

# GUARDA DE ANIMAIS: UMA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL

## ANIMAL CUSTODY: A TRIDIMENSIONAL PERSPECTIVE

**Samory Pereira Santos**

Mestre em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Constitucional pela Unesa. Graduado em Direito pela UFBA. Professor de Direito de Família, Direito Ambiental e Hermenêutica Jurídica do curso de Direito do Centro Universitário Salvador e da Faculdade Salvador. Professor de Direito Civil e Processo Civil da Faculdade Metropolitana de Camaçari. Advogado.

---

**Resumo:** A guarda dos animais domésticos após a dissolução do vínculo conjugal, seja pelo divórcio ou pela dissolução de união estável, tornou-se uma questão relevante na pós-modernidade. O novo papel que estes animais possuem no seio destas famílias, que foi elevado de mera propriedade ou conveniência para um ente familiar, é ponto de contenda. Em razão disto, a doutrina se debruça sobre a questão, propondo soluções a partir de uma diversidade de perspectivas. Neste cenário, este trabalho possui como escopo analisar estas soluções e propor uma nova perspectiva para resolver o impasse, de forma a valorizar todos os atores envolvidos na contenda. Assim, propôs-se uma perspectiva tridimensional, que leva em consideração os interesses dos animais, dos seres humanos e do coletivo, na forma da própria família.

**Palavras-chave:** Guarda de animais. Divórcio. Dissolução de união estável.

**Abstract:** Custody of domestic animals after the dissolution of the marital bond, whether by divorce or by the dissolution of a stable union, has become a relevant issue in postmodernism. The new role that these animals have within these families, in which were elevated from mere property to family members, justify litigation centered on this newfound issue. Because of this, doctrine addresses the issue proposing solutions from a diversity of perspectives. This paper analyzes these solutions, and proposes a new perspective to solve the issue, which values all actors involved in the problem. Thus, I propose a three-dimensional perspective which takes into account the interests of animals, human beings and the collective, in the form of the family itself.

**Keywords:** Animal custody. Divorce. Stable union dissolution.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Animais após o fim do vínculo conjugal – **3** Critérios utilizados pela doutrina – **4** Perspectiva tridimensional de fixação de guarda – **5** Considerações finais

---

## 1 Introdução

O advento da pós-modernidade, em direito de família, inaugurou uma diversidade de questões outrora não vistas neste ramo tradicional do direito civil. Desde

a sua constitucionalização até a recente desconstrução do requisito da diversidade sexual como requisito do matrimônio, é certo afirmar que houve uma revolução no direito de família nos últimos anos. Enquanto isso, a questão da reavaliação das relações entre os seres humanos e os demais seres que habitam a Terra ganha cada vez mais força. Indubitável que ambas as temáticas iriam, inevitavelmente, interagir.

Em uma sociedade cada vez mais urbanizada como é a brasileira, a temática se demonstra ainda mais relevante. Com efeito, para a maioria da população urbana, os animais domésticos possuem *status* de membros da família, em que pese ser reconhecida a distinção entre humanos, sobretudo crianças, e os animais de companhia.<sup>1</sup>

A parcela da população que adota esta posição não é insignificante, correspondendo, em um estudo realizado no sul do estado norte-americano da Califórnia, a 87% dos entrevistados que possuem animais de companhia e 99% daqueles que buscam serviços veterinários para cães e gatos.<sup>2</sup> Embora o contexto cultural dirija, é certo afirmar que tal concepção transpõe fronteiras.

Assim, o debate sobre a quem se deve atribuir a guarda dos animais de companhia após o fim da sociedade conjugal torna-se uma realidade que se impõe ao direito. Neste contexto, a proposta deste artigo é revelar os critérios utilizados pela doutrina nacional e internacional, com a finalidade de se verificar a sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio, sua idoneidade para resolver o problema enfrentado e contribuir com um sistema apropriado para atribuir a guarda de animais de estimação após o fim do vínculo conjugal.

Inicialmente, verifica-se as duas principais perspectivas adotadas ao analisar conflitos que envolvam os animais para melhor compreender o contexto ideológico e filosófico em que surgiram os critérios propostos pela doutrina. Em seguida, traçam-se os critérios propagados pela doutrina, explicitando eventuais críticas e limitações teórico-práticas. Em seguida, propõe-se uma perspectiva tridimensional para a fixação da guarda, abrangendo criticamente três dos critérios explicitados pela doutrina. Por fim, chega-se às considerações finais.

Adota-se uma perspectiva tecnológica do direito, na qual se valoriza a pesquisa jurídica enquanto meio de criação de técnicas, fórmulas e instrumentos de pacificação social, visando à construção de um saber útil.<sup>3</sup> Utilizou-se, na condução

---

<sup>1</sup> COHEN, Susan Phillips. Can pets function as family members? *Western Journal of Nursing Research*, v. 24, n. 6, p. 621-638, 2002. p. 633-634.

<sup>2</sup> PLANCHON, Lynn A. *et al.* Death of a companion cat or dog and human bereavement. *Psychosocial variables, Society & Animals*, v. 10, n. 1, p. 93-105, 2002. p. 94.

<sup>3</sup> SANTOS, Samory Pereira. O direito como tecnologia: a utilidade do saber jurídico. In: BIRNFELD, Carlos André; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; MEZZARROBA, Ordes (Org.). *Direito, educação, epistemologias, metodologias do conhecimento e pesquisa jurídica*. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 41.

da pesquisa, a metodologia transdisciplinar, diante do reconhecimento da complexidade do problema – que requer a interação de conhecimentos do direito animal, direito civil, direito constitucional, etologia e psicologia.

## 2 Animais após o fim do vínculo conjugal

O trato jurídico da situação dos animais após a extinção do vínculo conjugal é razão de amplo debate doutrinário e jurisprudencial. Seps, em análise internacional do *common law*, visualizou que o tratamento dos animais em disputas de término do vínculo matrimonial varia de forma pendular pelas jurisdições. Vê o articulista americano que, a depender da jurisdição e do posicionamento adotado, os animais são vistos ora como propriedade ora como pessoas.<sup>4</sup>

Esta falta de homogeneidade jurisprudencial também é encontrada no Brasil, conforme leciona Rodrigues *et al.* Para estes pesquisadores, não há, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, corrente jurisprudencial majoritária sobre o tema, abrangendo-se posicionamentos que reconhecem a possibilidade de deferir-se a guarda destes animais e outros que negam, fundamentando-se na natureza jurídica de propriedade que estes animais sustentariam.<sup>5</sup> Apesar da inexistência de pesquisa empírica sobre o tema em todos os tribunais de justiça do país, revela-se possível compreender que a conclusão dos autores é plenamente extensível ao país, dada a homogeneidade do tratamento pelos diversos atores da formação e interpretação do direito, em especial, o legislador federal e a doutrina.

Neste cenário de franco dissenso doutrinário e jurisprudencial, surgem duas principais correntes que informam os critérios adotados para a solução desta celeuma, em nível internacional. Estas, cuja análise se percorrerá a seguir, são: a perspectiva antropocentrista e as perspectivas animalistas.

### 2.1 Perspectiva antropocentrista

A perspectiva antropocentrista compreende a parcela doutrinária centrada nos seres humanos, para a qual apenas a estes seres se pode atribuir direitos

---

<sup>4</sup> SEPS, Christopher D. Animal law evolution: treating pets as persons in tort and custody disputes. *University of Illinois Law Review*, p. 1339-1374, 2010. p. 1346.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; FLAIN, Valdirene Silveira; GEISSLER, Ana Cristina Jardim. O animal de estimação sob a perspectiva da tutela jurisdicional: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 22, p. 83-119, 2016. p. 110.

jurídicos.<sup>6</sup> A proteção jurídica dada aos animais decorre, dentro desta lógica, somente pelos interesses humanos investidos sobre determinados animais – o denominado dever indireto.<sup>7</sup>

Historicamente, é uma perspectiva filosófica que remonta, ao menos, ao pensamento aristotélico. Conforme leciona Spica, para o filósofo grego, os animais, tal como os escravos, existem para servir os homens.<sup>8</sup> Este pensamento perdurou durante o período medieval, nas letras de Tomás de Aquino, que compreendeu que os animais não fazem parte da comunidade moral, na medida em que são incapazes de exercer a liberdade fundada pela racionalidade.<sup>9</sup>

Pode-se, com segurança, afirmar que é a corrente doutrinária majoritária no direito civil. Verifica-se que é uma posição que fundou o direito brasileiro, na medida em que Ferreira aponta que, desde o Brasil colonial, os animais eram vistos como propriedade, situação que permaneceu durante o período imperial.<sup>10</sup> Hodiernamente, pode ser encontrada na doutrina majoritária, como se verifica nos escritos de Monteiro, para quem, referindo-se à tutela do direito, afirma que “[o]s animais estão excluídos de seu campo de ação”,<sup>11</sup> por exemplo.

Dentro desta concepção, os demais animais são vistos como bens corpóreos semoventes.<sup>12</sup> Enquanto bens, estão sujeitos à partilha, quando da dissolução do vínculo conjugal, se participarem da meação. Desta forma, a questão dos animais de estimação é resolvida por meio da partilha de bens, na medida em que são vistos enquanto coisas dotadas de valor econômico.

O pedido de fixação de guarda dos animais é visto como inapropriado, na medida em que se rebela contra a teoria clássica da relação jurídica. Considerando o direito enquanto um fenômeno intersubjetivo e, nesta perspectiva, considerando os animais como meros bens jurídicos – sem qualquer subjetividade jurídica –, não haveria direito do animal a ser tutelado.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> STOPPA, Tatiana; VIOTTO, Thaís Boonem. Antropocentrismo x biocentrismo: um embate importante. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 9, n. 17, p. 119-133, 2015. p. 122.

<sup>7</sup> FRANZIONE, Gary L. *Animals property & the law*. Filadélfia, EUA: Temple University Press, 1995. p. 122.

<sup>8</sup> SPICA, Marciano Adílio. Do valor da vida, dos interesses, do sujeito. *Ethic@*, v. 3, n. 3, p. 223-237, 2004. p. 69.

<sup>9</sup> SPICA, Marciano Adílio. Do valor da vida, dos interesses, do sujeito. *Ethic@*, v. 3, n. 3, p. 223-237, 2004. p. 70.

<sup>10</sup> FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 33-34.

<sup>11</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. p. 59-60.

<sup>12</sup> CURY, Carolina Maria Nasser; LOPES, Laís Godoi. Para além das espécies: a busca por um conceito juridicamente adequado para os animais no direito brasileiro. In: ZANITELLI, Leandro Martins; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; TAVARES, Silvana Beline (Org.). *Biodireito e direitos dos animais II*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 414.

<sup>13</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 226.

Portanto, dentro de uma perspectiva antropocentrista, não se pode falar em guarda de animais, mas, sim, na posse e partilha deles. A diferença da denominação visa reforçar a ideia de exercício de propriedade – que, dentro deste contexto ideológico, é inquestionável – sobre estes animais. Objetificam-se os animais, no sentido de transformá-los em objetos das relações jurídicas que os humanos titularizam enquanto sujeitos.<sup>14</sup>

Não obstante, é possível reconhecer-se, dentro da perspectiva antropocêntrica, a valoração dos interesses dos animais por via indireta. Neste contexto, os animais possuem valor na medida em que os seres humanos se importam com eles,<sup>15</sup> enquanto fauna – expressão coletiva dos animais como um bem ambiental – ou enquanto seres individualmente considerados por quem dado humano possui grande estima, por razões emocionais e psicológicas.

No caso em exame, verifica-se esta preocupação no que se convencionou de posse responsável. Conforme entende Migliore, a posse responsável corresponde à utilização do direito de propriedade pelos seres humanos sobre os animais, observando-se sua função social.<sup>16</sup> Não se confunde com o que alguns denominam de guarda responsável, portanto.

Como se verá, este posicionamento doutrinário utiliza exclusivamente o critério de identificação da propriedade do animal para se fixar sua posse após a dissolução do vínculo. Não se levam em consideração as qualidades intrínsecas do animal, como o seu proprietário o trata e sua relação com os demais membros da família.

## 2.2 Perspectivas animalistas

Por sua vez, a perspectiva animalista compreende que os demais animais possuem valor em si mesmos e, portanto, merecem proteção jurídica. Trata-se de uma corrente doutrinária próxima, mas distinta, do biocentrismo, uma vez que essa entende que todos os seres vivos são dotados de valor inerente –<sup>17</sup> ao contrário do animalismo, que reserva este tratamento aos seres sencientes.

Dentro desta perspectiva, há uma pluralidade de critérios que busca delimitar a forma e quais animais seriam merecedores da proteção jurídica. Destacam-se,

<sup>14</sup> EPSTEIN, Richard A. Animais como objetos, ou sujeitos, de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 9, n. 16, p. 15-45, 2014. p. 18.

<sup>15</sup> FRANCIONE, Gary L. *Animals property & the law*. Filadélfia, EUA: Temple University Press, 1995. p. 122.

<sup>16</sup> MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. Direito deles ou nosso dever? O sofrimento animal sob a perspectiva da bioética. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 5, n. 6, p. 97-131, 2010. p. 112.

<sup>17</sup> STOPPA, Tatiana; VIOTTO, Thaís Boonem. Antropocentrismo x biocentrismo: um embate importante. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 9, n. 17, p. 119-133, 2015. p. 124.

destes, o critério da senciência, pelo qual se compreende que se refere aos animais que sentem dor ou prazer, correspondendo-se aos vertebrados.<sup>18</sup> Há, ainda, o critério do sujeito-de-uma-vida, pelo qual se privilegiam os seres dotados de historicidade autobiográfica, tal como os mamíferos,<sup>19</sup> e o critério da autonomia, reservada aos animais que se enxergam como seres distintos e no mundo.<sup>20</sup>

Adota-se, portanto, a terminologia *guarda* para designar a colocação em posse de alguém de animal doméstico com o fim de dar-lhe companhia. Por sua vez, aqueles que mantêm os animais em sua companhia são denominados *guardiões*, em lugar de “donos” ou “tutores”. Esta linguagem é utilizada por Silva e Vieira.<sup>21</sup>

Vê-se, assim, que o animalismo consiste de uma perspectiva que questiona a objetificação dos animais. Nesta ótica, os autores que se filiam a esta corrente tendem a não buscar soluções dentro do arcabouço essencialmente patrimonialista, visando superar o entendimento dominante de que a natureza jurídica dos animais é de bem jurídico.

### 3 Critérios utilizados pela doutrina

A doutrina, ao tratar do tema, revela-se conflituosa. Não há, em verdade, qualquer consenso quanto ao critério apropriado para a solução das disputas de guarda de animais após a dissolução da sociedade conjugal. Visualiza-se, com poucas variações, essencialmente terminológicas, quatro critérios principais, quais sejam: 1) o da propriedade comum e particular; 2) o do melhor interesse do animal; 3) o do melhor interesse da família; e 4) o do sistema de pontuação.

Enquanto que o primeiro se situa em posicionamento declaradamente antropocêntrico, o segundo assume uma posição diametralmente oposta – adotando-se a corrente animalista. As duas restantes buscam situar-se em um ponto médio, resolvendo observar os interesses dos animais e dos seres humanos.

Analisar-se-á cada um dos critérios, buscando-se verificar seus alcances e limitações.

<sup>18</sup> NACONECY, Carlos. Ética animal... Ou uma ética para vertebrados?: Um animalista também pratica especismo?. *Revista Brasileira de Direito Animal*, n. 3, p. 119-154, 2007. p. 122-123.

<sup>19</sup> REGAN, Tom. *The case for animal rights*. Berkeley: University of California Press, 2004. p. 74.

<sup>20</sup> WISE, Steven M. *Drawing the line: science and the case for animal rights*. Cambridge, EUA: Perseus Books, 2002. p. 32.

<sup>21</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 110; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Biodireito, animal de estimação e equilíbrio familiar: apontamentos iniciais. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, v. 2, n. 1, p. 179-195, 2016. p. 189.

### 3.1 Propriedade comum e particular

Pelo critério da propriedade comum e da propriedade particular, o animal em disputa deve ser visto como um bem jurídico, objeto de partilha, tal como qualquer outro bem.<sup>22</sup> Recorre-se, portanto, à doutrina clássica do direito de família patrimonial, visualizando primeiramente se o animal está sujeito à partilha – isto é, se trata de bem que pertence aos aquestos – e, o sendo, buscam-se operar as regras da partilha de bens sobre este animal.

Em jurisdições do *common law*, não é incomum a previsão de que os animais de estimação consistem em *personal property*, não sujeita à partilha de bens.<sup>23</sup> Por conta disto, nestas jurisdições o argumento de que o animal doméstico consiste em uma propriedade ganha especial força e relevância para a solução do problema que se enfrenta. Não é o caso pátrio, uma vez que a titularidade da propriedade do animal será regida pelas regras gerais que estabelecem os regimes de bens.

No ordenamento brasileiro, a partilha dos bens na comunhão patrimonial conjugal é regida pelo regime de bens adotado pelos nubentes, em pacto antenupcial, ou conviventes, em contrato de união estável. O regime legal de comunhão parcial de bens estabelece que os bens adquiridos na constância do matrimônio transmitem-se entre os nubentes. Por seu turno, o regime de comunhão universal de bens estabelece que todos os bens, mesmo aqueles adquiridos antes do início do vínculo conjugal, comunicam entre os membros da família matrimonializada. Em que pese haver previsão de exceções nos arts. 1.659 e 1.668, ambos do Código Civil brasileiro, quanto à comunicabilidade de determinados bens, não existe excepcionalidade ao caso dos animais domésticos.

O problema deste critério reside em dois pontos: 1) não há observância dos interesses dos animais, que são protegidos pela Constituição Federal; 2) revela-se totalmente inviável no caso dos animais sem qualquer valor econômico.

A primeira deficiência nos parece residir na inobservância dos arts. 5º, XXIII, 170, III, e 225 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Apesar de se tratar, em tese, de questão eminentemente privada, a guarda possui relevância constitucional, na medida em que carta política estabelece regras concernentes à tutela jurídica da propriedade privada e dos animais.

Os arts. 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição positivam a função social da propriedade enquanto direito fundamental e princípio geral da ordem econômica,

<sup>22</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 104.

<sup>23</sup> GREGORY, John DeWitt. Pet custody: distorting language and the law. *Family Law Quarterly*, v. 44, n. 1, p. 35-64, 2010. p. 43.

respectivamente. A propriedade não pode ser vista como algo de relevância exclusiva do âmbito patrimonial egoístico do seu titular, possuindo uma dimensão social que interessa a todos. Este princípio, segundo explica França, é alicerce fundamental para a legitimação da propriedade privada em nosso país.<sup>24</sup>

Já o art. 225, §1º, VII, constitucionaliza a vedação à submissão dos animais à crueldade enquanto regra constitucional de proteção ao meio ambiente. É cediço que, pela teoria da força horizontal dos direitos fundamentais – que informa que todos são destinatários das normas de direitos fundamentais, não só o Estado como outrora expressava dogmática –, estas normas possuem ampla aplicação no direito civil. Portanto, a simples e pura utilização do critério da propriedade para estabelecer com qual divorciando restará o animal, de pronto, viola estas normas constitucionais, na medida em que não há garantias e medidas de controle para o reconhecimento dos interesses do animal objeto de partilha.<sup>25</sup>

Quanto ao segundo ponto, se faz necessário o uso de um exemplo para melhor ilustrá-lo. Imagine-se um animal de estimação, de espécie indiferente, sem raça ou *pedigree*, senil, com mobilidade reduzida e que necessite de cuidados veterinários recorrentes para sobreviver, que fora adquirido por pessoas casadas sob o regime da comunhão universal de bens. Este animal tem, na melhor das hipóteses, nenhum valor econômico. Em verdade, o animal em questão resulta em um custo em longo prazo, na medida em que requererá cuidados veterinários – estes inexoravelmente custosos.

Ora, se o animal não possui valor econômico, ele será um indiferente econômico na partilha de bens. Afinal, não sendo possível estabelecer um valor sobre o bem, igualmente não se revela viável a possibilidade de se partilhar aquilo que não pode ser identificado enquanto coisa no comércio, capaz de apreciação monetária, bem como, em decorrência destas características, de compensações e indenizações. Parece, portanto, que a dogmática civilista dominante não possui resposta satisfatória para alocar o bem jurídico sem valor econômico durante a partilha de bens.

Posicionamentos doutrinários dissidentes são diversos, provenientes não só de autores animalistas, mas também compreendendo antropocentristas que reconhecem uma especial natureza dos animais domésticos no âmbito familiar.

Para Eason, a utilização do critério da propriedade não leva em consideração a mutação na situação fática das partes envolvidas.<sup>26</sup> Desta forma, caso um dos

<sup>24</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 141, p. 9-21, 1999. p. 14.

<sup>25</sup> BOGDANOSKI, Tony. Towards an animal-friendly family law: recognising the welfare of family law's forgotten family members. *Griffith Law Review*, v. 19, n. 2, p. 197-237, 2010. p. 200.

<sup>26</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 95.

divorciados demonstre, com o passar do tempo, ter maior necessidade emocional ou capacidade material de estar na posse do animal em disputa, não poderá fazê-lo, uma vez que se concluiu a imutável partilha de bens.

Igualmente, a solução dada, de indenizar-se aquele que restou prejudicado pela partilha de bens através do pagamento do valor de mercado do animal, configura-se insatisfatória para a doutrina. Eason compreende que esta solução não compreende o valor sentimental dos animais, um valor muitas vezes inestimável.<sup>27</sup> Ademais, revela-se como um critério inaplicável aos casos em que o animal não possui valor de mercado – uma vez que não possui *pedigree*, esteja doente e/ou é deficiente.

Silva afirma que, embora seja uma proposta que dá aparente fácil solução para o problema, não é adequada.<sup>28</sup> Isto decorre, segundo o autor, do fato de que as relações afetivas podem ter sido estabelecidas com outra pessoa. Recomenda o articulista que se deve privilegiar os interesses do animal em questão,<sup>29</sup> critério que se verá adiante.

### 3.2 Melhor interesse do animal

O critério do melhor interesse do animal é adotado em casos isolados, ao menos no Brasil,<sup>30</sup> em Israel<sup>31</sup> e nos Estados Unidos da América.<sup>32</sup> Possui diversas denominações doutrinárias. Internacionalmente, Rook utiliza as expressões *best interest of the animal* (melhor interesse do animal) e *good of the animal* (bem do animal);<sup>33</sup> Gregory denomina este critério de *best interest of the dog* (melhor

<sup>27</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 97.

<sup>28</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 104-105.

<sup>29</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 107.

<sup>30</sup> RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; FLAIN, Valdirene Silveira; GEISSLER, Ana Cristina Jardim. O animal de estimação sob a perspectiva da tutela jurisdicional: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 22, p. 83-119, 2016. p. 111.

<sup>31</sup> ROOK, Deborah. Who gets Charlie? The emergence of pet custody disputes in family law: adapting theoretical tools from child law. *International Journal of Law, Policy and the Family*, v. 28, n. 2, p. 177-193, 2014. p. 182.

<sup>32</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 91.

<sup>33</sup> ROOK, Deborah. Who gets Charlie? The emergence of pet custody disputes in family law: adapting theoretical tools from child law. *International Journal of Law, Policy and the Family*, v. 28, n. 2, p. 177-193, 2014. p. 182.

interesse do cão), *best interest of the animal* e *best interest of the pet* (melhor interesse do *pet*).<sup>34</sup>

Adota-se, neste artigo, a denominação “melhor interesse do animal”, uma vez que o critério não pretende excluir uma ou outra espécie de animal, tampouco pretende atrair o estrangeirismo da expressão *pet*, que é limitado aos cães e gatos.

Trata-se do critério adotado pelos animalistas, em que se compreende que a guarda deve ser deferida àquele que melhor puder garantir seu bem-estar. Corresponderia a um direito do animal em ter o melhor guardião e não do ser humano em possuir ou ter consigo o animal.<sup>35</sup>

Consiste, em verdade, na aplicação analógica do princípio do direito das crianças e adolescentes. Entre nós, este princípio, conforme expõe Barboza, foi consagrado no revogado Código de Menores, prevendo-se a prevalência do referido diploma legal no caso da ocorrência de eventual antinomia normativa.<sup>36</sup>

Eason compreende que há cortes nos Estados Unidos da América que utilizam um critério *de facto* de melhor interesse do animal, em analogia ao critério do melhor interesse da criança.<sup>37</sup> Não se trata, ao ver deste autor, de uma criação jurisprudencial deliberada e expressa, mas sim da adoção, no caso concreto, de critérios semelhantes àqueles adotados no estabelecimento da guarda de filhos. Exclui-se, naturalmente, as previsões que não possuem nenhuma relação com os animais não humanos, a exemplo do cuidado com a educação formal das crianças e adolescentes – que não possui a mesma função que a educação de animais domésticos, sempre marcada pela sua informalidade.

Em consequência da importação do critério do melhor interesse da criança, estabeleceram-se alimentos, regime de visitas e guarda compartilhada em favor de animais.<sup>38</sup> Similar a esta concepção, temos Silva, para quem se deve aplicar o arcabouço normativo de alimentos aos animais, na medida em que haveria um dever alimentar indeclinável dos responsáveis pelos animais a estes.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> GREGORY, John DeWitt. Pet custody: distorting language and the law. *Family Law Quarterly*, v. 44, n. 1, p. 35-64, 2010. p. 51-58.

<sup>35</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 110.

<sup>36</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 1999. p. 204.

<sup>37</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 98.

<sup>38</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 98-99.

<sup>39</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 111.

Entre nós, Camilo Henrique Silva igualmente se revela como defensor desta modalidade. Em que pese não ter utilizado a denominação da qual aqui se faz uso, resta-se evidente quando o articulista afirma que “a melhor solução repousa na preservação dos interesses dos animais de estimação”.<sup>40</sup>

Gordilho e Coutinho, ao analisarem a problemática, também propõem a adoção do critério do maior interesse do animal, mas como critério subsidiário. Assim, somente se aplicaria o critério quando se revelasse, no caso concreto, a total e irremediável incompatibilidade de interesses entre todas as partes envolvidas na lide.<sup>41</sup>

A consequência, portanto, da adoção de um critério de melhor interesse do animal, em analogia ao melhor interesse da criança e adolescente, é a priorização dos interesses do animal em detrimento de seus guardiões e responsáveis. Reconhece-se, assim, a vulnerabilidade do animal em disputa, ante as vontades e anseios dos humanos que litigam. Da mesma forma que a guarda infantojuvenil, a guarda do animal seria mutável, devendo sempre priorizar o interesse do animal em questão.

Apesar da facilidade da adoção análoga deste critério, ele não é carente de críticas.

Doutrina dissidente, a exemplo de Gregory, compreende que seja inadequada a aplicação do critério do melhor interesse da criança aos animais, na medida em que, segundo este autor, não haveria nenhum caso em que se identifique que o animal teria o seu bem-estar mais bem preservado caso se utilizasse este critério.<sup>42</sup> Para o crítico, que, como se viu, endossa o critério da propriedade, a importação do melhor interesse da criança aos litígios que envolvem a guarda de animais não só gera uma confusão doutrinária, como também ignora o desenvolvimento do instituto incorretamente importado.<sup>43</sup>

Não se revela adequado, diante da diferença essencial entre as crianças e os animais não humanos na vida familiar, a importação dos critérios utilizados pelo direito das crianças e adolescentes ao direito animal. Enquanto que as crianças são tidas como seres humanos em formação, cuja vulnerabilidade decorre deste estágio de vida, os animais não humanos são vulneráveis por não pertencerem à espécie humana e, assim, compartilhar o mundo conosco, em posição de desigualdade.

<sup>40</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 107.

<sup>41</sup> GORDILHO, Heron José de Santana; COUTINHO, Amanda Malta. Direito animal e o fim da sociedade conjugal. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 8, n. 2, p. 257-281, 2017. p. 270.

<sup>42</sup> GREGORY, John DeWitt. Pet custody: distorting language and the law. *Family Law Quarterly*, v. 44, n. 1, p. 35-64, 2010. p. 47.

<sup>43</sup> GREGORY, John DeWitt. Pet custody: distorting language and the law. *Family Law Quarterly*, v. 44, n. 1, p. 35-64, 2010. p. 41.

Portanto, observa-se uma transitoriedade do *status* de criança e adolescente, em contraste com a permanência da situação dos animais não humanos. Ademais, reforça-se que não se pode aplicar o critério do melhor interesse da criança e do adolescente aos casos envolvendo animais, tendo em vista a distinção do comando normativo que fundamenta a proteção de cada um deles.

Com efeito, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro deriva da garantia constitucional de absoluta prioridade,<sup>44</sup> positivado no art. 227 da Constituição Federal vigente. Apesar de não se endossar em plenitude a argumentação de Gregory, concede-se que, entre nós, a analogia se revela problemática diante da profunda diferença normogênica do critério. Isto, pois, a proteção dos animais decorre da previsão constitucional da vedação à crueldade contra os animais, na forma do art. 225, §1º, VII, da Constituição brasileira vigente.

Resta demonstrado que não é possível a aplicação do referido critério, sob ofensa de inobservar os valores positivados na Constituição de 1988. Assim, utilizar-se o critério do melhor interesse do animal, em que pese parecer, à primeira vista, como salutar, acaba por criar uma diversidade de problemas em nosso ordenamento jurídico.

### 3.3 Melhor interesse da família

Posicionando-se de forma intermediária, o critério do melhor interesse da família busca focar no conjunto dos membros da família – e aqui se inclui o animal –, com o fim de privilegiar o melhor bem-estar para todo o agrupamento em dissolução. Proposto por Eason, o melhor interesse da família é uma analogia ao critério do melhor interesse da criança – conforme visto pelo *common law* –, porém visualizando-se o grupo.<sup>45</sup> Assim, é valorado não só o interesse do animal ou do seu proprietário, mas também o papel que este animal desempenha no seio familiar.

É uma concepção teórica reativa aos critérios anteriores.

Quanto ao critério da propriedade, a grande problemática que Eason encontrou é a inflexibilidade, dentro do *common law*, das decisões que estabelecem a

---

<sup>44</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 1999. p. 207.

<sup>45</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 105-106.

partilha de bens quando da dissolução do vínculo conjugal.<sup>46</sup> Esta preocupação ecoa no direito brasileiro, na medida em que, entre nós, a partilha de bens torna-se imutável após o trânsito em julgado.

Já o critério do melhor interesse do animal, para este autor, exclui da consideração judicial pessoas relevantes – tais como as crianças, os pais ou mesmo o animal de estimação objeto da disputa.<sup>47</sup> Merece comentário o último, na medida em que soa contraditório afirmar que o critério do melhor interesse do animal acaba por militar em desfavor destes mesmos animais.

A falta de consideração deve ser vista de forma temporal e contextual. Com efeito, o critério *de facto* do melhor interesse do animal é aplicado sob a roupagem da partilha de bens. Portanto, acaba por sedimentar-se pela coisa julgada. Como, com a transição do tempo e do contexto familiar, a situação do animal se deteriora, não se poderá reorganizar a família com o fim de promover o seu bem-estar.<sup>48</sup>

### 3.4 Sistema de pontos

Em um posicionamento inovador, Britton propõe um sistema de pontuação para que se determine a guarda de animais após o fim da sociedade conjugal. Pelo sistema proposto por Britton, não só o direito de propriedade sobre os animais é levado em consideração, mas também todos os atos positivos e negativos que os membros da família em dissolução investiram ao animal.<sup>49</sup>

Inclui-se na proposta de Britton não se limitar a situações concretas, tal como o fato de um dos divorciandos levar o animal ao veterinário, limpá-lo ou fazer exercício, mas também questões subjetivas, a exemplo do investimento emocional com o animal. O fato de um dos divorciandos ter a guarda dos filhos também é considerado na contabilização da pontuação, na medida em que a presença dos animais se revela como um fator positivo na criação daqueles – salvo quando a criança em questão possui medo do animal.<sup>50</sup>

Ocorre que a sistemática de pontuação, em que pese possuir especial apelo didático e permitir uma solução algébrica para o problema enfrentado, revela-se

<sup>46</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 109.

<sup>47</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 104.

<sup>48</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 95.

<sup>49</sup> BRITTON, Ann Hartwell. Bones of contention: custody of family pets. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, v. 20, p. 1-38, 2006. p. 37.

<sup>50</sup> BRITTON, Ann Hartwell. Bones of contention: custody of family pets. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, v. 20, p. 1-38, 2006. p. 36.

problemática. Com efeito, não é possível estabelecer de forma apriorística o valor da pontuação a ser determinada ante o caso concreto.

Em análise mais atenciosa, verifica-se que o sistema proposto recorre à tarifação probatória que é repelida por nossa tradição processual. Na medida em que o autor sugere que determinados fatos terão peso aprioristicamente atribuídos, a tarifação probatória resta configurada.<sup>51</sup> A proposta impede que o juiz que a leve a sério, sem desvirtuá-la, leve em consideração peculiaridades do caso concreto.

Desta forma, verifica-se que não é possível, conservando-se a dogmática adjetiva civil pátria, adotar o sistema de pontuação de Britton, eis que é incompatível com o princípio da persuasão racional tão caro ao nosso direito probatório.<sup>52</sup>

#### 4 Perspectiva tridimensional de fixação de guarda

Por conta da insuficiência dos critérios tradicionais do direito civil, seja na figura da simples propriedade ou do melhor interesse da criança – aqui transposto sob o nome “melhor interesse do animal”, propõe-se neste artigo uma perspectiva tridimensional para a determinação da titularidade da guarda dos animais objeto de litígio após a dissolução da sociedade conjugal e da união estável.

Visualiza-se, no direito animal, a existência de um arcabouço teórico voltado à tutela específica dos interesses dos demais animais enquanto seres dotados de particularidades e uma relação desigual com a sociedade humana. A perspectiva animalista não busca equalizar a experiência dos demais animais com a de determinados seres humanos, mas sim encontrar, dentro da animalidade, uma existência comum ensejadora de proteção jurídica – decorrente de um comando de igual consideração de interesses.<sup>53</sup>

Por esta razão, os critérios a serem utilizados para estipular de quem seja a guarda, devem ser extraídos da compreensão do direito animal, que se revela como o ramo jurídico mais apropriado para se buscar esta solução. A busca de uma solução através da analogia com o trato com os seres humanos, em particular com a forma com a qual se tutela as crianças, revela-se insuficiente.

Com efeito, crianças ou adolescentes humanos são seres dotados de racionalidade, em formação, que virão, espera-se, a se tornar humanos adultos. São

<sup>51</sup> VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. *Revista da ESMESC*, v. 17, n. 23, p. 371-398, 2010. p. 378.

<sup>52</sup> VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. *Revista da ESMESC*, v. 17, n. 23, p. 371-398, 2010. p. 386.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de; PELLENZ, Mayara. Utilização de animais não-humanos pela humanidade: necessidade ou especismo? *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 19, p. 155-178, 2015. p. 170-171.

pessoas que possuem relevância em si mesmas e enquanto vivenciadores de um estágio de seu desenvolvimento natural. O plano de fundo da tutela destas pessoas está no papel (de seres em formação) que desempenham.

Não é o que ocorre com os demais animais.

Está-se diante de seres, conforme entendimento majoritário, irracionais, que não só estão em formação – como é o caso dos filhotes –, mas, também, abarca-se seres adultos e senis. Não é característica ontológica destes seres o fato de estarem em processo de formação – é meramente acidental. Desta forma, a analogia não se demonstra perfeita nem mesmo aproximada.

A questão comum aos demais animais e as crianças e adolescentes humanas é a vulnerabilidade. As duas categorias são formadas por indivíduos contextualizadamente vulneráveis, na medida em que estão em um mundo – o jurídico – construído por e para seres humanos adultos. Entretanto, o tipo e a forma de vulnerabilidade são destoantes. Enquanto os demais animais possuem uma vulnerabilidade intensa –<sup>54</sup> que se exemplifica na forma em que a doutrina majoritária sequer os considera sujeitos de direitos fundamentais –, as crianças e adolescentes possuem uma vulnerabilidade reconhecida pela doutrina.<sup>55</sup>

#### 4.1 Primeira dimensão: ambiente não cruel ao animal

A proteção dos animais no final da sociedade conjugal, assim, deve decorrer dos institutos e regramentos jurídicos próprios do direito animal. Nesse cenário, a crueldade surge, enquanto elemento negativo e basilar da proteção animal no Brasil, através da previsão insculpida no art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal de 1988 – que, para Castro Júnior e Vital, reconheceu o valor intrínseco dos animais.<sup>56</sup>

Não obstante a proteção constitucional, a tutela normativa dos animais possui, quanto à conceituação e delimitação da concepção de crueldade aos animais, intensa discussão doutrinária que transpõe fronteiras – sejam culturais, geográficas e científicas. Verifica-se, em verdade, que a discussão mais intensa e prolífera sobre a forma em que se deve ocorrer esta tutela normativa encontra-se na literatura estrangeira – especialmente na tradição da filosofia moral anglo-saxã.

<sup>54</sup> SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 12, n. 1, p. 102-116, 2015. p. 104.

<sup>55</sup> SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em Perspectiva*, v. 20, n. 1, p. 148-155, 2006. p. 149-150.

<sup>56</sup> CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de; VITAL, Aline de Oliveira. Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 18, p. 137-175, 2015. p. 147.

Despontam, dentro deste cenário, o pensamento de autores como Peter Singer, Tom Regan e Gary Francione.

Para o primeiro, a razão central para que se protejam os animais resta na capacidade destes de sentir dor e prazer, diante do fato de se tratar de um pressuposto para a existência de qualquer interesse.<sup>57</sup> O filósofo australiano e professor no Reino Unido filia-se à escola utilitarista, que rejeita prescrições ético-morais apriorísticas, preocupando-se em realizar a análise valorativa casuisticamente. Trata-se, portanto, de uma escola consequencialista ou teleológica – que se preocupa com as repercussões das ações e não em regras postas sem consideração do contexto fático.<sup>58</sup>

Já o saudoso Tom Regan, filósofo americano, desenvolveu uma teoria dos direitos animais baseada no conceito de sujeito-de-uma-vida. Tendo como ponto de partida a compreensão de que a integralidade do sistema que lida com os animais é fundamentalmente incorreta, por reconhecer que os animais são recursos dos seres humanos,<sup>59</sup> Regan adotou posicionamento deontológico em relação a esta problemática, afastando-se de uma ótica consequencialista.

Assim, Regan compreende que aqueles seres dotados de características autobiográficas, tal como a consciência, a memória e autoconsciência,<sup>60</sup> possuem um valor em si mesmos. A sua teoria abarca especialmente os mamíferos, seres dotados de uma estrutura neurológica complexa, capaz de exercer preferências e intenções baseadas em conceitos e crenças.<sup>61</sup>

Em derradeiro, Gary Francione, embora crítico de Peter Singer, adota o critério da consciência, mas sob uma roupagem deontológica e jurídica. Ao contrário de seus predecessores acadêmicos, Francione é um jurista. Assim, seu pensamento está assentado na superação do *status* de propriedade dos animais, em razão de serem seres sencientes. Para Francione, esta condição de propriedade que aos animais é imposta é fator significativo ao solucionar conflitos que os envolvem.<sup>62</sup>

O Supremo Tribunal Federal, por meio de seus recorrentes julgados, tem compreendido, de forma indireta, que o critério da consciência situa-se como o balizador para a aferição da submissão dos animais à crueldade.<sup>63</sup> Isto é, os

<sup>57</sup> SINGER, Peter. *Animal liberation*. Nova York: HarperCollins, 2009. p. 7.

<sup>58</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970. p. 172-173.

<sup>59</sup> REGAN, Tom. *The struggle for animal rights*. Clarks Summit, Pensilvânia: International Society for Animal Rights, 1987. p. 47.

<sup>60</sup> CARDOSO, Waleska Mendes. *A fundamentação dos direitos dos animais não-humanos segundo a teoria reganiana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2013. p. 137.

<sup>61</sup> REGAN, Tom. *The struggle for animal rights*. Clarks Summit, Pensilvânia: International Society for Animal Rights, 1987. p. 75.

<sup>62</sup> FRANCIONE, Gary L. *Animals property & the law*. Filadélfia, EUA: Temple University Press, 1995. p. 24.

<sup>63</sup> SANTOS, Samory Pereira. *Os animais e o STF: os limites jurisprudenciais do direito animal*. Salvador: Neojuris, 2018. p. 155.

animais sencientes são aqueles protegidos pela norma de vedação à crueldade – não necessitando de maiores funções neurológicas senão aquelas atinentes à experiência de dor e prazer.

Situada a abstenção da crueldade como critério norteador, senão princípio jurídico, regente da guarda dos animais, ligada à noção de senciência, deve-se se atentar que a abstenção à crueldade consiste em um princípio aplicável a toda disciplina jurídica da relação entre os humanos e demais animais.

Quanto ao princípio do maior interesse do animal não humano, este não pode ser visto como mera importação de um conceito previamente aplicado no direito das famílias assentado em premissas antropocêntricas. Análogo ao princípio do maior interesse da criança ou adolescente, este merece uma leitura assentada no princípio da vedação à crueldade. Pode-se afirmar, com efeito, que a observância do que se denominou princípio do maior interesse do animal não humano se identifica com o princípio da vedação à crueldade sob a perspectiva da senciência.

Além da preocupação de evitar a colocação em ambiente cruel, comum a qualquer animal, deve-se estar atento às particularidades de cada espécie. Com efeito, tal como nem todos os humanos são iguais, e assim não se podem criar critérios estanques, nem todos os animais – enquanto membros das suas respectivas espécies – são iguais.

Entretanto, é possível compreender que a espécie é grupo distintivo que diferencia o comportamento padrão e esperado de cada indivíduo. Exemplificadamente, é de se esperar que os humanos sejam capazes de utilização de linguagem – em que pese haver trágicos exemplos que demonstram a incapacidade de se realizar uma generalização – e, portanto, para se garantir o bem-estar dos humanos depreende-se que o direito ao uso da linguagem seja observado.

Conforme se verifica no relatório da Pesquisa Nacional de Saúde, de 2013, observa-se que os animais domésticos mais comuns no Brasil são os cães (*canis lupus familiaris*) e gatos (*felis silvestris catus*). A população de cães era estimada em 52,2 milhões de indivíduos e de gatos em 22,1 milhões.<sup>64</sup> Esta distribuição populacional deve ser levada em consideração na leitura das soluções jurídicas para esta problemática, na medida em que uma solução implantada para um gato não pode partir das mesmas premissas que aquela adotada para um cão.

Hart aponta que os cães estabelecem vínculos com indivíduos específicos e demonstram afeto de forma ostensiva – de forma a ser indubitosa a sua devoção com os humanos aos quais se dedica.<sup>65</sup> Não se pode dizer o idêntico a respeito

<sup>64</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Org.). *Pesquisa nacional de saúde, 2013*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2015.

<sup>65</sup> HART, Lynette. Dogs as human companions: a review of the relationship. In: SERPELL, James (Ed.). *The domestic dog: its evolution, behaviour, and interactions with people*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 1995. p. 165-167.

dos gatos, tidos como animais sociais, cujo comportamento e relação com os humanos são bastante variáveis, registrando aqueles que tratam seus guardiões como meros alimentadores e outros que os saúdam ou mesmo os acompanham em caminhadas.<sup>66</sup> Verifica-se, assim, que crueldade para um gato não será crueldade, necessariamente, para um cão e vice-versa.

Portanto, a dimensão que diz respeito ao bem-estar dos animais não humanos deve ser vista à luz do art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal de 1988, sob uma ótica que privilegia a senciência e as especificidades, preferências e necessidades dos animais litigiosos.

## 4.2 Segunda dimensão: manutenção de laços afetivos com os humanos

Embora se tenha atenção ao cuidado para não se estabelecer um ambiente desfavorável ao animal, deve-se reconhecer que os humanos estabelecem relações com este animal, cujo significado não pode ser excluído da apreciação jurídica. Com efeito, pelo lado dos humanos, é necessário observar os interesses destes na manutenção do laço sentimental com os animais de estimação – o que se tem observado em alguns julgamentos, como Eason nos noticia.<sup>67</sup> Isto, pois, apesar de se compreender que os animais possuem maior vulnerabilidade durante o fim do relacionamento do que os membros da relação que se desconstitui, é de se levar em consideração também os interesses dos seres humanos nos respectivos animais.

Isso ilustra-se na pesquisa desenvolvida por Zasloff, que conclui que, independentemente da espécie do animal de estimação, os humanos estabelecem relações afetivas com ele, com benefícios emocionais documentados.<sup>68</sup> Não é especialmente surpreendente verificar esta realidade, na medida em que se observa que, conforme pesquisa empírica desenvolvida por Cohen, os humanos consideram seus animais membros da família.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> KOTRSCHAL, Kurt *et al.* Human and cat personalities: building the bond from both sides. In: TURNER, Dennis C.; BATESON, Patrick (Org.). *The domestic cat: the biology of its behaviour*, 3. ed. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2014. p. 115.

<sup>67</sup> EASON, L. Morgan. A bone to pick: applying a best interest of the family standard in pet custody disputes. *South Dakota Law Review*, v. 62, 2017. p. 93.

<sup>68</sup> ZASLOFF, R. Lee. Measuring attachment to companion animals: a dog is not a cat is not a bird. *Applied Animal Behaviour Science*, v. 47, n. 1, p. 43-48, 1996. p. 47.

<sup>69</sup> COHEN, Susan Phillips. Can pets function as family members? *Western Journal of Nursing Research*, v. 24, n. 6, p. 621-638, 2002. p. 633.

A base normativa da valoração jurídica desta relação está assentada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Conforme se observa da leitura de José Afonso da Silva, “[...] a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões [...]”.<sup>70</sup> Desta forma, as relações que o ser humano estabelece com o seu meio, na forma dos animais, possui também fundamento neste princípio fundante da República.

Relevante apontar que a homenagem que faz a relação entre humanos e seus animais não é, como se poderia imaginar em uma primeira leitura, não recomendada, sob o argumento de que os humanos que se dedicam aos animais possuem menor interesse em manter laços de afeto com outros humanos. Tal argumento possui, em tese, certa relevância, na medida em que se preocupa com a manutenção de nossa sociedade. Entretanto, conforme Cohen aponta, a manutenção de laços afetivos com cães e gatos não reflete em uma ausência de relações próximas com seres humanos.<sup>71</sup>

Em outra esteira, frisa-se que adotar este posicionamento não se trata de uma homenagem ao antropocentrismo, mas sim da consideração de que os próprios humanos, enquanto animais que são, possuem uma sensibilidade a ser protegida e levada em consideração na resolução do problema. A afronta aos laços de afeto que o humano possui com o animal de companhia não presta em resolver o conflito social de fundo: o estimula.

### **4.3 Terceira dimensão: maximização da felicidade no seio familiar**

O papel eudemonista da família tem sido afirmado pela doutrina pátria. Segundo Berenice Dias, “A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida”.<sup>72</sup>

Para a autora, esta nova configuração de família é denominada eudemonista, na medida em que se busca a realização dos integrantes da família centrada na promoção da felicidade.<sup>73</sup> Neste contexto, não se pode ignorar que os animais de companhia desempenham um papel na realização da felicidade no seio familiar.

---

<sup>70</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 94.

<sup>71</sup> COHEN, Susan Phillips. Can pets function as family members? *Western Journal of Nursing Research*, v. 24, n. 6, p. 621-638, 2002. p. 634.

<sup>72</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 52.

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 52-53.

Importante salientar que a ideia de felicidade, aqui, não é um pensamento novo. Conforme anuncia Vázquez, a discussão sobre a importância da felicidade, e sua distinção em relação ao prazer, remonta à antiguidade. Segundo o filósofo mexicano, o eudemonismo aristotélico ocorreria no exercício da razão enquanto atividade do ser humano privilegiado, já o eudemonismo cristão medieval só seria realizável no reino de Deus, ou seja, após a morte.<sup>74</sup>

Hodiernamente, entretanto, a concepção de felicidade expande-se para abarcar uma noção mais ampla de bem-estar, que comporta também a autoaceitação do indivíduo, relações interpessoais positivas, autonomia, maestria sobre seu ambiente, propósito de vida, crescimento pessoal.<sup>75</sup> O animal de estimação, nesta noção ampliada de bem-estar, corresponde a uma parte dos fatores que enriquecem a vida da família.

Segundo Bogdanoski, é comum que seja deferida a guarda dos animais àqueles que possuem guarda dos filhos menores, sem razão do fato de que estes menores possuem uma relação mais próxima com os animais e superam o divórcio com maior facilidade.<sup>76</sup> Assim, esta configuração pode maximizar a felicidade para todos os envolvidos, em longo prazo. Entretanto, adverte o mesmo autor que esta solução não é de ser tomada aprioristicamente, devendo-se levar em consideração também a potencialidade lesiva que os menores podem representar aos animais em questão.<sup>77</sup>

Desta forma, o estabelecimento do regime de guarda ou copropriedade deverá se atentar à missão eudemonista da família. Esta observação deverá estar, por sua vez, condicionada ao reconhecimento das dimensões antecedentes, sob risco da adoção de uma visão monofatorial.

## 5 Considerações finais

Durante a pesquisa constatou-se uma pluralidade de posicionamentos doutrinários que visam solucionar a questão proposta.

Em uma perspectiva essencialmente antropocentrista, foi identificada a corrente que compreende que se trata de uma questão patrimonial, devendo ser o problema resolvido através da distribuição da propriedade conforme as regras do regime de bens. Esta proposta foi rejeitada em decorrência da contestação do pensamento

---

<sup>74</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970. p. 136.

<sup>75</sup> RYFF, Carol D. Happiness is everything, or is it? Explorations on the meaning of psychological well-being. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 57, n. 6, p. 1069-1081, 1989. p. 1071.

<sup>76</sup> BOGDANOSKI, Tony. Towards an animal-friendly family law: recognising the welfare of family law's forgotten family members. *Griffith Law Review*, v. 19, n. 2, p. 197-237, 2010. p. 228.

<sup>77</sup> BOGDANOSKI, Tony. Towards an animal-friendly family law: recognising the welfare of family law's forgotten family members. *Griffith Law Review*, v. 19, n. 2, p. 197-237, 2010. p. 229.

informador – o antropocentrismo – e por não ser aplicável a animais sem valor econômico.

Destacando-se do antropocentrismo, identificou-se outras soluções na doutrina estrangeira que se fundamentaram em uma perspectiva animalista. Entre estes, o critério do melhor interesse do animal se revelou como uma importação analógica do princípio do melhor interesse da criança e adolescente, já o critério do melhor interesse da família acaba esquecendo os interesses do animal. Em derradeiro, registrou-se o sistema de pontuação, que visa objetivar aspectos do tratamento do animal diante da família em que estava inserido. Concluiu-se que todos os critérios só consideram um fator do problema ou sequer possuem aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico.

Percebeu-se que a problemática da fixação da guarda aos demais animais consiste em uma questão complexa, que não comporta a simplificação em somente um dos critérios tradicionalmente adotados pela doutrina. Assim, sugeriu-se uma solução tridimensional para a situação-problema proposta, que busca levar em consideração os principais aspectos verificados.

Em uma perspectiva, o ambiente em que o animal será colocado não deverá ser cruel. A ausência de crueldade deve ser lida em consonância com as características individuais do animal em disputa, sem se olvidar das demandas típicas da espécie a qual pertence.

Visualizado o ambiente adequado, a preocupação deve-se voltar aos humanos que mantêm relação com este animal. Longe de ser uma perspectiva centrada no ser humano, a preocupação com esta relação prestigia a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Em derradeiro, a função eudemonista da família não pode ser esquecida no momento de sua dissolução. Assim, a proposta tridimensional inclui a preocupação com a felicidade da família como todo. Desta forma, o arranjo deverá não só levar em consideração que o animal em disputa não seja submetido à crueldade e que os seres humanos que se relacionam com o animal não sejam privados do contato com o ente querido, mas também que se obtenha a solução que otimize a felicidade na família.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Samory Pereira. Guarda de animais: uma perspectiva tridimensional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 19-39, jul./set. 2020.

---

Recebido em: 07.02.2019

1º parecer em: 26.07.2019

2º parecer em: 27.01.2020