necessariamente decisivo para a atribuição da guarda, mas certamente deve-se observar que o melhor interesse da criança reside em quem conseguir lhe assegurar melhores condições de educação, saúde, segurança, afeto e zelo. “Fator relevante deve ser o de menor impacto emocional ou afetivo sobre o filho, para essa delicada escolha”¹¹¹.

Os fatores presentes no §2º do artigo 1.583 do Código Civil, quais sejam: afeto nas relações com o genitor e com grupo familiar, saúde, segurança e educação, não são taxativos. Esses fatores não estão elencados em uma ordem

¹⁰⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.294.

¹⁰⁹BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

¹¹⁰TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207

¹¹¹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.192-193.

preferencial, pois todos têm igual importância¹¹². O juiz pode, em cada caso concreto, decidir qual deles prepondera aos demais. Eles não precisam estar necessariamente todos presentes ao mesmo tempo¹¹³.

Para a análise desses fatores, a simples audiência não resolve. É necessário o auxílio de equipes multidisciplinares para analisar em cada caso a situação da criança para com os genitores¹¹⁴.

Pode ainda o juiz, visando o melhor interesse do menor, atribuir a guarda à uma terceira pessoa que não os pais, quando observar ser esta a melhor opção. Normalmente essa terceira pessoa é um parente próximo. Mas nada obsta que a guarda seja deferida à um parente mais distante se este tiver melhores condições para cuidar da criança¹¹⁵.

“Afinidade, para o fim de guarda exclusiva, não significa parentesco afim (o que se instaura com os parentes do outro cônjuge), mas inclinação e aptidão para cuidar e conviver com criança. Afetividade é a demonstração de relação de afeto que efetivamente existe entre criança e a pessoa que assumirá a guarda. A afetividade deve gozar de preferência até mesmo em relação ao parente próximo.”¹¹⁶

Com isso, pode-se exemplificar que, dependendo do caso, a madrasta ou o padrasto podem ter melhores condições de afinidade e afetividade com o menor, do que um parente mais próximo deste¹¹⁷.

A lei 11.112/2005 tornou obrigatório, na separação consensual, um acordo entre os cônjuges discorrendo acerca do regime de visita dos filhos menores¹¹⁸.

Neste regime de visitas, os cônjuges devem acordar sobre o tempo de permanência do filho com aquele que não tiver o poder de guarda, devendo ser explícito com relação à datas comemorativas e férias escolares¹¹⁹.

Ainda que a lei 11.112/2005 faça referência somente à separação consensual, o juiz deverá se utilizar dela também na separação litigiosa¹²⁰.

¹¹²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.295.

¹¹³LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.193.

¹¹⁴LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.193.

¹¹⁵LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.193.

¹¹⁶LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.193.

¹¹⁷LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.196.

¹¹⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.196.

¹¹⁹MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.401-403.

O direito de visita não deve ser entendido apenas como o direito de visitar o filho no domicílio do genitor que detém a guarda, ou no lugar que este determinar. O direito de visita vai além de simples companhia do pai não guardião. Deve abranger também o dever de fiscalização deste com relação aos cuidados do guardião com seu filho¹²¹.

Cumpra salientar também que o Enunciado n. 333 Conselho de Justiça Federal/STJ trouxe que: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.”¹²²

Houve uma extensão do direito de visita ao menor. Não só seu pai não guardião detém esse direito. Avós, tios, irmãos e até mesmo o padrasto ou madrasta da criança também terão os seus direitos de visita garantidos por lei, caso tenham criado laços de afinidade e afetividade com o menor¹²³.

O direito à visitação não pode ser recusado, ainda que o genitor não detentor da guarda se encontre inadimplente com relação às prestações alimentícias, desde que o descumprimento seja justificado¹²⁴.

Tal direito somente poderá ser retirado caso haja comprovação de que é nocivo ao filho, seja psicologicamente ou fisicamente. Neste caso, mais uma vez temos que observar o melhor interesse do menor. Se a visita de seu genitor não o faz bem, deve-se diminuir o número de visitas, ou se for o caso, até mesmo suprimi-las¹²⁵.

2.2.2. Guarda Alternada

Essa modalidade se caracteriza pela guarda exercida por ambos os cônjuges, porém em momentos diferentes e pré-determinados. Há uma alternância da guarda

¹²⁰LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.196.

¹²¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.295.

¹²²TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.204-205.

¹²³TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.205.

¹²⁴MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.403.

¹²⁵MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil: Direito da Família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.403.

entre os pais. O filho vai passar um número certo de dias na casa da mãe, e um número certo de dias na casa do pai¹²⁶.

Cada um dos pais, quando na guarda do filho, terá a totalidade dos direitos e deveres durante o período em que permanecer com este¹²⁷.

Flávio Tartuce chamou essa guarda de *guarda pingue-pongue* ou *guarda do mochileiro*, em razão dessa alternância de casas¹²⁸.

A guarda alternada é altamente criticada, pois pode trazer confusões psicológicas para a criança¹²⁹ em razão do descumprimento do princípio da continuidade do lar, haja vista que o menor não terá uma residência fixa¹³⁰. Além do que a criança recebe educação diferente na casa do pai e na casa da mãe, o que causa uma enorme confusão na cabeça do menor¹³¹.

Todavia, há entendimento de que, prevalecendo o melhor interesse do menor, não se deve restringir à guarda unilateral ou à compartilhada, podendo aplicar a mais adequada à situação da criança¹³².

2.2.3. Guarda Compartilhada

Com o advento da lei 11.698/2008, houve uma mudança no sistema de guarda dos filhos. Antes dessa lei prevalecia o modelo da guarda unilateral com o direito de visitar do genitor não guardião¹³³.

Todavia, antes mesmo da lei acima mencionada, já se fazia referência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da “inexistência de restrição legal à

¹²⁶GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120-121.

¹²⁷GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120-121.

¹²⁸TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207.

¹²⁹TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207.

¹³⁰GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

¹³¹TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207.

¹³²TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207.

¹³³LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.198.

atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os genitores, depois da ruptura da vida conjugal, sob forma de guarda compartilhada”¹³⁴.

A guarda compartilhada configura como regra no sistema brasileiro atual. É a forma de guarda mais recomendável, pois nela, pai e mãe irão conviver com o filho igualmente¹³⁵. Somente será afastada quando o melhor interesse da criança pedir a guarda unilateral.

O menor terá apenas um domicílio, convivendo sempre que possível com o outro genitor com quem ele não mora. Aqui, ambos os genitores têm direitos e deveres com relação ao poder familiar. Não basta mais apenas a fiscalização e supervisão¹³⁶.

A adoção dessa guarda assegura a “preservação da coparentalidade e corresponsabilidade em relação ao filho, que tem direito de conviver e ser formado por ambos os pais, com igualdade de condições.”¹³⁷

Os pais deverão opinar em todas as decisões em relação a seus filhos, sejam elas existenciais ou patrimoniais. Eles devem estar presentes na vida da criança. E é isso que essa guarda gera. Ela vai incitar um diálogo¹³⁸.

Nos dizeres de Paulo Luiz Neto Lôbo:

“A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Consequentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais-de-fins-de-semana” ou de “mães-de-feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas.”¹³⁹

¹³⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.295.

¹³⁵TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207.

¹³⁶TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.207-208.

¹³⁷LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.200.

¹³⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.200.

¹³⁹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.199.

Essa guarda pressupõe que ambos os genitores exercerão a guarda e deveres e direitos com seus filhos, devendo alternar certos períodos da permanência do menor em sua posse¹⁴⁰.

Apesar de termos avançado com relação à igualdade de direitos entre homens e mulheres, a guarda ainda vem sendo determinada na maior parte das vezes à mãe. Mas esses dados vêm mudando. Para conferir a guarda a alguém, não se olha mais para o sexo e sim para o melhor interesse da criança ou adolescente¹⁴¹.

Para o requerimento desse tipo de guarda, não é mais necessário o consenso entre os genitores. Ela pode ser requerida por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável, ou em medida cautelar (artigo 1.584 do Código Civil)¹⁴².

Quando não houver acordo entre os pais a respeito da guarda, caberá ao juiz a determinação da guarda compartilhada, sempre que possível¹⁴³, observando sempre o melhor interesse da criança ou adolescente.

Contudo, há situações em que não há harmonia entre os guardiões, o que pode acarretar em prejuízos maiores para os filhos, em decorrência de alienações parentais praticadas tanto pelo pai quanto pela mãe¹⁴⁴.

Essa convivência harmônica entre os cônjuges deve ser tida como requisito essencial para a fixação da guarda compartilhada¹⁴⁵.

Ana Carolina Silveira Arkel preleciona:

“Parece-nos uma tarefa árdua e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise a atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo”¹⁴⁶.

¹⁴⁰TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.209.

¹⁴¹TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.209.

¹⁴²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.297.

¹⁴³LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.199.

¹⁴⁴TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.211.

¹⁴⁵TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.210.

¹⁴⁶AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: Um Avanço para a Família*. São Paulo: Atlas, 2009, p.126.

Acompanhamento psicológico e a mediação são elementos importantes para que essa guarda possa trazer apenas benefícios para o menor¹⁴⁷. Faz-se necessário também o trabalho do juiz junto com o da equipe multidisciplinar, para que se possa superar os conflitos e para que haja um convencimento dos pais¹⁴⁸.

Na guarda compartilhada, como ambos os pais detém o poder familiar, os dois responderão civilmente pelos danos causados pelo seu filho menor a terceiros¹⁴⁹.

É comprovado que a presença de ambos os pais no crescimento e amadurecimento da criança diminui as chances que estas venham a ter problemas emocionais no futuro¹⁵⁰.

A adoção dessa guarda traz benefícios não só para os filhos, que poderão ainda conviver tanto com seu pai quanto com a sua mãe, como também para os genitores, que poderão participar ativamente na vida de seu filho¹⁵¹.

¹⁴⁷TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.211.

¹⁴⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.201.

¹⁴⁹TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.212-213.

¹⁵⁰LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.201.

¹⁵¹TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.213.

3. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA OS ANIMAIS

A família moderna é formada pelos pais, sejam eles de sexo diferentes ou não, casados ou sob união estável. Antes, havia uma hierarquia na família, mas isso mudou com o passar do tempo. Hoje, podemos observar uma igualdade entre os membros de uma mesma família, em que o único objetivo é a felicidade recíproca.

Com essas mudanças na figura familiar, surgiu também a relação socioafetiva. Vamos estudar em um primeiro momento sobre a filiação socioafetiva e as responsabilidades dos pais perante esses filhos “de consideração”.

Com isso em mente, poderemos passar para uma análise mais moderna em que famílias tratam os animais como se filhos fossem, gastando o mesmo que se gastaria com um filho, e amando o animal incondicionalmente.

Ainda que sejam seres irracionais, os animais também têm sentimentos.

3.1. Animais domésticos e o afeto familiar

3.1.1. Filiação socioafetiva

Para entendermos esse termo “filiação socioafetiva”, temos que primeiramente entender o conceito de afetividade.

Para a doutrinadora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf¹⁵², afetividade é:

“a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como laço criado entre os homens que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.”¹⁵³

João Batista Villela complementa ainda dizendo que:

“A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o

¹⁵²MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 18.

¹⁵³CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.”¹⁵⁴

O artigo 1593 do Código Civil traz a definição de parentesco: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”¹⁵⁵.

A doutrina vai analisar tal artigo e ir além do que está escrito na lei para estendê-lo e acrescentar as relações de parentesco socioafetivo na interpretação do dispositivo¹⁵⁶.

Temos por filiação socioafetiva uma relação, como o próprio nome já diz, de afeto, como é o caso do filho adotivo, do filho de criação, do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, e da “adoção à brasileira”¹⁵⁷.

Com o filho de criação, não se tem um vínculo jurídico como no caso do filho adotivo. Os pais simplesmente escolhem criar uma criança ou adolescente, cuidando como se filho fosse, proporcionando sempre o melhor para o menor, em um ambiente familiar¹⁵⁸.

No caso do filho de criação, o único vínculo que os une é o afeto. A jurisprudência se diverge no que diz respeito aos efeitos jurídicos dessa filiação. Uma parte entende que o filho de criação não pode ser equiparado ao filho biológico ou adotado para fins legais, como a herança, e a outra parte entende que essa relação gera efeitos jurídicos sim¹⁵⁹.

A adoção de fato, que é o caso do filho de criação, é na maioria das vezes preparatória para a adoção jurídica. Acontece que muitas vezes padrastos e madrastas são mais presentes que os próprios pais ou mães biológicos¹⁶⁰.

¹⁵⁴VILLELA, João Batista. *Família Hoje*. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.85.

¹⁵⁵BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

¹⁵⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.311.

¹⁵⁷WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.147-148.

¹⁵⁸WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.148.

¹⁵⁹WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.148-149.

¹⁶⁰CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

Christiano Cassettari faz referência à chamada “família mosaico”, em que há filhos do atual relacionamento e dos anteriores. Nessas famílias, muitos acabam por assumir funções de pais e mães, criando assim, laços de afetividade¹⁶¹.

Quando a pessoa reconhece o filho de livre e espontânea vontade perante um Cartório de Registro Civil, não é necessária comprovação genética daquele fato. A necessidade dessa comprovação ocorre no caso uma “adoção de fato”, em que só se poderá invalidar esse registro, caso se comprove que agiu sob coação e não de forma livre¹⁶².

Quando se reconhece de forma voluntária, esse “pai jurídico”, independentemente de ser biológico ou não, arcará com as responsabilidades afetivas e materiais do filho afetivo¹⁶³.

A adoção à brasileira, quarto e último tipo de filiação socioafetiva, ocorre quando “alguém reconhece a paternidade ou a maternidade biológica, mesmo não o sendo, cuja conduta é tipificada como crime”. Se a conduta ocorreu de forma livre e espontânea, tal ato é irretratável, pois com ele surge a figura da filiação socioafetiva¹⁶⁴.

Sobre a formação da posse do estado de filho, Jorge Fugita afirma que:

“Ela se traduz pela demonstração diuturna e contínua da convivência harmoniosa dentro da comunidade familiar, pela conduta afetiva dos pais em relação ao filho e vice-versa, pelo exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, visando ao resguardo, sustento, educação e assistência material e imaterial do filho.”¹⁶⁵

Belmiro Pedro Welter discorda da jurisprudência e da doutrina com relação à nomenclatura de “posse” dada a um estado do filho e a posse dos direitos reais por várias razões. Ele diz que:

“- a primeira, não se trata de posse de estado de filho, mas, sim, de estado de filho afetivo, cujo vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de

¹⁶¹CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

¹⁶²WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.149-150.

¹⁶³WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.150.

¹⁶⁴WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.150-151.

¹⁶⁵FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009, p.113.

domínio, e sim de amor, de ternura, de respeito, de solidariedade, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia. Enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo;

- a segunda, equiparar a posse a dos direitos reais à de estado de filho, inclusive com os mesmos requisitos dos artigos 1.238 a 1.244 do CC de 2002, é demonstrar o firme propósito de manter a antiga coisificação e monetarização do filho, a mesma estrutura familiar do medievo, da família patriarcal, principalmente da família romana, em que o pai detinha a posse e a propriedade do filho, da mulher e dos escravos, com poderes sobre eles de vida e de morte;

- a terceira, a família afetiva está inundada pelos mesmos propósitos da família biológica, ou seja, 'a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético'. É uma imagem bifronte, uma refletindo a outra, com comunhão plena de vida entre ambas as famílias, porque a família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética e vice-versa, porquanto o que importa é a manutenção contínua dos vínculos do amor, carinho, desvelo, ternura, solidariedade, que sustentam, efetivamente, o grupo familiar.

(...)

- a quarta, no estado de filho afetivo, devem ser cumpridas as mesmas condições do estado de filho biológico, já que a filiação é uma imagem refletida entre pais e filho, sem discriminação, sem identificar-se com a voz do sangue ou a voz do coração, porquanto, quando uma pessoa, 'constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu'. E isso não é posse e nem domínio, mas, sim, a edificação do estado de filho, do estado de afeto."¹⁶⁶

Com isso, pode-se observar o quão importante é a afetividade em uma relação familiar.

Segundo o doutrinador Orlando Gomes, para adquirir o status de filho adotivo, deve o filho: a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores, também conhecida como requisito *nominatio*; b) ter recebido continuamente o tratamento de filho, também chamado de requisito *tratactus*; c) ter sido constantemente

¹⁶⁶WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.153-154.

reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho, chamado pela doutrina de *reputatio*¹⁶⁷.

Para a doutrina majoritária, o *nominatio* é dispensado, sendo apenas necessários os requisitos *tractatus* e *reputatio*, uma vez que o filho é quase sempre identificado pelo seu prenome¹⁶⁸.

Segundo alguns doutrinadores, o tratamento de filho é o requisito de mais valor, já que será esse tratamento que influenciará na sua formação como ser humano¹⁶⁹.

É difícil estabelecer um prazo para a estado de filho afetivo. Entende-se que a melhor forma para apurar tal estado, é analisar cada caso individualmente, observando o tempo passado, o tempo presente e o tempo futuro¹⁷⁰.

Na ação de investigação de paternidade, pode-se utilizar de todos os meios de provas admitidos, como a prova testemunhal, documental e pericial¹⁷¹.

Belmiro Pedro Welter discorda da unanimidade da prova do estado de filho afetivo, pois entende que nesse caso, a prova testemunhal é difícil de se obter e nem sempre pode trazer a verdade. Recomenda-se pois, que “o processo de investigação de paternidade e/ou maternidade afetiva não seja julgado exclusivamente com base em prova testemunhal, mas também concatenado em alguma prova documental.”¹⁷²

3.1.2. Animais domésticos e o afeto familiar

Podemos observar que cada vez mais os animais estão ganhando espaço na família. Isso ocorre pelo crescimento de afeto e apego que as pessoas estão tendo pelos seus bichinhos.

¹⁶⁷GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.311.

¹⁶⁸CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 36.

¹⁶⁹WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.157.

¹⁷⁰WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.158-159.

¹⁷¹WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.160.

¹⁷²WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.162.

Tem famílias que tratam os animais como se filhos fossem, gastando por mês o mesmo tanto que gastariam com seus próprios filhos. Pode-se dizer inclusive que esses animais estão virando membros da família.

O comércio voltado para os animais de estimação, tem crescido pelo mundo inteiro. Podemos encontrar spas exclusivos para os bichos, funerárias, cemitérios, lojas especializadas em comidas, e até mesmo roupas e jóias específicas para eles¹⁷³.

Há casos em que o afeto é tão grande com o animalzinho que o dono o coloca como herdeiro em seu testamento. É o caso do pastor alemão Gunther IV, que recebeu uma fortuna de U\$ 372 milhões quando sua dona, a condessa alemã Karlotta Liebenstein faleceu¹⁷⁴.

Em conversa com o Sr. Dr. Marco Aurélio Ubiali, deputado federal que representa o PL 1058/11, sobre o direito a guarda dos animais, afirmou que, como médico neurocirurgião, teve a oportunidade de conhecer pessoas que, após a fim do casamento, tiveram que ficar longe de seus animais e acabaram entrando em depressão.

Danilo Busseni, administrador de empresas, em entrevista a um *site* na internet, disse que após sua separação, pegava os dois cachorros que tinha junto com sua ex-esposa na sexta feira, e os devolvia no domingo¹⁷⁵.

No caso de Danilo, foi possível estabelecer essa guarda compartilhada dos seus cachorros sem precisar entrar na justiça. Mas assim como no caso de guarda dos filhos, nem sempre o casal consegue entrar em um consenso em relação à guarda dos animais, precisando nesses casos, buscar o judiciário para que seja analisado quem possui melhores condições para obter a guarda.

¹⁷³VENTURA, Layse. *Filho pobre, cão rico: Animais de estimação tratados como humanos recebem herança milionária*. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opinio/tendencias-debates/filho-pobre-cao-rico-animais-de-estimacao-tratados-como-humanos-recebem-heranca-milionaria/>>. Acesso em 06 set. 2014.

¹⁷⁴VENTURA, Layse. *Filho pobre, cão rico: Animais de estimação tratados como humanos recebem herança milionária*. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opinio/tendencias-debates/filho-pobre-cao-rico-animais-de-estimacao-tratados-como-humanos-recebem-heranca-milionaria/>>. Acesso em 06 set. 2014.

¹⁷⁵NORDI, Danielle. *Animais de estimação passam de bens a "filhos" em divórcio*. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/comportamento/separacaodivorcio/animais-de-estimacao-passam-de-bens-a-filhos-em-divorcios/n1597179929712.html>>. Acesso em: 06 set. 2014.

Na sua separação, a farmacêutica Natália Rodrigues e seu ex-marido também conseguiram decidir como seria decidida a guarda da sua cachorra, sem ter que apelar para a justiça:

“O animal também não sabe distinguir o que está acontecendo. Ah... está separando, vou morar com um ou com outro. E ele sente a falta dos dois. Ela esteve internada esses dias e ele veio visitar depois que ela saiu do veterinário, e ela ficou em uma alegria, pulando e saltitando, porque lembra.”¹⁷⁶

O engenheiro Josebel Rubin e sua ex-mulher, Vilma Lúcia Fernandes, possuem um bom relacionamento hoje graças ao seu carinho mútuo por Brooks, cachorro da família. Ambos conseguiram, de forma amigável, entrar em um acordo sobre a guarda do animalzinho. Brooks fica de duas a 3 semanas direto na casa de cada um e eles se falam regularmente sobre assuntos como a saúde e os cuidados com o cachorro¹⁷⁷.

Com a corretora Alessandra o caso foi diferente. Depois da sua separação, seu ex-marido não quis nem saber do cachorro Hidalgo, que ficou na guarda da corretora, pois era essa quem alimentava, cuidava e passeava com o cachorro. Ocorre que Hidalgo sentiu a separação e adoeceu em decorrência disso, mas ainda assim o ex não demonstrou interesse em visitar seu cãozinho. Nesse caso, Hidalgo ficou sobre a guarda unilateral de Alessandra¹⁷⁸.

O Desembargador Lourival Serejo, em seu artigo escrito ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), contou a história de uma mulher que teve que viajar para outra cidade para visitar seu filho, deixando em casa seu papagaio que, devido a sua ausência, entrou em depressão. Essa mulher se viu diante da decisão de ficar mais com seu filho ou ir cuidar de seu animal. Acabou por escolher voltar e ficar com

¹⁷⁶MIRANDA, Tiago. *Projeto Regulamenta guarda de animais em casos de separação ou divórcio*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/471413-PROJETO-REGULAMENTA-GUARDA-DE-ANIMAIS-EM-CASOS-DE-SEPARACAO-OU-DIVORCIO.html>>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁷⁷BARROS, Isabela. *Dividir a guarda do cachorro é boa opção para casais após a separação*. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2013/07/30/dividir-a-guarda-do-cachorro-e-boa-opcao-para-casais-apos-a-separacao.htm>>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁷⁸GUIMARÃES, Danúbia. *Divórcio: quem fica com a guarda do bichinho*. Disponível em: <<http://www.petmag.com.br/6509/divorcio-quem-fica-com-a-guarda-do-bichinho>>. Acesso em: 06 set. 2014.

seu bichinho. Conta o desembargador que só de ouvir a voz da mulher pelo telefone, o papagaio se acalmava¹⁷⁹.

O caso acima demonstra que os animais também têm sentimentos e também sentem a presença e ausência das pessoas que moram com eles e lhes dão atenção e carinho. Com o divórcio, alguém tem que sair de casa, e o animal sente essa mudança, podendo inclusive entrar em depressão ou ter sérias alterações de comportamento

Em uma pesquisa para a Emory University, nos Estados Unidos, o professor de neuroeconomia, Gregory Berns, fez uma pesquisa para entender o cérebro dos cachorros e descobrir o que eles pensam sobre as pessoas e sentem¹⁸⁰.

Após muitos testes, o professor chegou à conclusão que os cães usam a mesma parte do cérebro que os humanos para sentir. Pôde ainda com isso, concluir também que os cachorros possuem um nível de sensibilidade comparável à de uma criança humana¹⁸¹.

Richard Pitcairn, escritor e veterinário, com relação aos sentimentos dos animais, reitera que:

“É uma verdade inegável o fato de que os animais têm estados emocionais e sentimentos. Quem convive com eles pode ver isso facilmente, embora não seja algo de que as pessoas precisam estar intelectualmente convencidas. Não existe dúvida, na minha mente, de que os animais apresentam o mesmo leque de emoções que as pessoas: amor, medo, raiva, tristeza, alegria, e assim por diante”¹⁸².

Nas palavras do Senhor Desembargador do Estado do Maranhão, Lourival Serejo:

“Apesar de toda a corrida do mundo moderno em que vivemos, ninguém pode viver sem dar ou receber afeto. E por falta de gente, de parentes e amigos, essa força do sentimento reprimido que se acumula no coração de uma pessoa volta-se para um ente

¹⁷⁹SEREJO, Lourival. *Animais domésticos e o afeto familiar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/831/Animais+dom%C3%A9sticos+e+o+afeto+familiar>>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁸⁰DARAYA, Vanessa. *Cachorros tem sentimentos como os humanos, diz estudo*. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/ciencia/2013/10/cachorros-tem-sentimentos-como-os-humanos-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁸¹DARAYA, Vanessa. *Cachorros tem sentimentos como os humanos, diz estudo*. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/ciencia/2013/10/cachorros-tem-sentimentos-como-os-humanos-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁸²FOLLAIN, Martha. *Emoções nos animais*. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/31/05/2009/emocoes-nos-animais>>. Acesso em: 06 set. 2014.

irracional que, por intuição natural, capta essa dedicação e sabe explorar esse privilégio. De fato, esses animais estão passando à categoria de filhos de criação. Antes de achar exagero essa previsão, o leitor deve passar por Copacabana, onde se encontram as maiores exposições de conforto e apego a cachorros e cachorrinhos de todas as raças, por homens, mulheres e babás.”¹⁸³

Talvez com essas novas evidências, possam não só os cachorros, como também outros animais, serem vistos como seres dotados de sentimentos, e não como propriedades dos humanos.

3.2. Projeto de Lei 1058/11

O Projeto Lei (PL) 1058/11 foi inicialmente apresentado pelo Deputado Márcio França e agora tramita na Câmara dos Deputados com a representação do Deputado Federal Dr. Ubiali do PSB/SP.

O projeto tem em mente que, com o fim da vida conjugal do casal, surgem problemas como a partilha de bens, a guarda dos filhos, as obrigações e, atualmente, a guarda dos animais de estimação.

A nova família abrange não só mais os ascendentes e descendentes. A figura do animalzinho de estimação entrou nesse cenário também causando discussão sobre com quem ele deve ficar após a separação e quais as obrigações de cada um com relação a ele.

Acontece que os animais são criados pela família como se filhos fossem, o que causa uma verdadeira briga quando não há consenso sobre a guarda.

Os animais na legislação brasileira são tratados como objetos e, portanto, na separação litigiosa são incluídos no rol de bens a serem partilhados entre o casal.

O Deputado Marcio França é contra a “coisificação” do animal criando, assim, esse projeto, a exemplo do que vem acontecendo em outros países, como será demonstrado mais adiante.

O PL 1058/11, em seu artigo 2º dispõe que:

“Art. 2º Decretada a separação judicial ou o divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais de estimação, será ela atribuída a quem revelar ser o

¹⁸³SEREJO, Lourival. *Animais domésticos e o afeto familiar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/831/Animais+dom%C3%A9sticos+e+o+afeto+familiar>>. Acesso em: 06 set. 2014.

seu legítimo proprietário, ou, na falta deste, a quem demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável. Parágrafo único Entende-se como posse responsável os deveres e obrigações atinentes ao direito de possuir um animal de estimação.”¹⁸⁴

O artigo aqui leva em consideração, em tese, as mesmas condições que devem ser observadas na decisão de guarda da criança, que deve sempre priorizar o melhor interesse do menor e, nesse caso, do animal.

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei, consideram-se animais de estimação todos aqueles pertencentes às espécies da fauna silvestre, exótica, doméstica ou domesticada, mantidos em cativeiro pelo homem, para entretenimento próprio ou de terceiros, capazes de estabelecerem o convívio e a coabitação por questões de companheirismo, afetividade, lazer, segurança, terapia e demais casos em que o juiz entender cabíveis, sem o propósito de abate.”¹⁸⁵

O artigo 3º é meramente exemplificativo, pois ele apenas menciona algumas possibilidades para a aplicação do projeto de lei.

Esse artigo abrange não apenas os cachorros e gatos, como também animais exóticos, como as iguanas, por exemplo. Como já dito, não é um rol taxativo e excludente, podendo incluir aqui diversas espécies de animais.

E o artigo 3º esclarece que os animais sejam para o próprio entretenimento, o que exclui animais de exposição ou tidos para fins de exploração comercial. Animais criados com o propósito de abate não se enquadram no artigo acima. Portanto, os porcos criados unicamente para a venda de salsicha, não poderiam ser objeto de discussão em uma ação de guarda de animais.

“Art. 4º A guarda dos animais de estimação classifica-se em:
I – Unilateral: quando concedida a uma só das partes, a qual deverá provar ser seu legítimo proprietário, por meio de documento de registro idôneo onde conste o seu nome;
II - Compartilhada, quando o exercício da posse responsável for concedido a ambas as partes.”¹⁸⁶

¹⁸⁴BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁸⁵BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁸⁶BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781>

Ao contrário de como ocorre na guarda de criança, em que é possível três tipos de guardas (a unilateral, a alternada e a compartilhada), na guarda dos animais só é cabível duas, quais sejam, a guarda unilateral e a compartilhada.

O documento referido inciso I do artigo, diz respeito ao Registro Geral Animal (RGA), recibos de veterinário e carteiras de vacinação, onde constem o nome do dono. Caso não possua os documentos acima, pode-se fazer prova de tudo que esteja relacionado ao animal¹⁸⁷.

“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.”¹⁸⁸

Não basta apenas querer a guarda do animal. Deve-se cumprir os requisitos presentes no artigo 5º do projeto de lei. O animal precisa de atenção, cuidados e carinhos como se pessoa fosse.

O cônjuge que apresentar maior capacidade e condições para cuidar do bichinho e proporcionar seu melhor bem-estar, ficará incumbido da guarda.

“Art. 6º Na audiência de conciliação, o juiz informará às partes a importância, a similitude de direitos, deveres e obrigações a estes atribuídos, bem como as sanções nos casos de descumprimento de cláusulas, as quais serão firmadas em documento próprio juntado aos autos.

§ 1º Para estabelecer as atribuições das partes e os períodos de convivência com o animal sob a guarda compartilhada, o juiz poderá basear-se em orientação técnico-profissional para aplicação ao caso concreto;

§ 2º Na guarda unilateral, a parte a que não esteja o animal de estimação poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia, podendo, ainda, fiscalizar o exercício da posse da outra parte, em atenção

A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁸⁷NORDI, Danielle. *Animais de estimação passam de bens a “filhos” em divórcio*. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/comportamento/separacaodivorcio/animais-de-estimacao-passam-de-bens-a-filhos-em-divorcios/n1597179929712.html>>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁸⁸BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 06 set. 2014.

às necessidades específicas do animal, e comunicar ao juízo no caso de seu descumprimento;

§ 3º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado das cláusulas da guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, bem como a perda da guarda em favor da outra parte;

§ 4º Se o juiz verificar que o animal de estimação não deverá permanecer sob a guarda de nenhum de seus detentores, deferirá a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, consideradas as relações de afinidade e afetividade dos familiares, bem como o local destinado para manutenção de sua sobrevivência.”¹⁸⁹

Ambos os cônjuges terão deveres e obrigações com o animal, seja na guarda unilateral como na guarda compartilhada. Caso haja descumprimento das cláusulas estipuladas pelo juiz, caberá sanção.

Na guarda unilateral, ainda que uma das partes não esteja com a guarda do animal, deve sempre fiscalizar a posse da outra parte, devendo comunicar o juiz caso observe algum descumprimento às necessidades do animal.

O artigo 6º prevê também a possibilidade em que nenhuma das partes possua condições de cuidar do animal. Neste caso, o animal será encaminhado para outra pessoa apta a cuidar dele. Essa nova guarda será preferencialmente deferida a pessoas que melhor tenham relação de afetividade e afinidade com os detentores do animal.

“Art. 7º Nenhuma das partes poderá, sem a anuência da outra, realizar cruzamento, alienar o animal de estimação ou seus filhotes advindos do cruzamento, para fins comerciais, sob pena de reparação de danos.

Parágrafo único Os filhotes advindos do cruzamento dos animais de estimação a que fazem jus as partes, deverão ser divididos em igual número, quando possível, ou em igual montante em dinheiro, calculado com base na média do preço praticado no mercado, para a satisfação da dívida.”¹⁹⁰

Ainda que as partes não residam mais sob o mesmo teto, é necessária a concordância da outra parte para as decisões referentes ao cruzamento e venda de

¹⁸⁹BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹⁹⁰BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 06 set. 2014.

seu animal ou filhotes dele. Caso essa medida seja descumprida, caberá indenização.

Com relação aos filhotes do animal, as partes têm duas opções cabíveis. Eles poderão dividir em igual número os filhotes ou, caso resolvam vendê-los, repartirão igualmente o montante em dinheiro recebido.

“Art. 8º A parte que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo o animal de estimação, que só lhe poderá ser retirado por mandado judicial, provado que não está sendo tratado convenientemente ou em desacordo com as cláusulas, conforme despacho do juiz.

Art. 9º Havendo motivos justos, poderá o juiz, com cautela e ponderação, fazer uso de outras medidas não tratadas nesta Lei, a bem dos animais de estimação.”¹⁹¹

Mesmo que uma das partes se case novamente, isso não significa que haverá a perda da guarda. Para haver a perda é necessário que seja comprovado que o animal não esteja sendo tratado de forma adequada, ou então que haja violação das cláusulas. Caso se verifique isso, poderá o juiz editar um mandado retirando o direito à guarda do animal.

Poderá o juiz também, sempre de forma motivada e visando o bem estar dos animais de estimação, ir além dessa lei para buscar melhores medidas, usando o bom senso e sua livre convicção.

Conforme o artigo 10 da lei 1058/11, quem fará a fiscalização e o controle do que dispõe essa lei serão as Secretarias e Delegacias vinculados ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, as Gerências de Zoonoses vinculadas ao Ministério ou as Secretarias Estaduais de Saúde, ao IBAMA e a Sociedade Protetora de Animais.

O Projeto Lei 1058/11 já foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) e atualmente está aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

¹⁹¹BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 06 set. 2014.

3.3. Análise do direito comparado

Em alguns países, o animal já não é mais visto como um mero objeto. Podemos inclusive dizer que tais mudanças foram uma evolução para o Direito.

Vejamos como ocorreu essa mudança em alguns países e o entendimento em alguns tribunais estrangeiros a respeito do assunto.

3.3.1. Análise da legislação estrangeira

Para fazer essa análise, foi usado como base um artigo da Helena Tellino Neves Godinho que explica perfeitamente a evolução no Direito de alguns países com relação à maneira que o animal é visto pela legislação, e sobre como o Direito tem que mudar de acordo com as mudanças da sociedade.

A Áustria foi o primeiro país a aprovar, em 1988, uma Lei Federal sobre o estatuto jurídico do animal. O Código Civil austríaco em seu §285 trata do conceito de coisa, na qual se inserem tanto as coisas corpóreas, quanto as incorpóreas¹⁹².

Posteriormente, foi introduzido o §285a, que tira essa imagem de “coisa” do animal e o defende dizendo que estão protegidos por lei especial. Porém, as normas relativas a coisas ainda são aplicáveis a eles, contanto que não existam disposições divergentes¹⁹³.

Essa mudança, vai acarretar em outras transformações no conceito de coisas e no que tange às obrigações de indenização. Por exemplo, caso o animal seja ferido, são devidas as despesas com o tratamento, ainda que estas excedam o valor do animal¹⁹⁴.

Não foi só na Áustria que teve essa mudança. A Alemanha também introduziu no Código Civil, em 1990, o §90a que, assim como no Código Civil austríaco, afirma que os animais não são coisas, e estão sob a proteção de leis especiais, aplicando-se, de forma análoga, disposições acerca das coisas¹⁹⁵.

¹⁹²GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

¹⁹³GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

¹⁹⁴GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

¹⁹⁵GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

O ordenamento alemão vai dispor que o dono de animais deverá obedecer as normas estabelecidas para proteção de seus bichinhos¹⁹⁶.

No que tange ao Processo Civil alemão, está previsto em seu §765a que, na decisão judicial que afetar um animal, deve o tribunal respeitar a responsabilidade do homem pelo animal. Em outras palavras: “os animais criados na esfera doméstica e que não tenham fins lucrativos não podem ser objeto da penhora.”¹⁹⁷

Seguindo a mesma linha que a Áustria e a Alemanha, a Suíça também alterou o seu Código Civil em 2003, dispondo em seu artigo 641a que os animais não são coisas, mas que, por analogia, poderão ser aplicadas aos animais as mesmas disposições previstas para as coisas, salvo preceitos em contrário¹⁹⁸.

O Código das Obrigações suíço prevê uma indenização aos donos ou familiares em caso ferimento ou morte do animal doméstico. É possível também, em caso de divórcio ou partilha da herança, decidir quem possua melhores condições para cuidar do animal. E assim como na Alemanha, na Suíça a apregoa a impenhorabilidade dos animais de estimação¹⁹⁹.

Os Código Civis austríaco, alemão e suíço, visam com as suas mudanças proteger melhor o animal, retirando-o da categoria de coisas²⁰⁰.

Entendemos que os animais não são humanos, mas são dotados de sentimentos. Eles não são coisas. Porém, no mundo jurídico recebem esse tratamento. Não faria sentido tirar o animal da nomenclatura de coisa, para depois aplicar a ele o regime da coisa²⁰¹.

Esse tema do “animal coisa” é um assunto muito polêmico, que acaba trazendo dificuldades para os Tribunais. Em algumas decisões eles trazem o animal

¹⁹⁶GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

¹⁹⁷GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

¹⁹⁸GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

¹⁹⁹GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

²⁰⁰GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

²⁰¹GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

estritamente sob a ótica de coisa móvel e em outras eles consideram a natureza de ser vivo do animal²⁰².

“A qualificação do animal como coisa defronta-se, assim, com três obstáculos essenciais. O primeiro deles seria a aparente contradição entre proteção da sensibilidade animal e o direito de propriedade: protegido por si só, o animal é protegido eventualmente até contra seu proprietário. Nunca ninguém imaginou que o direito de propriedade seria limitado a favor da própria coisa. O animal protegido contra maus tratamentos praticados por seu dono, por exemplo, faz com que seja juridicamente difícil continuar a defini-lo como coisa e apresentado ao direito de propriedade. Há uma aparente incompatibilidade entre o direito de propriedade e a limitação no interesse da própria coisa.

Traçando-se um paralelo com a limitação do direito de propriedade em razão da sua função sócio-ambiental, observa-se que aí o objetivo não é a proteção de um interesse da própria coisa, mas sua proteção em benefício de um interesse da comunidade. A aptidão do animal em sentir prazer e sofrer, para alguns, pode conferir-lhe interesses e, neste caso, a limitação da propriedade resultaria do próprio interesse do animal em preservar sua vida e integridade física.

Isso fica mais evidente no caso do animal abandonado ou dos animais selvagens, no qual o pouco por se tratar de agressão à propriedade alheia (uma vez que estes animais não são propriedade exclusiva de ninguém). Esta proteção resulta, conjuntamente, da dimensão difusa do animal enquanto componente do meio ambiente, ou seja, enquanto bem ambiental necessário à vida humana e da dimensão individual do animal (tutelado em si e por si mesmo) .

Enquanto componente do ambiente e necessário para manutenção do equilíbrio e da vida do planeta, o animal possui também uma dimensão imaterial para o homem. Há uma dependência simbiótica entre humanos e animais. O que queremos deixar estabelecido é que tanto quanto há normas de conduta referentes aos animais, as quais se justificam em função de direitos das pessoas (sejam estes individuais ou difusos), há também regras que só se justificam em face de certas prerrogativas atribuídas ao próprio animal. Neste caso, não parece que a proibição do tratamento cruel exista somente em prol de um meio ambiente equilibrado.

O segundo obstáculo da classificação dos animais como coisas seria o reconhecimento normativo de condições de vida ditadas por imperativos biológicos decorrentes da capacidade de sofrer: não existe nenhuma outra coisa pela qual as pessoas tenham obrigação legal de assegurar a existência digna, evitando o sofrimento desnecessário. Acentua-se a necessidade de considerar os animais por si só merecedores de tutela, independentemente da capacidade de satisfazer as exigências humanas.

O último deles seria uma concepção moderna do animal pelo Direito, que incluiria novos parâmetros, antes ignorados: o valor não apenas comercial e econômico do animal, mas também o

²⁰²GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

valor afetivo. Por ser vivo e demonstrar emoções, o animal possuiria um valor intrínseco.”²⁰³

As reformas nos Códigos Civis suíço, alemão e austríaco, foram criticadas por alguns doutrinadores alegando que elas não trouxeram melhorias para a situação jurídica dos animais. Reforçaram afirmando que tais reformas foram puramente simbólicas, não possuindo conteúdo jurídico real²⁰⁴.

Porém, analisando pelo ponto de vista teleológico, podemos dizer que essas mudanças foram um marco para a evolução do Direito, na qual o animal passou a ser visto como um ser vivo que merece mais proteção do que uma simples coisa.²⁰⁵

3.3.2. Análise da jurisprudência estrangeira

3.3.2.1. Caso Vargas x Vargas²⁰⁶

Nos Estados Unidos, apesar de também não haver lei expressa que regulamente o assunto, os tribunais já vêm há algum tempo debatendo sobre a guarda do animal nos casos de divórcio.

No estado de Connecticut em 1999, o tribunal concedeu a guarda do rotweiler do casal, Ruckerfeller, para a mulher, apesar de o cachorro estar registrado no nome do marido.

A mulher havia dado o cachorro de presente para o marido e registrado no nome dele. Durante o processo, o cachorro se encontrava na casa da mulher.

Dentre outras discussões no pedido de divórcio, o casal brigava também pela guarda de Ruckerfeller. Segundo o homem, o cão, que na data dos fatos tinha 5 anos de idade, havia sido treinado por ele. Porém, ele também admitiu que, em vezes, era muito rigoroso com o cão.

²⁰³GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

²⁰⁴GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

²⁰⁵GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

²⁰⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Superior de Connecticut. *Vargas x Vargas*. Connecticut, 01 de dezembro de 1999. Disponível em: <<https://www.animallaw.info/case/vargas-v-vargas>>. Acesso em: 06 set. 2014 (tradução nossa).

Em seu depoimento, a mulher discordou de que o marido que havia treinado o cão. Segundo ela, era ela que havia não só treinado o cachorro, como também o criado, e que ela e Rockefeller tinham uma ótima relação.

Alegou ainda que o homem não tratava o animal bem, e que quando eles estão juntos, o cachorro tenta fugir do homem.

O marido estava residindo na casa do irmão, onde moravam crianças e havia sucatas espalhadas pelo jardim, além de que o irmão também recebia diversas visitas. A preocupação da mulher era que o rotweiler não se dava muito bem com crianças.

A mulher tinha a preocupação de que se o marido ficasse com o cachorro, ele daria o animal para outra pessoa, ou seria capaz até mesmo de atirar nele.

Diante das circunstâncias e visando ao melhor interesse do cachorro e quem tinha mais condições de cuidar dele, o tribunal concedeu a guarda do cachorro à mulher, apesar de o cachorro estar registrado em nome do homem.

3.3.2.2. Juelfs x Gough²⁰⁷

Na ação de divórcio de Julie e Stephen, a justiça do Alaska concedeu guarda compartilhada do cachorro do casal, Coho. Devido a desentendimento do cachorro com outros cães na vizinhança de Julie, a corte deu a guarda de Coho para Stephen, com o direito à visita de Julie e, posteriormente, concedeu a guarda única para o marido.

Em seu depoimento, Julie afirmou que “um animal não é só uma coisa, mas ocupa um lugar especial entre uma pessoa e um pedaço de propriedade pessoal”. Foi isso que ela alegou ao recorrer da decisão que concedeu a guarda única para o seu ex-marido.

Segundo Julie, Stephen não estava permitindo que ela tivesse o tempo determinado judicialmente com Coho. Stephen respondeu a essa acusação alegando que os outros cachorros na residência de Julie estavam ameaçando a vida de Coho. Posteriormente, alegou que durante uma das brigas dos animais, o namorado de Julie separou os cachorros puxando Coho pela perna, o que

²⁰⁷ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Alaska. *Juelfs x Gough*. Alaska, 15 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.animallaw.info/case/juelfs-v-gough>>. Acesso em: 06 set. 2014 (tradução nossa).

ocasionou no deslocamento do cotovelo do cachorro, necessitando que ele ficasse sobre constante observação e cuidado.

Em decorrência a uma visita de Julie a Coho sem a autorização de Stephen, o ex-marido entrou com uma ordem de restrição contra Julie. Em oposição, Julie requereu uma revisão da decisão de custódia.

O juiz decidiu que, apesar da tentativa de permissão da visita de Julie a Coho, era óbvio que não havia dado certo. A corte decidiu que seria melhor que Julie e Stephen não mantivessem mais contato um com o outro.

A corte reafirmou a sua decisão concedendo a guarda de Coho a Stephen sob o argumento de que Julie não teria direitos com relação ao animal e que, portanto, não poderia exigir direito de visita ou pegar o cão de seu ex-marido. Posteriormente, a corte impôs uma ordem de restrição de seis meses entre o ex-casal e proibiu qualquer contato entre eles que não fosse pelo Conselho.

3.3.2.3. Arrington x Arrington²⁰⁸

Um casal do Texas, em sua ação de divórcio, entrou em um acordo com relação aos direitos de visitação de seu cachorro, o que o tribunal incorporou na decisão. A esposa foi apontada como a detentora da guarda e o marido, inconformado, recorreu da decisão.

Apesar de a corte no estado do Texas entender que o instituto da guarda cabe apenas para crianças, ela também decidiu pelo direito de visitação ao animal.

Nessa decisão, apesar de ter qualidades admiráveis e únicas, a justiça do Texas insistiu em tratar o animal de estimação como propriedade.

Ao final, o marido aceitou que a esposa mantivesse a custódia do cachorro, Bonnie Lou, contanto que ele tivesse direito à razoável visitação.

3.4. Da Guarda Compartilhada de Animais

Ainda que nosso direito pátrio seja carente de regras específicas para situações de disputa de guarda de animais, os casos encontrados em pesquisa

²⁰⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação Civil do Texas. *Arrington x Arrington*. Texas, 19 de março de 1981. Disponível em: <<https://www.animallaw.info/case/arrington-v-arrington>>. Acesso em: 06 set. 2014 (tradução nossa).

estão mais próximos da aplicabilidade das regras da guarda de filhos. Seja em razão do fato de mais e mais famílias abrigarem animais domésticos em detrimento de ter filhos, seja em razão da modernidade das regras sociais, percebe-se a necessidade da criação de regras e legislação específicas para o assunto.

Os animais domésticos exercem um papel preponderante na estabilidade emocional e afetiva de seus guardiães tão grande quanto destes em relação aos primeiros.

Hoje podemos observar casais que ao invés de terem filhos, optaram por adotar um animal. E esse animal é tratado como um membro da família, recebendo não só carinho, mas também broncas e educação, tratamento médico-hospitalar e mimos de valor material.

Vimos que há casos que, quando o animal morre, o seu dono fica absolutamente arrasado, podendo até mesmo apresentar quadro depressivo, reagir como se fosse a morte de um parente próximo. Porque, querendo ou não, as pessoas acabam criando um laço de afetividade tão grande com o bicho, que às vezes se esquecem que ele não é humano!

De lojas próprias com roupas de marca, a salões de beleza, o comércio para agradar esses animais só vem crescendo, o que demonstra a procura e o interesse dos donos de cuidar dos seus bichinhos.

Ora, se há tamanha preocupação com o animal e com seu bem-estar, faz sentido pensar nele no momento do divórcio, afinal, animais também são dotados de sentimentos. Animais também sentem quando o casal se divorcia e, no caso da saída de uma pessoa do ambiente familiar onde o animal reside, isso pode afetá-lo.

É visando o bem-estar do animal também, que esse instituto deveria ser aceito.

Qualquer pessoa que tem um animal de estimação, sabe que ele tem plena capacidade de reconhecer quais pessoas são da casa, com quem sua relação é melhor, para quem ir quando quiser carinho ou quando quiser brincar. Se pararmos para pensar, são atitudes que até nós seres humanos temos.

E essa convivência do animal com a família acaba sendo tão grande, que as pessoas não conseguem mais imaginar suas vidas sem eles, assim, em caso de separação litigiosa, acaba ocorrendo a briga sobre com quem ficará o animalzinho.

Assim, sem deixar de dar destaque à modernidade das relações e à forma como se apresentam perante a sociedade, percebe-se que a legislação pátria caminha a passos céleres para a definição dessas regras.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, analisamos a possibilidade de estender o instituto da guarda para os animais de estimação, mais especificamente, o instituto da guarda compartilhada.

Com o mundo em constante mudanças, não há como a legislação ficar estagnada – é preciso que mude também, que se adapte a essas mudanças. É preciso modificar a abordagem legal da presença do animal de estimação na sociedade contemporânea. E esse assunto está cada vez mais ganhando espaço no mundo jurídico e no mundo afetivo.

Para melhor entender a possibilidade dessa mudança foi feita uma análise crítica das relações jurídicas de direito civil, adentrando no conceito e apontando também os sujeitos que compõem essa relação.

É entendido que são dois os sujeitos da relação jurídica: os formais, e os informais. Por sujeito formal vimos que é a pessoa natural, dotada de personalidade jurídica. Já o sujeito informal é o nascituro, que a doutrina brasileira entende que tem direitos desde a sua concepção.

Foram apresentadas as três teorias de classificação da relação jurídica - objetivista, normativista e da concepção personalista – e, após uma explanação de cada uma, foi feita uma crítica individual.

Para se fazer a conexão com a guarda de animais, fez-se necessário entender também o instituto da guarda presente no Brasil. Nessa seara, foram abordados os diferentes tipos de guarda existentes na jurisdição brasileira e a importância de cada uma para o melhor interesse do menor. À guarda compartilhada foi dada uma ênfase maior, por se tratar da regra mais adotada atualmente no sistema brasileiro, e também, com base no assunto discutido nessa pesquisa, o tipo de guarda de preferência para se estender aos animais

Acontece que, com o divórcio, percebemos um novo problema a ser resolvido além da guarda das crianças, que é a guarda dos animais. Mostramos diversos casos comprovando que a família brasileira abrange não mais apenas pais e filhos, como pais, filhos e animais e, até mesmo, um casal e seus animais. Esses animais

ganharam tamanha importância nos lares, que passaram a ser tópico de discussão na hora do divórcio.

Os animais hoje são personagens principais de filmes, inspirações para letras de música, e pode-se até mesmo encontrar poesias dedicadas a esses companheiros.

É um tema que já tem precursores nas jurisprudências estrangeiras, mas que no Brasil ainda não podemos achar um exemplo concreto.

Foi com essa questão em mente que foi proposto um projeto de lei na Câmara dos Deputados para regulamentar a guarda dos animais, o PL 1058/11. O projeto ainda não foi concluído mas, ao que tudo indica, não demorará muito para que o Brasil dê esse passo adiante com relação aos direitos dos animais.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: Um Avanço para a Família*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROS, Isabela. *Dividir a guarda do cachorro é boa opção para casais após a separação*. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2013/07/30/dividir-a-guarda-do-cachorro-e-boa-opcao-para-casais-apos-a-separacao.htm>>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. Projeto de lei nº 1058, de 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D27177AEC0606E781A4ABF0096CB933.proposicoesWeb2?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014.

DARAYA, Vanessa. *Cachorros tem sentimentos como os humanos, diz estudo*. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/ciencia/2013/10/cachorros-tem-sentimentos-como-os-humanos-diz-estudo.shtml>>.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral do Direito Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação Civil do Texas. *Arrington x Arrington*. Texas, 19 de março de 1981. Disponível em: <<https://www.animallaw.info/case/arrington-v-arrington>> (tradução nossa).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Connecticut. *Vargas x Vargas*. Connecticut, 01 de dezembro de 1999. Disponível em: <<https://www.animallaw.info/case/vargas-v-vargas>> (tradução nossa).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Alaska. *Juelfs x Gough*. Alaska, 15 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.animallaw.info/case/juelfs-v-gough>> (tradução nossa).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIUZA, Cesar; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FOLLAIN, Martha. *Emoções nos animais*. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/31/05/2009/emocoes-nos-animais>>.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82

GODINHO, Helena Telino Neves. *Animais: coisas, pessoas ou tertium genus?* Tema, v.10, nº 15, jul./dez. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRISARD, Waldir Filho. Guarda Compartilhada. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Danúbia. Divórcio: quem fica com a guarda do bichinho. Disponível em: <<http://www.petmag.com.br/6509/divorcio-quem-fica-com-a-guarda-do-bichinho>>.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das Famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Tiago. *Projeto Regulamenta guarda de animais em casos de separação ou divórcio*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/471413-PROJETO-REGULAMENTA-GUARDA-DE-ANIMAIS-EM-CASOS-DE-SEPARACAO-OU-DIVORCIO.html>>.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil: direito da família. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NORDI, Danielle. *Animais de estimação passam de bens a “filhos” em divórcio*. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/comportamento/separacaodivorcio/animais-de-estimacao-passam-de-bens-a-filhos-em-divorcios/n1597179929712.html>>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SEREJO, Lourival. *Animais domésticos e o afeto familiar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/831/Animais+dom%C3%A9sticos+e+o+afeto+familiar>>.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VENTURA, Layse. *Filho pobre, cão rico: Animais de estimação tratados como humanos recebem herança milionária*. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opinio/tendencias-debates/filho-pobre-cao-rico-animais-de-estimacao-tratados-como-humanos-recebem-heranca-milionaria/>>

VILLELA, João Batista. *Família Hoje*. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.