

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

TJRJ – *Apelação 0019757-79.2013.8.19.0208* – 22.ª Câm. Civ. –
j. 27.01.2015 – v.u. – rel. Des. Marcelo Lima Buhatem – *DJe*
04.02.2015 – Área do Direito: Família e Sucessões.

UNIÃO ESTÁVEL – Dissolução – Direito de visitas ao cão de família – Admissibilidade – Princípio da proibição ao non liquet – Solução que não tem o objetivo de conferir direitos subjetivos ao animal, mas se expressa como uma consequência da dignidade da pessoa humana – Companhia e posse provisória a um dos cônjuges que não detém a guarda do bichano, a despeito da ausência de previsão normativa, que se impõe.

Jurisprudência no mesmo sentido

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\486736.

Veja também Doutrina

- Dos fundamentos da proteção aos animais – uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade, de Bruno Resende Azevedo Gontijo e César Fiuza – *RDCC 1/189-204 (DTR\2014\19834)*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019757-79.2013.8.19.0208

22ª CÂMARA CÍVEL

Relator: Des. MARCELO LIMA BUHATEM

APELANTE: XXXXXXXXXXXX

APELADO: XXXXXXXXXXXX

**DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO
DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE
SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA
PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE
ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER-**

DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER-

RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL – RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA

DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA – ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO –

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

CACHORRINHO “DULLY” QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA – VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS –

SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE –

PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O *THEMA*, MAS SOPESANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O *NON LIQUET*, PERMITIR AO

RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO.

SENTENÇA QUE SE MANTÉM

1. Cuida-se de apelação contra sentença que, em demanda de dissolução de união estável c/c partilha de bens, movida pela apelada em face do apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer e dissolver a união estável havida entre as partes e determinou, ainda, que a autora ficasse com a posse do cão de estimação da raça Coker Spaniel.

2. Insurge-se o réu unicamente com relação à posse do animal de estimação, sustentando, em síntese, que o cachorro foi adquirido para si, ressaltando que sempre cuidou do cão, levando-o para passear e para consultas ao veterinário, destacando, ainda, que sempre arcou com os seus custos, inclusive com a vacinação.

3. De fato, da análise do conjunto probatório infere-se que a parte autora logrou comprovar que era a responsável pelos cuidados do cão Dully,

4. Contudo, não se pode ignorar o direito do apelante de, ao menos, ter o animal em sua companhia. Questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador.

5. **Semovente** que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família.

6. Cachorrinho “Dully” que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial e extremo dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos

emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos.

7. Solução que, se não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, traduz, por outro lado, mais uma das variegadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, **em favor do recorrente.**

8. **Recurso desprovido**, fixando-se, porém, a despeito da ausência de previsão normativa regente o *thema*, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, **permitir** ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo.

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

COMENTÁRIO

A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA DE ANIMAIS

THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF ANIMAL CUSTODY

RESUMO: O trabalho tem por escopo analisar o julgamento do Recurso de Apelação 0019757-79.2013.8.19.0208 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual se deferiu a posse provisória de cão de estimação em caso de dissolução de união estável. Pretende-se demonstrar que, em casos como esse, a utilização do instituto jurídico de guarda é inadequado, porquanto incompatível com construções fundamentais de Dogmática Geral do Direito Privado. Nesse sentido, não se olvida que diversos argumentos existem para se negar a possibilidade jurídica da guarda de animais. O presente trabalho, não obstante, enfoca apenas um desses argumentos, quiçá o mais importante deles: a sua incompatibilidade com a teoria geral da relação jurídica.

ABSTRACT: This work analyzes the decision of Rio de Janeiro State Court concerning the appeal 0019757-79.2013.8.19.0208, which has deferred, in a case of civil union dissolution, the scheduled possession of a pet dog. We pretend to demonstrate that, in cases like this, the use of the juridical institute of custody is inappropriate, since it is incompatible with axiological formulations of General Dogmatic of Private Law. Accordingly, we do not disregard the existence of many reasons to deny the juridical possibility of animal custody. This work, notwithstanding, focus primarily on one point, perhaps the most important one: its incompatibility with the general theory of juridical relationship.

PALAVRAS-CHAVE: Cão de estimação – Dissolução de união estável – Guarda – Posse – Dogmática geral do direito privado – Teoria geral da relação jurídica.

KEYWORDS: Pet dog – Civil union dissolution – Custody – Possession – General dogmatic of private law – General theory of juridical relationship.

SUMÁRIO: 1. Síntese do caso. 2. O poder familiar como posição jurídica subjetiva ativa complexa. 3. O poder familiar e a guarda. 4. A (im)possibilidade dogmática da guarda de animais. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. SÍNTESE DO CASO

Trata-se, na origem, de ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens na qual se requereu a atribuição da guarda de animal de estimação consistente em cão da raça Copker Spaniel.

O magistrado de piso julgou procedente o pedido de reconhecimento e de dissolução de união estável e parcialmente procedente o pedido de partilha de bens, determinando a devolução do cão de estimação à autora, porquanto esta teria comprovado ser sua legítima proprietária.

Por meio de recurso de apelação, pretende o réu seja reformada a sentença unicamente em relação à posse do cão de estimação, ao argumento de que: (a) o animal foi por ele adquirido; (b) foi ele quem sempre dispensou os cuidados necessários ao cão, levando-o para passear, às consultas veterinárias, arcando, sempre, com todos os custos necessários; (c) os recibos anexados foram emitidos em nome da autora por mera liberalidade do apelante; e (d) o documento fornecido pela Confederação Brasileira de Cinofilia não é suficiente para comprovar a propriedade do animal.

Esclarece o acórdão que a questão analisada limita-se à "posse, guarda e o eventual direito de desfrutar da companhia de animal de estimação do casal, quando finda a sociedade conjugal".

A 22ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação, fixando, no entanto, o direito do recorrente de, caso queira, "ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00 de sábado, restituindo-lhe às 17:00 do domingo", com fulcro nos fundamentos que se passa a expor.

De pòrtico, importa mencionar que o acórdão destaca a necessidade que tal tema exige de se revisitar conceitos e dogmas clássicos do Direito Civil, consignando, ademais, tratar-se de assunto desafiador, porquanto não normatizado pelo legislador pátrio, a despeito de existir, como mencionado na razões de decidir, tramitando na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 1.058/2011, de autoria do Deputado Dr. Ubiali, que dispõe "sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências".

Obtempera que a questão deve ser enfrentada sem preconceitos e tendo em vista o contexto sociojurídico estabelecido pós-Constituição Federal de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana a postulado que se espalha para toda sorte de relações jurídicas.

Cita a inquestionável importância que os animais de estimação possuem em nossa sociedade contemporânea, o que é evidenciado pelos inúmeros programas de televisão, publicações especializadas, sítios virtuais, comunidades em redes sociais, serviços especializados e todo tipo de interface voltada aos animais.

Ao mesmo tempo que destaca a falta de disciplina legal da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, não ignora que cada vez mais:

[...] assomam ao Judiciário numerosas dissoluções de sociedades conjugais, onde muitas vezes se constata situação em que os cônjuges logram solucionar as questões envolvendo os bens adquiridos pelo casal, mas, em curioso e peculiar contexto, divergem renhidamente acerca da posse, guarda do animal de estimação adquirido ao longo da relação.

Rechaça não só o tratamento, nestes casos, do animal de estimação apenas com esquite no direito ambiental ou no direito transindividual, mas também seu tratamento como mera *res* ou semovente submetido à disciplina clássica conferida pelo Direito Civil às demais coisas, porquanto a estima e o afeto nutridos por estes animais de estimação, que não são destinados ao trabalho ou ao abate, mas ao preenchimento de necessidades humanas emocionais, demanda um tratamento diferenciado.

Importa mencionar, ademais, que o acórdão se refere ao fato de ser comum que pessoas tratem seus animais de estimação sob a consagrada expressão "parte da família", de modo que, de acordo com os modernos vetores do direito de família, não seria lícito, em eventual partilha, destiná-los a apenas um dos cônjuges. Esta peculiar característica conferida a tais seres é perfeitamente retratada no caso dos autos, em que o referido cão foi dado de presente pelo apelante à autora com o objetivo de aplacar seu sofrimento diante de um aborto espontâneo por esta sofrido.

No caso dos autos, a parte autora logrou êxito em comprovar que era responsável pelos cuidados do cão Dully por meio de Atestado de Vacinação no qual figura como proprietária, bem como por receituários e laudos médicos, documentos que não foram rechaçados pelo apelante.

Destaca, no entanto, que a demanda versa em suas mais de 160 páginas sobre o cão de estimação, o que ressalta o importante papel que ele desempenha na família e o manifesto sofrimento que a privação de seu convívio poderia causar para qualquer dos ex-companheiros.

Com fulcro nos fundamentos acima aduzidos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a despeito de reconhecer que a propriedade do animal pertence à autora, deferiu, como cediço, ao apelante, o direito de ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo sua posse provisória.

O presente comentário, ainda que em caráter de esboço, tem por escopo analisar até que ponto esta decisão está de acordo com os ditames da Dogmática Geral do Direito Privado, máxime diante do desvio categorial que vem ocorrendo no Brasil no que diz respeito ao estudo da natureza jurídica dos animais e de suas consequências em virtude da apropriação do tema pelo Direito Público, sobretudo por constitucionalistas¹.

Não se pode perder de vista, como destaca Pontes de Miranda², que o sistema jurídico é sistema lógico composto de proposições que se referem à vida das pessoas, sendo de fundamental importância a exatidão e a precisão dos conceitos, bem como a boa escolha a nitidez deles, sem que esse imperativo de coerência sistêmica possa se confundir com a adoção de um formalismo jurídico exacerbado.

Nesse sentido, não se olvida que diversos argumentos existem para se negar a possibilidade jurídica da guarda de animais³. O presente trabalho, não obstante, enfoca apenas um desses argumentos, quiçá o mais importante deles: a sua incompatibilidade com a teoria geral da relação jurídica.

1. SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do Direito Civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, ano 3, p. 897, 2017. Conforme afirma José Fernando Simão, "a leitura do direito dos animais exige uma decisão quanto à natureza jurídica, e portanto, passa por uma reflexão puramente de Direito Civil, pois é esse que cuida das categorias jurídicas [...] é o Código Civil que desenha as categorias jurídicas e dá a elas seus efeitos" (SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do Direito Civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, ano 3, p. 898, 2017).
2. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: pessoas físicas e jurídicas*. Atual. por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. I, p. 13-15.
3. Pode-se mencionar, a título de exemplo, a advertência de José Fernando Simão no que tange à tentativa de aplicação aos animais do conceito de melhor interesse: "se percebe que muitas orientações pretendem transpor ao animal a noção de melhor interesse que é própria do ser humano, esquecendo-se que o melhor interesse do animal pode não ser (e quase nunca o é) o melhor interesse de seus donos" (SIMÃO, José Fernando. *Guarda alternada – animais domésticos: três perplexidades na defesa de seus interesses*. *Jornal Carta Forense*, 05.07.2016. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-alternada-animais-domesticos-tres-perplexidades-na-defesa-de-seus-interesses/ 16728]. Acesso em: 17.10.2017.

2. O PODER FAMILIAR COMO POSIÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA ATIVA COMPLEXA

A análise da conclusão a que chegou o presente acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deve principiar pela exposição e compreensão de alguns conceitos fundamentais tanto de Direito de Família quanto de Dogmática Geral do Direito Privado, para que, ao final, aplicando-os ao caso concreto, seja possível extrair conclusões que estejam alicerçadas em premissas verdadeiramente seguras. Passa-se a eles, pois.

Inicialmente, para a compreensão do instituto jurídico da guarda, mister o estudo prévio da figura do poder familiar, a ele intimamente relacionado.

O poder familiar, segundo Pontes de Miranda, é o "conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação dêsse, e de deveres em relação ao filho"⁴.

Já Clóvis Beviláqua definia o então denominado pátrio poder como "complexo de direitos que a lei confere ao pae, sobre a pessoa e os bens dos filhos". Vaticinava o autor que "esse conjunto de direitos é apenas tutelar, no sentido de que a sua organização visa mais o interesse do filho, que, por sua idade, necessita de um guia e protector, do que o interesse do pae, como no antigo direito"⁵.

Já para Silvio Rodrigues, o poder familiar "é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes"⁶.

Paulo Lôbo o define como "o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos"⁷.

Dessas definições pode-se extrair dois aspectos fundamentais do poder familiar, um estrutural e outro funcional ou teleológico.

Do ponto de vista estrutural, o poder familiar é um complexo de poderes e deveres, podendo ser conceituado como posição jurídica subjetiva ativa complexa⁸, ao que Menezes Cordeiro denomina simplesmente como "situação complexa", definida pelo autor como aquela situação jurídica composta por vários elementos que podem ser destacados de seu conteúdo e, noutras circunstâncias, se arvorarem em situações jurídicas autônomas⁹.

De fato, quando Pontes de Miranda destaca que o poder familiar é, a um só tempo, conjunto de direitos e deveres, deixa entrever, ainda que sem utilizar a terminologia aqui adotada, que o poder familiar é uma posição jurídica complexa decomponível em outras posições jurídicas ditas elementares¹⁰.

4. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito de família. Direito parental*. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. IX, p. 183.
5. BEVLÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. II. p. 360.
6. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 356.
7. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.
8. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JR., Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999. mimeo, p. 17.
9. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. Introdução, doutrina geral e negócio jurídico. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. I. p. 140.
10. Os pressupostos dogmáticos que aqui se adota ajudaram a superar a utilização ambígua das expressões "direito" – que era utilizada para exprimir qualquer posição ativa titularizada por um sujeito de relação jurídica – e "dever", utilizada para qualquer posição jurídica passiva. Nesse sentido, vale menção às palavras de Alf Ross, que em seus estudos, parte da mesma base teórica: "[...] a divisão dever/direito é demasiadamente superficial. O termo direito (*right, derecho*) (em sentido subjetivo) abrange conceitos tão heterogêneos como faculdade (*facultad, clam*), liberdade, poder (*potestade*) e imunidade, e não se distingue entre dever e as outras modalidades passivas.

Por outro lado, do ponto de vista funcional ou teleológico, o poder familiar, ao contrário do direito (em sentido) subjetivo, é posição jurídica complexa que deve ser exercida não em benefício de seu titular, mas para a satisfação de interesses de terceiros, os filhos¹¹, sob pena de sua destituição ou perda, a teor do disposto nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil.

Como corolário lógico desses dois aspectos do poder familiar, é possível inclui-lo, como o fazem, entre outros, Francesco Carnelutti¹², Menezes Cordeiro¹³, Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁴, Giuseppe Lumia¹⁵ e Alcides Tomasetti Jr., na categoria dos chamados poderes funcionais¹⁶ (também denominado de *potestà*), que são aquelas posições jurídicas subjetivas ativas complexas formadas pela conjugação de poderes formativos¹⁷ e deveres comportamentais¹⁸⁻¹⁹. Nos dizeres de Giuseppe Lumia, "nos poderes funcionais, determinadas

Essa análise incompleta em termos de dever/direito (*duty-right*) tem causado a confusão que caracteriza a linguagem jurídica, tanto na legislação como no estudo doutrinário do direito" (ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007. p. 200).

11. DOMIGNUES, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina. v. I. p. 10; LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JR., Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999. mimeo, p. 17; SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado. Investigações de direito brasileiro e português. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, ano 1, jul.-set., 2014. p. 136. Em sentido contrário, afirma Menezes Cordeiro que "a doutrina tradicional, que fazia intervir o 'interesse' no próprio conceito de direito subjetivo, apurava aqui uma dissociação entre os 'poderes' do direito funcional e os interesses por ele servidos. Julga-se que esta via é pouco convincente: um bom exercício do poder paternal é sempre do interesse dos pais e dos filhos, seja ele atendido em sentido objectivo como no subjectivo" (MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. Introdução, doutrina geral e negócio jurídico. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. I. p. 182). No mesmo sentido, criticando a terminologia adotada no texto, Antunes Varella: "A expressão poderes funcionais não é, porém, inteiramente correcta, porque esbate o interesse fundamental do titular do poder (especialmente dos pais) no exercício do direito. A educação do menor corresponde, não apenas ao interesse do filho, mas também à plena realização da personalidade dos pais. Só a personalidade paterna, escreve Luderitz para acentuar esse aspecto fundamental do poder paternal, e não o funcionário paternalista, pode constituir a imagem necessária à tarefa da educação" (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito de família: direito matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982. p. 55).
12. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. p. 259.
13. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. Introdução, doutrina geral e negócio jurídico. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. I. p. 181-182.
14. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. Coimbra: Almedina, 1986. p. 179.
15. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JR., Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999. mimeo, p. 17.
16. Também se encontra esses poderes atribuídos aos agentes públicos e aos administradores de uma sociedade anônima, por exemplo.
17. O poder formativo é o poder eminentemente jurídico de alterar a esfera jurídica de outro sujeito de relação, que não pode a ele se opor. O mecanismo desta posição jurídica – justificando a sua derivação de normas secundárias ou de competência – corresponde àquela capacidade de ditar normas a outrem. Em outras palavras, do mesmo modo que todos estão sujeitos à incidência infalível das normas jurídicas sem que haja possibilidade de resistência, o polo passivo da relação jurídica está sujeito ao exercício do poder formativo.
18. Dever comportamental é a posição jurídica subjetiva ativa elementar correlativa à posição jurídica denominada pretensão. Consiste na necessidade de se subordinar interesse próprio ao daquele que titulariza a pretensão.
19. Em sentido contrário, Marcel Edvar Simões entende que os poderes funcionais não possuem, a rigor, em seu conteúdo, a posição jurídica passiva denominada *dever comportamental*, figurando esta, em verdade, ao lado do poder funcional. Cf. SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado. Investigações de direito brasileiro e português. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, ano 1, jul.-set., 2014. p. 137.

posições jurídicas são atribuídas a um sujeito para a satisfação de interesses que não são estritamente seus²⁰. Francesco Carnelutti, por seu turno, afirma que: “[...] se é verdade que a *potestas* é a faculdade de comandar para tutela do interesse de outrem, o seu exercício é também, e nem pode deixar de ser, a prossecução de um interesse; só que o interesse tutelado pelo comando é um, e outro é o interesse prosseguido através da ação de comandar”²¹.

Antonio Cicu, que insere o poder familiar no conceito de *potestà*, ao relacioná-lo ao exercício de um *officium* ou de uma função, esclarece, se bem que não adote esta terminologia, o motivo de se atribuir ao poder familiar a qualidade de poder funcional. De acordo com o autor, “avendo la sua ragion d'essere nel fine per cui è attribuito, il potere sussiste solo in quanto l'investito è idoneo ad esercitarlo, è legittimo solo in quanto esercitato in conformità del fine, ed anche se discrezionale, trova limite nell'abuso”²².

Com efeito, os titulares do poder familiar não possuem a liberdade de exercê-lo. *Devem* fazê-lo, sob pena de serem punidos ou responsabilizados pela desídia²³.

Marcel Edvar Simões, atento às vantagens de se adotar elementos de Teoria Geral do Direito Privado para a boa compreensão da questão em testilha, destaca que:

O poder familiar, encarado sob a perspectiva da Teoria Geral do Direito Privado, é um poder funcional – categoria muitas vezes conhecida pela denominação, tecnicamente imprópria, de “poder-dever”. Estão reduzindo, em Portugal, os autores com pleno conhecimento do real significado desse enquadramento. Mas ainda há juristas como Jorge Duarte Pinheiro, Luís Alberto Carvalho Fernandes, António Menezes Cordeiro, dentre outros, que em suas obras de Direito de Família ou de Teoria Geral vão aos pontos centrais da figura. No Brasil, praticamente inexistente na atualidade quem conheça e possa trabalhar adequadamente com a categoria do poder funcional – com honrosas exceções, como aquelas representadas por Alcides Tomasetti Júnior e Antonio Jorge Pereira Júnior²⁴.

De fato, cumpre inserir o instituto no campo mais amplo das teorias gerais. O recurso à teoria geral é sempre profícuo, pois permite o tratamento da matéria à luz de construções científicas há muito elaboradas, que permitem uma abordagem técnico-jurídica mais precisa²⁵.

Estabelecida a natureza jurídica do poder familiar, importa inseri-lo no contexto mais amplo da Teoria Geral da Relação Jurídica.

Nesse sentido, inicia-se pela afirmação elementar de que toda posição jurídica²⁶ encontra-se inserida em uma relação jurídica. A relação jurídica, de acordo com Manuel Domingues de Andrade, “vem a ser

20. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JR., Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999. mimeo, p. 17.

21. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. p. 259.

22. CICU, Antonio. *La Filiazione*. 3. ristampa riv. e aggiornata Della 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1969. p. 351.

23. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito de família: direito matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982. p. 55.

24. SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado. Investigações de direito brasileiro e português. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, ano 1, jul.-set. 2014. p. 135-136.

25. Antonio Junqueira de Azevedo, ao tratar da crise enfrentada pelo Direito Civil, afirma que, não obstante, os conceitos abstratos, as grandes classificações e os primeiros e principais princípios (Teoria Geral do Direito Civil) são matérias que, além de subsistirem com grande força, possuem “a beleza, a delicadeza e a força de construção” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Ed. RT, n. 1, v. 1, out-dez. 2014. p. 355).

26. “A expressão fundamental do fenômeno jurídico reside nas posições dos sujeitos, porquanto estas exprimem a relação normodispositiva entre sujeito, ou cada sujeito, e o objeto. É através dessas posições que a norma introduz os sujeitos na ordem de seus próprios fins, ou dos fins da própria norma; ordem que é presidida por um *ethos* específico – o de ajustar ao homem o que lhe convém, em cada problema situado, e em razão do que convém a todos. Esse *ethos* é fundacional: absorve toda a componência do fenômeno jurídico e determina todos

unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição²⁷. Pode-se afirmar, talvez com maior precisão, que a relação jurídica é a relação da vida disciplinada pelo direito mediante a atribuição a um sujeito – titular do interesse prevalecente – de um poder jurídico e a correspondente imposição a outro sujeito – titular do interesse subordinado – de um dever jurídico, com o escopo de solucionar determinado conflito de interesses²⁸.

Acentue-se, pois, que não há poder jurídico sem dever jurídico²⁹. Essa ideia corresponde ao que se pode chamar princípio da correspectividade de direitos e deveres³⁰ ou, mais propriamente, princípio da correspectividade de posições jurídicas ativas e passivas. Tal consideração é da mais alta relevância e diz respeito à própria essência ou ao modo de ser do fenômeno jurídico.

De fato, a principal função do Direito é, verdadeiramente, realizar a ordenação dos interesses em conflito³¹. Há que se considerar que existem muito mais interesses aguardando para serem satisfeitos do que bens da vida para satisfazê-los, o que, inevitavelmente, promove conflitos de interesses³². Nesse contexto, como técnica de resolução de tais conflitos, o ordenamento jurídico é erigido de tal sorte a atribuir poderes a determinados sujeitos de interesses prevalecentes e a impor deveres a determinados sujeitos de interesses subordinados³³.

Nesse sentido, Santoro-Passarelli esclarece e sintetiza esse mecanismo de atuação da relação jurídica e a sua função ordenadora de interesses:

A relação jurídica indica, estabelece, pode dizer-se, a posição de poder de uma pessoa e a correspectiva posição de dever de outra ou de outras pessoas. O poder e o dever são estabelecidos pelo sistema jurídico para tutela de um interesse, e é precisamente através da relação jurídica, e da atribuição de um poder da vontade ao sujeito activo da relação, que se subordina o interesse do sujeito ou dos sujeitos passivos ao interesse do sujeito activo.

O interesse não é o bem, mas o valor relativo que um determinado bem representa para um certo sujeito, e por isso se compreende, entre outras coisas, que seja possível uma graduação dos interesses de vários sujeitos em ordem ao mesmo bem.

os elementos que lhe sejam presentes – sujeito, objeto, relações possíveis – de modo que tudo resulte apenas como suporte de sua específica e decisiva equação” (CASTRO, TORQUATO. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 44).

27. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. v. I. p. 2.
28. TOMASETTI JR., Alcides. A “propriedade privada” entre o direito civil e a Constituição. *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, v. 126, abr.-jun. 2002. p. 123. Não por outro motivo, Francesco Carnelutti trata a relação jurídica como um conflito de interesses. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. p. 282.
29. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. p. 252.
30. Esse princípio rege as relações jurídicas e é mencionado por autores como Pontes de Miranda e Lourival Vilanova. Por todos: BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199.
31. GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 25.
32. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. p. 91; TOMASETTI JR., Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, v. 126, abr.-jun. 2002. p. 123.
33. TOMASETTI JR., Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, v. 126, abr.-jun. 2002. p. 123; MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. Coimbra: Almedina, 1986. p. 167; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 41.

A posição activa da relação jurídica pode designar-se com o nome genérico de poder e a passiva com o nome correlativo de dever³⁴.

Daí a necessária bilateralidade do fenómeno jurídico. Não existem poderes e deveres que não estejam em correlação. Dito de maneira mais precisa, não existem posições jurídicas que não estejam em necessária correlação, formando, pois, relações jurídicas. O princípio da correspectividade de posições jurídicas ativas e passivas é inafastável. Não por outro motivo Pontes de Miranda e Karl Larenz atribuem à relação jurídica a qualidade de uma das noções fundamentais do direito³⁵.

Já Teixeira de Freitas destacava que esta correlação é consequência da própria natureza do fenómeno jurídico:

Em sentido geral não há direito sem obrigação correlativa, mas trata-se aqui de obrigação do Direito Civil, correspondente aos direitos pessoais – *jura in personam* –. A palavra indica especialmente o lado passivo do vínculo, porém virtualmente exprime o vínculo inteiro. O que é obrigação para um, constitui necessariamente direito para outro. Nada tem de falso o proverbio – *jus et obligatio sunt correlata* –, nem prevalecem as objeções em contrario [...] Logo que o genero humano desaparecesse, ficando reduzido a um só homem, o direito de propriedade, e todos os mais direitos, ficariam sem razão de existencia. O direito quer a vida real: quer a possibilidade de relações do individuo intelligente e livre com entes, que têm a mesma natureza e o mesmo destino. O delicto deixaria de ser causa immediata da obrigação de reparar o damno causado, se o delicto não exprimisse um direito violado³⁶.

Pode-se afirmar, portanto, que a concepção de relação jurídica está intimamente ligada a de direito (em sentido) subjetivo³⁷, máxime quando se tem presente que este surgiu como um aspecto daquela³⁸.

Deve-se a Immanuel Kant, no campo da filosofia³⁹, e a Friedrich Carl von Savigny, no campo da técnica jurídica, a noção de direito sob a perspectiva da relação jurídica. A relação jurídica é, nesse sentido, a chave para a compreensão da metodologia adotada pelo Barão⁴⁰.

A proeminência da figura da relação jurídica é ressaltada por Benjamin Herzog que, ao comentar as características da obra de Friedrich Carl von Savigny, destaca que, para este autor, "a reconstrução

34. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida, 1967. p. 49.

35. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. I, p. 19; LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 245.

36. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. augmentada. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896. p. XLIII.

37. Atualmente, a concepção de direito subjetivo evoluiu para uma teoria das situações jurídicas ou das posições jurídicas. Pensamos, não obstante, que tais concepções não são mutuamente excludentes, desde que se adote, como se faz no presente trabalho, uma concepção de direito subjetivo como posição jurídica subjetiva ativa complexa.

38. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 5.

39. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2012. p. 39.

40. HERZOG, Benjamin. A recepção da metodologia de Savigny no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, v. 7, ano 3, abr.-jun. 2016. p. 283. "Na esteira de SAVIGNY, a pandectística oitocentista adoptou a relação jurídica como estrutura básica do sistema externo do Direito. Todo o Direito seria estruturável e explicável por relações jurídicas cujos componentes seriam o sujeito, o objecto, o facto e a garantia. Durante longo tempo, a relação jurídica desempenhou pacificamente o papel de estrutura fundamental e natural do Direito" (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 632).

do 'pensamento imanente à lei' não se inicia com a lei propriamente dita, mas antes com a relação jurídica⁴¹.

Com efeito, a escola histórica alemã atribuía à relação jurídica – e não à norma jurídica – o fundamento da construção sistemática do direito⁴².

Nesse contexto, importa consignar que o Código Civil alemão (BGB) de 1900 acolheu uma vasta gama de conceitos gerais hauridos da pandectista, destacando-se, sobretudo, a sistematização das relações jurídicas em sua parte geral⁴³.

Na Itália, Alessandro Levi, autor da mais recente teoria do direito como relação jurídica⁴⁴, considera o *rapporto giuridico* como conceito fundamental sobre o qual se funda a construção sistemática e científica do Direito, não representando mero conceito empírico ou técnico, constituindo-se, sobretudo, conceito filosófico, porque identifica o universal legal em sua pontualidade concreta⁴⁵.

O estudo do Direito por meio da relação jurídica possui, de fato, a vantagem de colocar em evidência a situação fática concreta, focando o objeto do direito que é a realidade social⁴⁶. Nesse sentido, Torquato Castro afirma que:

A perspectiva que nos oferece o direito em sua pureza ôntica não é a da lei, em que ele se refrange ou se deforma em pedaços, mas a de cada realidade situacional concreta em que a ação criadora do jurisprudente tem presente sua imagem real e, servindo-se da lei enquanto possível, reúne os troços descontinuos a que ele foi reduzido por sua versão abstrata⁴⁷.

Conforme destacam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, elucidando a importância da figura da relação jurídica, "um dos ângulos pelos quais a realidade fenomênica do Direito se apresenta e pode ser compreendida e estudada relaciona-se com o fato de o sistema jurídico ser estabelecido a partir da qualidade das relações jurídicas humanas que pretende regular"⁴⁸.

41. HERZOG, Benjamin. A recepção da metodologia de Savigny no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, v. 7, ano 3, abr.-jun. 2016. p. 283.

42. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 33. Francisco Amaral descreve a importância da categoria "relação jurídica": "Essa teoria baseia-se no princípio da autonomia da vontade, segundo a qual os sujeitos podem criar e modificar relações jurídicas, no exercício de um poder que lhe é reconhecido pelo Estado. Manifestação prática de sua importância está no reconhecimento constitucional dos direitos humanos, dos direitos subjetivos públicos, das garantias individuais, enfim, da proteção que o Estado deve ao cidadão na sua vida social e jurídica e que pressupõe relações criadas pela autonomia dos indivíduos. A relação jurídica apresenta-se, então, como categoria capaz de explicar toda a atividade jurídica do indivíduo. O conceito de relação jurídica é fundamental no direito, podendo dizer-se que é uma categoria básica do direito privado. Representa um nexu jurídico entre pessoas, contendo poderes e deveres. Tem como fundamentos axiológicos a moral kantiana e a doutrina liberal democrática, e seu principal campo de atuação particular é a experiência jurídica na qual 'a vida jurídica se apresenta como conjunto de relações, que a norma estatal fixa de modo típico', e na qual a autonomia privada estabelece o conteúdo preceptivo. Substancialmente, a relação jurídica está na origem, 'mediante a manifestação de vontade ou o encontro consensual das vontades', da norma que regula o comportamento concreto das partes" (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 34); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 6.

43. *Ibidem*, p. 7-8.

44. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2012. p. 41.

45. LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*. 2. ed. Padova: Cedam, 1967. p. 11 e 28.

46. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva...* cit., p. 3.

47. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 52.

48. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 350.

A adoção da categoria "relação jurídica" representou, por exemplo, uma virada na ciência jurídica portuguesa em direção à Pandectista no início do séc. XX, tendo, no Código Civil de 1966 de Portugal, posição de destaque como um dos títulos da parte geral daquele Diploma⁴⁹.

A germanização do direito civil português deve-se, em larga medida, aos estudos de Guilherme Alves Moreira, que introduziu, naquele país, os ensinamentos da pandectista e o conceitualismo de Friedrich Carl von Savigny, sendo certo, ademais, que os grandes privatistas portugueses contemporâneos continuam fiéis a esse projeto, o que, sem sombra de dúvidas, indiretamente afeta o direito brasileiro⁵⁰.

Com efeito, Guilherme Alves Moreira reconhece que os poderes e deveres exercem-se por meio da técnica da relação jurídica:

Os poderes que o direito objectivo reconhece aos indivíduos exercem-se pela constituição de relações da vida real, que têm o nome de jurídicas, quando sejam no todo ou em parte reguladas pelo direito. Assim, quem compra um objecto realiza uma relação da vida real, em virtude da qual adquire o poder de dispôr desse objecto mediante um determinado preço, e essa relação é jurídica, porque os efeitos que della derivam são garantidos pelo direito [...].⁵¹

O autor português Castro Mendes, nesse contexto, ao tratar da importância da teoria geral da relação jurídica, elucida que os seus quatro elementos estão representados na sistematização do Título II da Parte Geral do Código Civil daquele país: "das pessoas", "das coisas", "dos factos jurídicos" e "do exercício e tutela dos direitos"⁵².

A imprescindibilidade, para o sistema jurídico brasileiro, da técnica representada pela relação jurídica é ainda mais evidente quando se constata que, fortemente influenciado pelos estudos de Friedrich Carl von Savigny, Augusto Teixeira de Freitas já adotava como critério de organização da sua Consolidação das Leis Cíveis de 1858, a distinção fundamental entre direitos subjetivos pessoais e reais, o que, em última análise, representa uma sistematização com base na distinção entre as relações jurídicas: "as diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação"⁵³.

Nessa esteira, a estrutura do Código Civil brasileiro também tem na teoria da relação jurídica seu fundamento último. Com efeito, sob influência do sistema germânico – inspirado na obra de Friedrich Carl von Savigny – o Código Civil de 1916 – e, por consequência, o Código Civil de 2002 – baseia-se na classificação dos direitos conforme as diversas relações jurídicas, dividindo-se, ademais, em uma parte geral e outra especial⁵⁴.

49. HERZOG, Benjamin. A recepção da metodologia de Savigny no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Ed. RT, v. 7, ano 3, abr.-jun. 2016. p. 291.

50. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 938, dez. 2013. p. 79-155.

51. ALVES MOREIRA, Guilherme. *Instituições do direito civil português: parte geral*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. p. 121.

52. MENDES, Castro. *Direito civil: teoria geral*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 145.

53. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*. 3. ed. aumentada. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896. p. LXII. Do mesmo modo, Conselheiro Joaquim Ribas, outro eminente jurista oitocentista, também já destacava, ao tratar de seu sistema preferível para sistematização das leis cíveis, que a estruturação do Direito Civil deveria partir da noção de relação jurídica: "Para bem classificarmos os preceitos que constituem a legislação civil, methodo mais acertado e natural é indagarmos as diferenças das relações regidas por estes preceitos, e donde eles emanam" (RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983. p. 206).

54. Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 67. São elucidativas, por sua força sintetizante, as palavras de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: "É assim que o sistema de Direito Privado é estruturado a partir de relações comuns, que são aglutinadas em diversas seções, para a melhor compreensão do todo. É o que acontece, por exemplo, com o nosso sistema de Direito Privado, que segue o modelo de Savigny (consagrado no Código Civil alemão, BGB – 1900), também conhecido por sistematização germânica, que estabelece uma parte geral que engloba os temas relativos aos elementos comuns às outras quatro partes e estas, por sua vez, correspondem ao direito aplicável a quatro espécies ou

Na Parte Geral – cuja elaboração se deve à doutrina pandectista do século XIX⁵⁵ –, reúnem-se os elementos comuns a todas as espécies de relações jurídicas⁵⁶, representando a sede, portanto, da Teoria Geral da Relação Jurídica⁵⁷. Como afirma Castro Mendes, a “teoria geral do direito civil é teoria geral da relação jurídica”⁵⁸.

A Parte Especial do Código Civil, por sua vez, é composta por um verdadeiro rol de relações jurídicas em espécie. São elas: relações jurídicas obrigacionais (Livro I), relações jurídicas de direito de empresa (Livro II), relação de direito das coisas (Livro III), relações de direito de família (Livro IV) e relações de direito das sucessões (Livro V).

Nesse sentido, afirmam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que “não se pode deixar de considerar que o CC (o macro sistema de direito privado) regula, primordialmente, as relações jurídicas civis, vale dizer, as relações jurídicas entre pessoas naturais e jurídicas entre si e em face das coisas que possam ser de sua titularidade”⁵⁹.

De fato, pode-se afirmar, com Orlando Gomes, que a relação jurídica é a categoria básica do Direito Privado, sendo certo que a compreensão de seu mecanismo de atuação e dos seus elementos é fundamental para o estudo das instituições privatísticas⁶⁰.

O modelo abstrato e geral de relação jurídica compõe-se de quatro elementos, a saber: (a) os sujeitos; (b) o objeto; (c) o fato jurídico constitutivo; e (d) a garantia⁶¹. Não é o momento oportuno para o estudo de cada um destes elementos, remetendo-se o leitor interessado, no ponto, às obras referenciadas.

O que importa consignar é que, no que tange à relação jurídica de direito de família, especificamente, afirma Wilfried Schlüter que esta “é uma inconstante e permanente relação jurídica. Seu conteúdo

modalidades diversas de relações jurídicas. Nosso sistema de divisão do Código Civil de 1916 em uma parte geral com três elementos (pessoas, bens e relações) e uma parte especial com quatro livros (família, sucessões, obrigações-contratos e coisas) bem como, no sistema de Direito Privado vigente (o Código Civil de 2002), uma parte especial com cinco livros, porquanto as denominadas ‘relações’ de interesse empresarial estão agora aglutinadas num corpo próprio, contido no todo estruturado do código, bem demonstra a preocupação metodológica de sistematizar o pensamento jurídico a partir da ideia de relações jurídicas humanas” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 350).

55. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações, fontes, espécies. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 22; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, jun. 2017. p. 90.
56. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. aumentada. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896. p. CXIII.
57. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 31; FLORES, Paulo R. M. Thompson. *Direito civil parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 68 e p. 82-85.
58. MENDES, Castro. *Direito civil: teoria geral*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 115.
59. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 333.
60. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 16.
61. ALVES MOREIRA, Guilherme. *Instituições do direito civil português: parte geral*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. p. 126; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. v. 1. p. 19 e ss; CARVALHO FERNANDES, Luís A. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1995. v. 1. p. 89; MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de direito civil: parte geral*. 4. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995. p. 237; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito de família: direito matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982. p. 53; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Teoria da relação jurídica: análise da parte geral do novo Código Civil*. Curitiba: JM Ed., 2004; MENDES, Castro. *Direito civil: teoria geral*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 139 e ss.

modifica-se com o aumento da idade do filho (por exemplo, maioridade) ou com o abandono da casa dos pais (compare §§ 1619, 1620 BGB) ou com o casamento (compare § 1633 BGB)⁶².

Não obstante essa inconstância, importa mencionar a excelente descrição, elaborada por Marcel Edvar Simões, da relação jurídica de direito de família que tem em seu conteúdo o poder familiar, destacando todos seus elementos:

São sujeitos ativos (ocupantes do polo ativo) na relação jurídica de Direito de Família concernente ao poder familiar o pai e a mãe. No polo passivo desta relação, encontram-se não apenas os filhos menores, como igualmente terceiros, além dos próprios pai e mãe (tendencialmente, trata-se aqui de sujeito passivo universal). O fato jurídico constitutivo desta relação é o nascimento com vida do filho havido na constância do casamento, ou a adoção de criança ou adolescente, ou ainda o reconhecimento de filho havido fora do casamento. O objeto da relação jurídica é dado pelos comportamentos, bens e modificações jurídicas previstos no artigo 1.634 (e, alegavelmente, nos artigos 1.689 a 1.693) do Código Civil brasileiro. Finalmente, a garantia desta relação jurídica é dada pelo conceito de ação em sentido material (o conjunto de meios que o ordenamento confere para a realização da posição jurídica ativa, *in casu*, o poder funcional familiar, merecendo ser destacados aqui mecanismos como, por exemplo, a busca e apreensão do menor)⁶³.

No que diz respeito ao seu conteúdo, a relação jurídica de direito de família descrita acima é composta, em seu polo ativo, por um poder funcional denominado poder familiar e, em seu polo passivo, por um dever denominado dever de obediência⁶⁴.

Para a melhor compreensão do poder funcional do ponto de vista geográfico dentro da Dogmática Geral do Direito Privado, deve-se esclarecer que este figura ao lado do direito (em sentido) subjetivo⁶⁵, isto é, tanto um quanto outro são posições jurídicas subjetivas complexas.

Assim entendida, a noção de direito subjetivo – e também a de poder funcional – varia de acordo com as posições jurídicas elementares que formam o seu conteúdo. São palavras de Alcides Tomasetti Jr.:

Assim decompostas as posições jurídicas ativas complexas, a mais importante dentre elas, a saber, o direito subjetivo, é apresentada como um conjunto unitário e unificante de posições jurídicas elementares. Pela expressão *direito subjetivo* indica-se, com grande poder sintetizante, o complexo de faculdades, pretensões, poderes e imunidades que se interligam habitual e constantemente, sob a titularidade de um mesmo sujeito, e com relação a um determinado bem (=objeto de relação jurídica)⁶⁶.

O poder funcional, assim como o direito em sentido subjetivo, portanto, pode ser decomposto em categorias mais precisas, às quais foi atribuído o nome de posições jurídicas subjetivas elementares em contraposição às posições jurídicas subjetivas complexas (poder jurídico e dever jurídico).

62. SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão: direito de família*. 9. ed. trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 389.

63. SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado. Investigações de direito brasileiro e português. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, ano 1, jul.-set. 2014. p. 145-146.

64. *Ibidem*, p. 146. Santoro-Passarelli utiliza a expressão *dever de respeito* ou um *não poder não respeitar* para designar a posição jurídica passiva correlativa ao poder familiar. Cf. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida, 1967. p. 54. Também elabora estudo sobre a relação jurídica de direito de família em que figura o poder familiar, Antonio Cicu em CICU, Antonio. *La Filiazione*. 3. ristampa riv. e aggiornata Della. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1969.

65. O direito em sentido subjetivo é, portanto, "um complexo unitário (e unificante) de posições jurídicas subjetivas ativas elementares; indica um conjunto de faculdades, pretensões, poderes formativos e imunidades, que se acham em coligação habitual e constante, sob a titularidade de um determinado sujeito, relativamente a determinado objeto" (LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JR., Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999. mimeo, p. 10).

66. TOMASETTI JR., Alcides. Comentários aos arts. 1º a 13 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 81.

Tais posições elementares são, do lado ativo: pretensão, faculdade, poder formativo e imunidade. Já as posições passivas correlativas são: dever comportamental, ausência de pretensão, sujeição e ausência de poder formativo⁶⁷. Deve-se essa construção dogmática a W. N. Hohfeld⁶⁸.

No presente momento, cumpre consignar, tão somente, que o poder familiar, como poder funcional que é, possui um conteúdo constituído por uma miríade de outras posições jurídicas que, como já destacado, classificam-se como poderes formativos e deveres comportamentais⁶⁹.

67. Na obra de Francesco Carnelutti, embora sem utilizar esta terminologia, o autor já faz alusão às posições jurídicas elementares. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006. Essas posições jurídicas subjetivas elementares “[...] foram objeto de uma construção quadripartida em que o quadro de categorias está dotado de uma potencialidade de expansão conceitual suscetível de cobrir, qualificar, e resumidamente referir, todas as possíveis posições jurídicas dos sujeitos ativos e passivos nas relações de direito” (TOMASETTI JR., Alcides. Comentários aos arts. 1º a 13 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord). *Comentários à lei de...cit.*, p. 81).
68. HOHFELD, W. N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University, 1923. p. 1-420.
69. Em sentido contrário, Marcel Edvar Simões, ao descrever o conteúdo do poder familiar, entende existir mais do que apenas posições jurídicas dessas duas espécies. De acordo com o autor, o conteúdo desse poder funcional seria composto por: “1) os poderes jurídicos de direção da criação e da educação dos filhos. Estes poderes jurídicos envolvem especialmente pretensões (e.g. pretensão em face do filho, poder exigir que este frequente a escola), poderes formativos (e.g. a alteração da esfera jurídica do menor, com o estabelecimento de relação jurídica entre ele e o estabelecimento educacional por definição dos pais, a que o menor está sujeito), e faculdades (liberdade, com limitações, de escolher o estabelecimento educacional de preferência, de definir os horários ou o período para o estudo e outras atividades do filho menor etc.). O não exercício destes poderes jurídicos caracteriza o delito de abandono intelectual, previsto no art. 246 do CP; 2) a pretensão dos pais a ter os filhos menores em sua companhia e guarda. Trata-se de pretensão dirigida ao menor, em primeiro lugar, aqui; 3) o poder formativo ligado à concessão do chamado assentimento para o casamento. Trata-se de assentimento, e não de consentimento, como incorretamente afirma o art. 1.634, III. Tecnicamente, de acordo com a boa dogmática brasileira, assentimento (ou autorização) é a manifestação de vontade de quem não é parte no negócio jurídico (os pais não figuram na qualidade de parte, junto com o filho, no casamento), e a ausência de assentimento (mera manifestação integrativa) implica a anulabilidade do casamento (art. 1.550, II, do CC/2002). Já a ausência de consentimento – a própria manifestação de vontade nuclear do negócio – implicaria a inexistência do negócio jurídico, por insuficiência do suporte fático; 4) o poder formativo de nomear tutor por testamento ao filho menor; 5) os poderes formativos ligados à representação dos filhos menores de 16 anos (absolutamente incapazes), e à assistência dos filhos entre os 16 e os 18 anos de idade (relativamente incapazes). O exercício de poder de representação é manifestação clara de exercício de poder formativo: o filho não tem um dever comportamental, na espécie. Fica na posição de sujeição, ante o exercício da representação ou assistência pelo pai ou pela mãe, e que produz efeitos em sua esfera jurídica; 6) pretensão para reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. Trata-se de pretensão dirigida aos terceiros, portanto; 7) as pretensões à obediência, ao respeito e aos serviços compatíveis com a idade. Trata-se de disposição sobre a qual controverte a doutrina, especificamente no que tange aos ‘serviços compatíveis com a idade’ e a continuidade de sua pertinência no moderno Direito de Família. Mas cumpre lembrar, aqui, que a Constituição da República Federativa do Brasil admite que o menor, a partir de 14 anos, trabalhe como aprendiz (art. 7.º, XXXIII, da CF/1988); 8) O usufruto e a administração dos bens dos filhos menores. À exceção daqueles bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento antes do reconhecimento, daqueles auferidos pelo filho maior de 16 (dezesseis) anos no exercício de atividade profissional, daqueles deixados ou doados ao filho sob a condição de não serem usufruídos ou administrados pelos pais e, finalmente, daqueles recebidos pelos filhos em herança, quando os pais forem excluídos da sucessão. Deve ser ressaltado que, aqui, uma vez mais, também resta clara a caracterização do poder familiar como poder funcional: ainda que os interesses dos próprios pais e dos outros filhos sejam atendidos, com a possibilidade de usufruírem as vantagens dos bens que são objeto do usufruto, (i) o interesse do filho proprietário é o preponderantemente protegido; (ii) pode-se constatar que a funcionalização do poder aqui persiste também de um modo peculiar,

Assim, o poder familiar deve ser entendido como poder funcional – posição jurídica subjetiva ativa complexa – no contexto de uma relação jurídica de direito de família que, necessariamente, se encontra em correlação com outra posição jurídica.

3. O PODER FAMILIAR E A GUARDA

Para o objeto do presente trabalho, interessa agora o estudo da relação entre o poder familiar e a guarda. A guarda é o exercício do poder familiar e da responsabilidade. É “acolher em casa, sob vigilância e amparo”⁷⁰. De acordo com Paulo Lôbo, “consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho”⁷¹.

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva a definem como “um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, cuidando de sua alimentação, saúde, educação, moradia etc.”⁷².

Não é nem prêmio, nem castigo⁷³. Sua atribuição deve decorrer sempre de decisão judicial, motivo pelo qual, quando existir filhos menores, a separação ou o divórcio devem ser sempre judiciais, devendo o juiz atender ao melhor interesse dos filhos, levando em consideração, portanto, a busca por aquele que melhor pode proporcionar ao filho saúde (física e mental), afeto, segurança e educação (em sentido amplo).

Qual seria, no entanto, a relação entre a guarda e o poder familiar do ponto de vista analítico e de sua natureza jurídica?

Essa análise deve principiar, necessariamente, pelo estudo das disposições do Código Civil acerca do tema. De fato, dois textos legislativos fazem-se essenciais nesse ponto.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente o disposto no art. 1.566 do Código Civil, consoante o qual:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I – fidelidade recíproca;
- II – vida em comum, no domicílio conjugal;
- III – mútua assistência;
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
- V – respeito e consideração mútuos.

entendendo-se que a utilização dos rendimentos dos bens dos filhos atende, de fato, ao interesse de um terceiro que não propriamente os pais, mas que, na realidade, corresponde à família como um todo” (SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado. Investigações de direito brasileiro e português. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, ano 1, jul.-set. 2014. p. 146-148).

70. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: dissolução da sociedade conjugal*. Casamento. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. VIII. p. 180.

71. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

72. MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 387.

73. Conforme ressaltam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, “a culpa na dissolução judicial não deve ser razão determinante da perda da guarda, que deve ser estabelecida sob o princípio de proteção ao bem-estar das crianças e dos adolescentes, que podem não ser preservados pelo cônjuge inocente. O anacrônico regime da perda da guarda pela culpa e da preferência feminina na fixação da guarda em caso de culpas recíprocas violava o art. 227, *caput*, da Constituição Federal [...] assim como conflitava com o disposto nos arts. 5º, I, e 226, § 5º, da Lei Maior [...]” (MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218).

Em segundo lugar, merece ser destacado o disposto no art. 1.634 do mesmo Diploma:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Pois bem, do art. 1.566, que trata do plano da eficácia do casamento, infere-se que a guarda é, a rigor, um *dever*. Com efeito, o inciso IV deste dispositivo legal diz respeito aos deveres de ambos os cônjuges com relação à prole, dispondo que é *dever* de ambos a guarda dos filhos, isto é, tê-los em sua companhia e sobre eles exercer vigilância⁷⁴.

Vale mencionar, por oportuno, que o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente também dispõe que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

Assim, nessa perspectiva preliminar, a despeito da existência de respeitável opinião divergente que atribui à guarda a condição de "direito-dever"⁷⁵, ela seria, por imposição legislativa, ao que parece, uma posição jurídica subjetiva passiva atribuída ao guardião.

O art. 1.634, por seu turno, estabelece a relação entre o poder familiar e a guarda, aduzindo que aquele consiste em "exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584".

Durante a vigência do casamento, compete a ambos os pais o poder familiar e a guarda, sendo certo, no entanto, que, de acordo com o disposto no art. 1.632 do Código Civil, "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos". Em outras palavras, embora após a separação ou o divórcio o poder familiar não seja, em regra, afetado, mantendo-se íntegro na esfera jurídica dos pais, a guarda pode sofrer alterações a depender da modalidade que se adote ou de outras vicissitudes que venha a sofrer.

Dessas considerações, duas ordens de ideias podem ser extraídas para se tentar responder à pergunta anteriormente suscitada e que aqui vem repetida: qual seria a relação entre a guarda e o poder familiar do ponto de vista analítico e de sua natureza jurídica?

74. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 24. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 197.

75. Nesse sentido: MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 387; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 24. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 515. Silvio Rodrigues, por sua vez, entende que a guarda seria mais um direito que uma obrigação. Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 130.

Em primeiro lugar, poder-se-ia considerar que o dever de guarda integraria o poder familiar, isto é, seria uma posição jurídica subjetiva passiva elementar conteúdo do poder familiar que, como já visto, é uma posição jurídica complexa⁷⁶. Nessa ordem de ideias, seria a guarda um dever comportamental. Parece ser esta a posição adotada por Paulo Lôbo⁷⁷ e Antônio Jorge Pereira⁷⁸. Silvio Rodrigues, por exemplo, chega a afirmar que a guarda seria uma "pequena parcela do poder familiar"⁷⁹, e Roberto João Elias, que o pai que detém a guarda teria a plenitude do exercício do poder familiar⁸⁰.

Essa orientação se coaduna com o conceito de poder familiar adotado alhures, isto é, um poder funcional que, como tal, é posição jurídica subjetiva ativa complexa formada pela conjugação de poderes formativos e deveres comportamentais⁸¹. Um destes deveres comportamentais seria o dever de guarda.

Em abono desta tese, pode-se mencionar, ainda, que, importando a guarda a obrigação de assistência material, moral e educacional com relação aos filhos⁸², o seu descumprimento pode dar ensejo à destituição ou à perda do poder familiar. Ora, sendo a guarda um dever comportamental conteúdo da posição jurídica complexa representada pelo poder familiar, torna-se mais simples explicar a perda daquele poder funcional pelo não respeito ao dever de guarda, pois, desse modo, este desrespeito representaria, automaticamente, desrespeito ao próprio poder familiar, que deve ser exercido no interesse dos filhos.

Por outro lado, poder-se-ia entender que o dever de guarda não integraria o poder familiar, figurando, ao revés, ao seu lado e não em seu conteúdo. Nesse sentido, Marcel Edvar Simões defende a existência do conceito mais amplo de "status paternal" ou "estatuto paternal", que englobaria tanto o poder familiar quanto o dever de guarda:

[...] englobaria, lado a lado (i) o poder familiar (composto pelas posições elementares ativas indicadas nos incisos ao art. 1.634 do CC); (ii) os deveres jurídicos de assistência, criação, educação e guarda dos filhos menores (referidos no art. 22 do ECA); (iii) o dever jurídico de prestar alimentos (artigos 1.694 e 1.696 do CC); (iv) o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores pelos pais (arts. 1.689 a 1.693 do CC); (v) quaisquer outras posições jurídicas subjetivas, ativas e passivas, elementares ou complexas, que digam respeito à disciplina jurídica do relacionamento entre pais e filhos⁸³.

Seja como for, o que importa quedar assente é que a guarda – tal qual o poder familiar – é também posição jurídica subjetiva – seja complexa, seja elementar – que deve ser estudada no contexto da relação jurídica, de modo que, necessariamente, mantém correlação com outras posições jurídicas, o que importa em graves consequências para o deslinde da questão ora em análise, qual seja a possibilidade jurídica de se falar em "guarda de animais de estimação".

76. Nesta hipótese, deve-se considerar que, embora o dever de guarda integre o conteúdo do poder familiar, não pertence a sua essência, porquanto é possível desmembrá-lo, atribuindo tal dever a terceiro não titular do referido poder funcional. Não obstante, em regra, a guarda compete ao titular do poder familiar.

77. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

78. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002. p. 157.

79. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 361.

80. ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 62.

81. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999. mimeo, p. 17.

82. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 24. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 197.

83. SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado. Investigações de direito brasileiro e português. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, ano 1, jul.-set. 2014. p. 144.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DOGMÁTICA DA GUARDA DE ANIMAIS

Diante dessas considerações de caráter propedêutico, que lançam luzes sobre o tema ora em estudo, mister, neste ponto do trabalho, passar-se, especificamente, à análise da (im)possibilidade jurídica da guarda de animais.

Pretende-se demonstrar que, a partir do instrumental teórico haurido da Dogmática Geral do Direito Privado esboçado em linhas pretéritas, por uma questão de coerência sistêmica, é inadequado, do ponto de vista técnico-jurídico, falar-se em "guarda de animais".

Como mencionado, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação 0019757-79.2013.8.19.0208, atribuiu ao réu – ora apelante – o direito de ter consigo a companhia do animal de estimação, exercendo sua posse provisória.

Não obstante, é importante destacar que, na origem, pleiteava-se a guarda do referido animal, sendo certo, ademais, que a própria Corte estadual, ao atribuir a sua posse, ainda que provisória, embaralha conceitos, como ocorre quando "esclarece" que a questão analisada se limita à "posse, guarda e o eventual direito de desfrutar da companhia de animal de estimação do casal, quando finda a sociedade conjugal". Ora, trata-se de posse ou de guarda?

Desse modo, a despeito de elogiável a utilização do termo "posse" em vez de "guarda", importa destacar que o acórdão não transmite suficiente segurança nesse sentido, não atentando, ademais, para as considerações que aqui são expostas.

De pòrtico, importa mencionar que não se pretende, nestes comentários, rechaçar a necessidade de proteção dos animais. Pelo contrário, tanto as pessoas quanto os animais devem receber proteção do ordenamento jurídico.

Aliás, já as Ordenações Filipinas de 1603 continham regras de direito penal voltadas à proteção do direito de propriedade de animal, que, indiretamente, representava proteção ao animal em si:

Livro V, Título LXXVIII. Dos que comprão Colmeias para matar as abelhas, e dos que matão bestas. E a pessoa que matar besta, de qualquer sorte que seja, ou Boi, ou Vacca alheia por malícia, se for na Villa, ou em alguma caza, pague a estimação em dobro, e se for no campo, pague em tresdobro, e todos para seu dono: e sendo o dano de quatro mil reais, seja açoutado, e degradedado quatro annos para Africa. E se for de valia de trinta cruzados, e dahi pra cima, será degradedado para sempre para o Brazil⁸⁴.

Hodiernamente, tal proteção à fauna, elemento integrante do meio ambiente, é prevista pela Constituição Federal, em seu art. 225, *in verbis*:

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

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da Unesco, por seu turno, em seu art. 3º, prevê que:

Artigo 3º 1. Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis. 2. Se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia.

Em nível infraconstitucional, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, tipificando, em seu art. 32⁸⁵, o crime de maus-tratos aos animais.

84. Código Filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Filipe I. intr. e coment. Cândido Mendes de Almeida. Ed. Fac-sim da 14 ed. de 1870. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012, p. 1225.

85. Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem

Merece menção, ainda, a Lei 11.794/2008, que estabelece os adequados procedimentos para o uso científico de animais no ensino e na pesquisa, e o Decreto 9.080, de 16 de junho de 2017, que promulgou a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, de 23 de junho de 1979.

A preocupação com a proteção dos animais não existe apenas no Brasil. O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), por exemplo, prevê, expressamente, em seu § 90-A, que "os animais não são coisas. Os animais são protegidos por leis especiais. Os animais são regulados pelas regras relativas às coisas, com as necessárias modificações exceto se de outra maneira for previsto".

Do mesmo modo, para o direito português, após sensível alteração em seu Código Civil, levada a cabo pela Lei 8, de 2017, os animais são seres vivos dotados de sensibilidade (art. 201-B), estando submetidos, na ausência de lei especial, às disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com sua natureza (art. 201-D).

O Código Civil francês, por sua vez, em seu art. 515-14, dispõe que "os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Salvo disposição especial que os proteja, os animais são submetidos ao regime dos bens".

No mesmo sentido, isto é, entendendo que animais não seriam propriamente coisas, merece ser mencionado interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.115.916/MG, rel. Min. Humberto Martins), do qual se extrai o seguinte excerto:

Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres.

Para o relator do recurso especial, a proteção que deve ser dispensada aos animais "não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor".

Na ocasião, aquela Corte Superior se manifestou diante de caso concreto envolvendo o uso de procedimentos cruéis para o extermínio de animais, tal como morte por asfixia, aduzindo a necessidade de se utilizar métodos que amenizem ou inibam o sofrimento, quando for imprescindível à saúde humana o seu extermínio e concluindo que o administrador público não poderia utilizar a discricionariedade administrativa para justificar a prática de tais atos.

No entanto, importa destacar que, do arcabouço legislativo apresentado, não é simples, muito menos imune a críticas, a conclusão de que animais não seriam coisas. O sistema jurídico brasileiro não possui, como o alemão, norma jurídica expressa que os retirem desta categoria jurídica.

Pelo contrário, em diversos dispositivos do Código Civil brasileiro é possível observar que os animais são, de fato, tratados como coisas. São exemplos: o § 2º do art. 445, o art. 1.444, o art. 1.445, *caput* e parágrafo único, e o art. 1.446.

Como visto, os elementos da relação jurídica são apenas quatro: sujeito, objeto, fato jurídico e garantia. Os dois últimos não são úteis para se estudar a natureza jurídica dos animais, de modo que tal análise deve restringir-se aos dois primeiros. A pergunta fundamental é: seriam os animais sujeitos ou objetos de relações jurídicas?

Importa consignar, desde logo e de maneira sumária, sem olvidar os ulteriores apontamentos que serão desenvolvidos no decorrer do texto, que o Código Civil brasileiro não atribuiu aos animais a qualidade

realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

de pessoas, isto é, não são seres dotados de personalidade jurídica. Sequer receberam do ordenamento a qualidade de sujeitos de direitos. Corolário lógico: não sendo pessoas nem sujeitos de direitos, só podem pertencer à categoria das coisas e, como tal, são objetos de relações jurídicas, como a de propriedade⁸⁶.

Assim, como destaca José Fernando Simão, em recente artigo sobre o tema, "o que se coloca é saber se, por isso, animais não humanos e demais coisas devem receber tratamento idêntico pelo Código Civil"⁸⁷.

O que é seguro inferir a partir do sistema jurídico nacional é que, de fato, animais devem ser defendidos e preservados para o bem das presentes e futuras gerações, devendo ser postos a salvo de maus-tratos e de atos cruéis de qualquer espécie.

Mais que isso. Uma alternativa possível para o trato jurídico dos chamados "direitos dos animais" seria a utilização da figura do abuso de direito⁸⁸. Com efeito, o direito de propriedade não é absoluto, possuindo limitações decorrentes tanto da Constituição Federal (art. 5º, XXIII)⁸⁹ quanto do Código Civil (art. 187 e 1.228, §§ 1º a 5º)⁹⁰. Dessa forma, sendo os animais seres dotados de sensibilidade, podem ser considerados coisas especiais, característica esta que promove uma série de limitações aos direitos de propriedade que recaem sobre eles.

Assim, considerando o direito subjetivo de propriedade como uma posição jurídica subjetiva ativa complexa, é possível antever, no caso dos animais não humanos, uma série de limitações às posições jurídicas elementares que o compõem.

De fato, o art. 1.228 do Código Civil permite entrever esta característica do direito de propriedade ao preceituar que "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Tratando do direito subjetivo de propriedade como uma posição jurídica complexa, Alcides Tomasetti Jr. assim enuncia seu conteúdo:

86. SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, ano 3, 2017. p. 899.

87. *Idem*.

88. *Idem*.

89. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...].

90. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O direito subjetivo de propriedade resulta de um conjunto unitário de faculdades [...]; de pretensões [...]; de poderes e sentido estrito [...]; e de imunidades (em princípio o proprietário não pode ser expropriado, a não ser mediante prévia e justa indenização em dinheiro)⁹¹.

Portanto, pode-se afirmar que o proprietário é, em princípio, titular das seguintes posições jurídicas elementares: (a) faculdade de usar; (b) poder formativo de fruir; (c) poder formativo de dispor; (d) imunidade contra desapropriação; (e) pretensão à abstenção (em face do *alter*); (f) pretensão à sequela (em caso de desrespeito à pretensão anterior).

Desse modo, pode o proprietário manejar todas essas posições jurídicas sobre o animal, desde que tal exercício não represente exercício inadmissível de posição jurídica (também chamado de abuso de direito).

Assim, pode o proprietário, por exemplo, usar o animal, colocando-o sob seu serviço, desde que não lhe cause dor ou sofrimento. Pode, igualmente, aliená-lo, auferindo lucro a partir deste negócio. Pode, ainda, usar o animal para fins de reprodução, desde que não se descuide de seu bem-estar etc.⁹²

Nesse sentido, para se chegar à conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça no precedente acima mencionado, não seria absolutamente necessário afirmar-se que animais não são coisas para o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a necessidade de proteção dos animais e a impossibilidade de se utilizar, quando necessário seu sacrifício, qualquer método que lhes inflija sofrimento ou angústia, independem dessa premissa.

Não se ignora que "há sentimentos envolvidos, o chamado afeto, que é recíproco, ou seja, de ambos os cônjuges pelo animal e do animal pelo marido e pela mulher"⁹³.

Não se nega, também, que os animais não precisam, necessariamente, ser submetidos à partilha de bens como se de coisas ordinárias se tratassem. Nesse ponto, é possível até mesmo concordar com o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ora em comento.

Seja como for, o que se pretende destacar é que, ainda que de simples coisas não se tratem e ainda que não estejam submetidos à simples partilha de bens, à guarda também não estarão, sendo necessário, caso se deseje, estipular regime jurídico próprio para este mister⁹⁴. O que não é possível, tampouco desejável, é a subversão de categorias dogmáticas há muito elaboradas e que dizem respeito à própria estrutura do sistema jurídico.

Como visto, o sistema jurídico, como sistema lógico, foi erigido com a função de ordenar os diversos interesses que emergem no seio social, dirimindo eventuais conflitos.

Para cumprir a sua função, o ordenamento jurídico atribui poderes e deveres, respectivamente, ao sujeito do interesse subordinante e ao sujeito do interesse subordinado.

O poder jurídico mais importante atribuído a um sujeito de relação jurídica, para que satisfaça seu interesse na medida de sua vontade, é o chamado direito (em sentido) subjetivo.

91. TOMASETTI JR., Alcides. Comentários aos arts. 1º a 13 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 81.

92. SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, ano 3, 2017. p. 900-903.

93. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Com quem fica o animal de estimação do casal que se separa? *O Estado de São Paulo*. 25.08.2016. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/com-quem-fica-o-animal-de-estimacao-do-casal-que-se-separa/>]. Acesso em: 09.09.2017.

94. O Código Civil Português, por exemplo, dispõe, em seu novo art. 1.793-A, inserto no capítulo dedicado ao divórcio e à separação judicial de pessoas e bens, que "os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal". Destaque-se a escolha do verbo "confiar".

O segundo mais importante poder jurídico atribuído ao sujeito de direito é o poder funcional do qual o poder familiar é espécie.

Viu-se, ademais, que tanto o direito subjetivo quanto o poder funcional são posições jurídicas subjetivas complexas, isto é, são posições jurídicas que podem ser decompostas em categorias analíticas elementares.

Tanto as categorias complexas quanto as elementares estão em necessária correlação, ou seja, cada posição jurídica ativa possui, como corolário lógico, um enlace correlacional com uma posição jurídica passiva. Trata-se, como se afirmou, do princípio da correspectividade de posições jurídicas ativas e passivas, que decorre da própria natureza bilateral do fenômeno jurídico: o direito é sempre alteridade⁹⁵.

Da existência de pelo menos dois sujeitos titulares de posições jurídicas correlatas, decorre, naturalmente, a essencialidade da noção de relação jurídica, técnica estruturante de todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, se é verdade que a guarda é uma posição jurídica, necessariamente, por um imperativo lógico e de coerência sistêmica, deve-se atribuir à alguém – e não a algo – a correlata posição jurídica.

Assim, (a) ao considerar-se a guarda como um dever comportamental imposto aos pais (posição jurídica subjetiva passiva elementar, portanto), deve-se buscar aquele que titulariza a correlativa pretensão (posição jurídica subjetiva ativa elementar em enlace correlacional); (b) ao considerar-se a guarda como um dever autônomo com relação ao poder familiar, deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo poder jurídico; (c) ao considerar-se a guarda como um "direito-dever" (um poder funcional composto, portanto, de poderes formativos e deveres comportamentais), deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo dever de obediência ou as correlativas posições jurídicas de sujeição e de pretensão⁹⁶; e assim sucessivamente.

Seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, ela necessariamente estará em enlace correlacional com outra posição jurídica. Não existem poderes ou deveres jurídicos (em sentido genérico) fora de relação jurídica.

Destarte, pergunta-se: (a) se a guarda é um dever comportamental, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer a correlativa pretensão (definida como o poder-exigir subordinação do interesse alheio ao próprio) em face do dono⁹⁷?; (b) se a guarda é um dever autônomo, seria razoável pensar-se que um cachorro pudesse ser titular de um poder jurídico em face do dono?; (c) se a guarda é um "direito-dever" – e aqui a situação é ainda mais peculiar⁹⁸ –, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer os direitos e os deveres (!) correlativos? Seria razoável atribuir-se deveres a um animal?

A não ser que alguém pretenda responder afirmativamente a qualquer uma dessas perguntas, uma verdade se impõe: o princípio da correspectividade de posições jurídicas ativas e passivas, a coerência e a base do sistema jurídico privado nacional, erigido sob a égide da Teoria da Relação Jurídica, impedem que se considere juridicamente possível animais figurarem como objeto de guarda em sentido técnico.

A relação jurídica, categoria básica do Direito Privado⁹⁹, é sempre entre sujeitos de direito, entre vontade e vontade.

95. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 56; MENDES, Castro. *Direito civil: teoria geral*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 134.

96. Recapitule-se, neste ponto, que o poder funcional foi definido como um conjunto de poderes formativos e de deveres comportamentais. Nesse sentido, se alguém titulariza tais posições jurídicas no polo ativo, necessariamente o outro polo da relação é ocupado por aquele que titulariza as correlativas posições jurídicas de sujeição e de pretensão, respectivamente.

97. Aliás, faria sentido falar-se em dono?

98. As consequências são inimagináveis quando se percebe que esta é a posição dominante em doutrina, isto é, a guarda é entendida majoritariamente como um conjunto de direitos e deveres dos pais com relação aos filhos.

99. LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 245; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. 1. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 16.

Nesse sentido, Immanuel Kant, para quem a relação intersubjetiva era a categoria primeira do direito, já afirmara que só se pode cogitar de uma relação jurídica entre seres humanos, pois somente nesta hipótese está presente, em ambos os polos da relação, entidades que possuem direitos e deveres¹⁰⁰.

Assim, para o autor, não haveria verdadeira relação jurídica entre: (a) seres humanos e outras entidades que não possuam nem direitos, nem deveres; (b) seres humanos e outras entidades que possuem apenas deveres, mas não direitos; (c) seres humanos e outras entidades que possuem somente direitos, mas não deveres¹⁰¹.

Nesse sentido, Giuseppe Lumia afirma que "relações jurídicas somente são aquelas relações intersubjetivas (isto é, relações que intercorrem por dois ou mais sujeitos) reguladas por normas pertencentes ao ordenamento jurídico"¹⁰².

Para Orlando Gomes, por seu turno, para além de sua qualificação como regra de conduta, o Direito pode ser estudado no plano da intersubjetividade, representando instrumento regulador de relações bilaterais e recíprocas entre *sujeitos*¹⁰³.

Também Francisco Amaral consigna que a relação jurídica se estabelece como nexó jurídico entre *pessoas*, tendo como fundamento a moral kantiana e a doutrina liberal democrática¹⁰⁴.

Cumpra consignar, ademais, que, seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, a sua utilização para regular situações que envolvam animais implicaria, necessariamente, atribuir-lhes a condição de sujeitos de direito.

Marcos Bernardes de Mello, ao tratar do conceito de sujeito de direito, afirma que "ser sujeito de direito, portanto, é ser titular de uma situação jurídica (*lato sensu*), seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico"¹⁰⁵.

De fato, ao se atribuir ao animal uma pretensão, um poder jurídico ou um dever de obediência, se está, automaticamente, conferindo-lhe a condição de sujeito de direito, porquanto "se o ordenamento jurídico imputa a um ente mesmo que não seja pessoa, uma situação jurídica qualquer, faz dele sujeito de direito, titular de capacidade jurídica, pois a própria capacidade já configura um direito subjetivo"¹⁰⁶.

Essas considerações podem, à primeira vista, não trazer qualquer preocupação. Não obstante, se assim for, indaga-se: todos os animais devem receber a qualidade de sujeitos de direito? Quais devem ter este privilégio? Levando-se em consideração que o ser humano toma como animal de estimação os mais diversos seres vivos, seria o afeto que cada um nutre por seu animal fator suficiente para justificar a atribuição de tão importante qualidade jurídica? Se o que importa é o sentimento nutrido, como ficaria a situação, em caso de separação ou divórcio, de um artefato de grande valor sentimental para o ex-casal, como um quadro ou um livro, por exemplo?

100. KANT, Immanuel. *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito*. trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007. p. 56.

101. *Ibidem*, p. 56-57. Nesse sentido, por mais que se considere, por hipótese, possível a concessão de direitos aos animais, seria possível a imposição de deveres? Que espécies de deveres poderiam ser impostos a um cachorro, por exemplo?

102. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999. mimeo, p. 1.

103. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 3.

104. AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 34.

105. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

106. *Ibidem*, p. 116-117.

Como explicar, ademais, as restrições que o ser humano impõe à reprodução dos animais por meio de castigações? Fossem os animais sujeitos de relações jurídicas, seria lícito que fossem tolhidos de seu "direito" ao exercício de sua sexualidade? Não se estaria privando o animal de um mínimo existencial? "Em suma: por que nós humanos condenamos cães e gatos à infertilidade ou abstinência sexual quando nós mesmos praticamos nossa sexualidade?"¹⁰⁷.

Ademais, fossem os animais verdadeiros sujeitos de direito, seria lícito o seu abatimento para o consumo humano, utilizando-os como meio para a subsistência do animal humano e não como um fim em si mesmo?

Seria lícito, ainda, a privação do animal do convívio com outros de sua espécie, submetendo tais relações ao arbítrio do animal humano? Em outras palavras: "os donos de cães, especialmente os de pequeno porte (chamados cães de apartamento), permitem ao animal expressar seus sentimentos a outros cães com periodicidade ou entendem que basta o amor na forma humana para que o cão seja feliz?"¹⁰⁸.

Poderiam, os animais, serem, a um só tempo, sujeitos e objetos de relações jurídicas?

Veja-se, desse modo, que são inúmeras e profundas as consequências jurídicas de se atribuir aos animais a condição de pessoas ou, até mesmo, a de sujeitos de relações jurídicas, consequências estas que, infelizmente, não foram enfrentadas pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ora em comento, que, a despeito de utilizar o termo "posse", em diversas oportunidades desborda, sem muita convicção, para a utilização do termo "guarda", transmitindo dúvida na utilização destes conceitos.

Nem se argumente que são diversos os casos, no ordenamento jurídico brasileiro, de sujeitos de direito que não são pessoas¹⁰⁹ ou que, tal qual ocorre com os incapazes, a situação poderia ser facilmente solucionada pelo emprego do instituto da representação¹¹⁰.

Tais argumentos não convencem.

Em primeiro lugar, obtempere-se que a atribuição a quem não é pessoa de posições jurídicas, isto é, da qualidade de sujeito de direito, é sempre excepcional. É o que se verifica no caso do nascituro, dos *nondum concepti*, do condomínio, das sociedades não personificadas ou irregulares, da massa falida, do espólio, da herança jacente e vacante etc. Nesses casos, o ordenamento jurídico, para atender conjunturas que emergem do relacionamento social, atribui, excepcionalmente, a qualidade de sujeitos de direito a entes que não possuem personalidade jurídica (não são pessoas)¹¹¹.

107. SIMÃO, José Fernando. Guarda alternada – animais domésticos: três perplexidades na defesa de seus interesses. *Jornal Carta Forense*, 05.07.2016. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-alternada---animais-domesticos-tres-perplexidades-na-defesa-de-seus-interesses/16728]. Acesso em: 17.10.2017.

108. SIMÃO, José Fernando. Guarda alternada – animais domésticos: três perplexidades na defesa de seus interesses. *Jornal Carta Forense*, 05.07.2016. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-alternada---animais-domesticos-tres-perplexidades-na-defesa-de-seus-interesses/16728]. Acesso em: 17.10.2017.

109. Adota-se, no texto, posição segundo a qual nem todo sujeito de direito é pessoa (em sentido jurídico), mas toda pessoa (em sentido jurídico) é sujeito de direito. No sistema jurídico brasileiro, existem muito mais sujeitos de direito do que pessoas.

110. Neste ponto, um agradecimento especial deve ser feito ao amigo Gabriel de Fassio Paulo por seus relevantes comentários, pelos inquietantes debates e por ter se colocado tantas vezes como paciente ouvinte de minhas angústias acerca do tema.

111. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143. Atentos a esta excepcionalidade, César Fiuza e Bruno Resende Azevedo Gontijo afirmam que: "Todavia, há que fazer uma ressalva quanto à extensão desta categoria. Somente há sujeitos de direito sem personalidade nos casos em que são legalmente garantidos direitos a determinados entes não reconhecidos como pessoas, quando estes direitos não puderem ser fundamentados por interesses difusos, ou de um grupo determinado de pessoas" (FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Ed. RT, n. 1, v. 1, out.-dez. 2014. p. 194).

Em segundo lugar, importa consignar que, ordinariamente, as pessoas, sejam naturais, sejam jurídicas, praticam, por si mesmas, os atos da vida civil, de modo que a regra é a apresentação e não a representação¹¹².

Dessa forma, a técnica excepcional da representação deriva ou da vontade livre manifestada pelo interessado ou da lei ou de ordem judicial, de modo que pretender sua utilização para o caso de animais demandaria atuação do Poder Legislativo nesse sentido.

Situação ainda pior seria a atribuição, aos animais, da condição de pessoa (em sentido jurídico). Os principais argumentos em defesa dessa tese podem ser assim resumidos: (a) os seres humanos tanto quanto os animais não humanos pertencem, biologicamente, à categoria dos animais, não havendo motivo, neste ponto, para negar a estes a personalidade jurídica; (b) a diferenciação entre os seres humanos e os demais animais representaria, assim, odiosa e artificial discriminação, tal qual a inconcebível diferenciação entre escravos e homens livres; e (c) é necessária, em termos de eficiência de proteção, uma tutela que tenha por fim os próprios animais e não uma proteção reflexa, em virtude de um direito humano individual ou difuso¹¹³.

Além dos problemas já apontados quando se tratou da atribuição aos animais da qualidade de sujeitos de direito, atribuir-lhes personalidade jurídica seria ainda mais grave, porquanto representaria, necessariamente, a atribuição de direitos da personalidade a tais seres.

Seria possível, nesse caso, a discriminação do rol de direitos da personalidade que seriam atribuídos a cada espécie de animal? Como afirmam César Fiuza e Bruno Resende Azevedo Gontijo, negando a possibilidade de valorar juridicamente seres vivos em função de sua complexidade biológica, "se considerarmos as diferenças entre os animais, a personalidade não poderia ser concedida da mesma maneira a todos eles. Parece difícil admiti-la, pois, com efeitos tão limitados a certas espécies"¹¹⁴.

Atribuir personalidade jurídica e, conseqüentemente, direitos da personalidade aos animais, para, logo em seguida, retirar um ou outro desses direitos em função das peculiaridades de cada animal, seria retornar à segregação por espécies, tão combatida por aqueles que defendem aquela atribuição.

A personalidade jurídica ou se possui ou não se possui, não há gradação.

Tais autores, na mesma linha das indagações desenvolvidas acima, trazem as seguintes e interessantes questões que, a despeito de longas, merecem ser aqui reproduzidas:

Conferir personalidade aos animais pode parecer muito simpático, a um primeiro olhar. Mas a que animais vamos conferir personalidade? A todos? Entram nesse rol as baratas, os pernilongos, os ratos, os mosquitos da dengue, os vírus, as bactérias nocivas e outros tantos dos quais queremos distância? Se a resposta for não, a pergunta se mantém: a que animais conferir personalidade? Apenas aos que nos forem úteis? Como, então, legitimar um churrasco de picanha? Ou um bife de vitela? Ou seremos todos vegetarianos? Como proteger um animal selvagem que não faz mal nem bem? Se a resposta ainda aqui for negativa, a pergunta permanece: a que animais conferir personalidade? Àqueles que não nos forem nocivos? Assim estaríamos protegendo não só os animais que nos sejam úteis, mas também os que não nos façam mal. De todo modo, continua o problema incontornável, para nós carnívoros, de comermos outras pessoas, o que culturalmente seria inaceitável. Em outras palavras, como legitimar um churrasco de picanha? Bem, se a resposta não é conferir personalidade aos animais, seria, então, a de conferir-lhes o *status* de sujeitos de direitos? Vimos, ainda há pouco que essa também não é a melhor solução. Um animal não pode ser sujeito de direito por um lado e objeto de propriedade

112. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 182.

113. FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Ed. RT, n. 1, v. 1, out.-dez. 2014. p. 195.

114. Idem.

por outro. Um sujeito de direito não pode estar no cardápio de um restaurante. [...] Se os animais não são pessoas, tampouco sujeitos de direitos, qual seria o fundamento de sua proteção? A resposta é muito simples: o ser humano¹¹⁵.

Todas essas indagações, em maior ou menor medida, como se percebe, decorrem da noção de relação jurídica, que, se bem não pretenda explicar toda e qualquer realidade da vida jurídica, é conceito jurídico fundamental e basilar da dogmática jurídica, máxime civilista, porquanto, ao mesmo tempo que exterioriza a alteridade do Direito, serve de fundamento para a sistematização do próprio Código Civil¹¹⁶. Não se pode, portanto, sem maiores consequências, ignorar a técnica fundante representada pela relação jurídica.

Com efeito, vale menção, neste ponto, às palavras de Pontes de Miranda, que bem elucidam a importância de não se ignorar construções dogmáticas fundamentais e que são frutos de milênios de evolução jurídica:

[...] quando se trata de direito privado contemporâneo, poucos são os que se dão conta de que há mais de dois mil anos se vem elaborando toda a doutrina de que desfrutamos. Em verdade, foi como se, através desses milênios, estivesse o homem a descobrir o que seria melhor – ou é melhor – para regular as relações inter-humanas. "Descobrir" é o termo; pouco se criou: revelou-se, nos livros de doutrina, nas elaborações das regras jurídicas e nas críticas, o que se presta a resolver os problemas do interesse humano. Às vezes por muitos séculos se procurou solução. No final, o direito, ainda, direito não-costumeiro, é a obra de milhares e milhares de inteligências. Daí ter-se de colher, aqui e ali, a verdade. Fácil é assim imaginar-se o que representa de esforço intelectual, de pesquisa, a Parte Geral do Direito Privado¹¹⁷.

5. CONCLUSÃO

As normas jurídicas são a matéria prima do jurista, seu ponto de partida. O jurista dogmático, em atenção ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida, aborda o sistema jurídico de acordo com as perspectivas que compõe as normas jurídicas.

Nesse sentido, como se afirmou no início deste trabalho, não se nega que os animais devem receber especial proteção do ordenamento jurídico. No entanto, desta premissa não decorre a atribuição, aos animais, da qualidade de pessoa em sentido jurídico ou mesmo de sujeito de direito, nem a possibilidade de se falar em "guarda de animais".

Com esses comentários ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ainda que em caráter de esboço, procurou-se demonstrar: (a) a impossibilidade jurídica da utilização do instituto da guarda tendo por objeto animais de estimação, e (b) a importância de se determinar o real instituto jurídico utilizado na espécie, não sendo desejável o encambulhar dos conceitos de posse e de guarda em casos como este, porquanto as consequências jurídicas desta escolha são profundas e não podem ser ignoradas.

Para se chegar a esta conclusão, ressaltou-se a figura dogmática da relação jurídica e sua importância para a própria estrutura do sistema jurídico de direito privado, asseverando, ademais, a inafastabilidade do princípio da correspectividade de posições jurídicas ativas e passivas, tudo com o intuito de demonstrar a profundidade e a importância dos argumentos que estão sendo ignorados quando se fala em "guarda de animais de estimação".

115. FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos...cit., p. 200-201.

116. MENDES, Castro. *Direito civil: teoria geral*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 138.

117. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: pessoas físicas e jurídicas*. Atual. por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 21.

Desse modo, concluiu-se que, sendo a guarda uma posição jurídica subjetiva – seja complexa, seja elementar – sua utilização para o deslinde da crise de direito material apresentada no caso ora em comento, diante do supramencionado princípio, é inadequada, porquanto implicaria, necessariamente, a atribuição, ao animal de estimação, no mínimo, da condição de sujeito de direito, o que, se num primeiro momento não parece causar grandes inquietações, em uma análise mais detida, transborda questões tormentosas e incompatibilidades dogmáticas. Repete-se aqui uma das questões fundamentais que se levantou ao longo do texto: seria razoável atribuir-se deveres a um animal?

BIBLIOGRAFIA

- ALVES MOREIRA, Guilherme. *Instituições do direito civil português: Parte geral*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. v. I.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito de família: direito matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, n. 1, v. 1, p. 355. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 2014.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. II.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- CARVALHO FERNANDES, Luís A. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1995. v. 1.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CICU, Antonio. *La Filiacione*. 3. ristampa riv. e aggiornata Della. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1969.
- CÓDIGO FILIPINO, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Filipe I. intr. e coment. Cândido Mendes de Almeida. Ed. Fac-sim da 14 ed. de 1870. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.
- ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, n. 1, v. 1, p. 194. out-dez. 2014.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. aumentada. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HERZOG, Benjamin. A recepção da metodologia de Savigny no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, ano 3, p. 283. abr.-jun., 2016.
- HOHFELD, W. N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University, 1923.
- KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

- LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1967.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123. Trad. port. com adaptações e modificações, TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Teoria da relação jurídica*. 1999, mimeo.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41.
- MENDES, Castro. *Direito civil: teoria geral*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978.
- MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. Introdução, doutrina geral e negócio jurídico. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. I.
- MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de direito civil: Parte geral*. 4. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.
- MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. Coimbra: Almedina, 1986.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 24. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações, fontes, espécies*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito de família. Direito parental*. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: dissolução da sociedade conjugal. Casamento*. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida, 1967.

- SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Teoria da relação jurídica: análise da parte geral do novo Código Civil*. Curitiba: JM Editora, 2004.
- SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão: direito de família*. 9. ed. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- SIMÃO, José Fernando. Direito dos Animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, ano 3, p. 897, 2017.
- SIMÃO, José Fernando. Guarda alternada – animais domésticos: três perplexidades na defesa de seus interesses. *Jornal Carta Forense*, 05.07.2016. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-alternada---animais-domesticos-tres-perplexidades--na-defesa-de-seus-interesses/16728]. Acesso em: 17.10.2017.
- SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado. Investigações de direito brasileiro e português. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 1, ano 1, p. 136, jul.-set., 2014.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Com quem fica o animal de estimação do casal que se separa? *O Estado de S. Paulo*. 25.08.2016. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-alternada---animais-domesticos-tres-perplexidades--na-defesa-de-seus-interesses/16728]. Acesso em: 09.09.2017.
- TOMASETTI JR., Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, v. 126, p. 123, abr.-jun. 2002.
- TOMASETTI JR., Alcides. Comentários aos arts. 1º a 13 da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord). *Comentários à Lei de Locações de Imóveis Urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, p. 89, jun. 2017.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

AUGUSTO CÉZAR LUKASCHECK PRADO

*Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo
-USP. Graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP).
augusto_lukascheck@hotmail.com*

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutida esta **APELAÇÃO CÍVEL** nº **0019757-79.2013.8.19.0208** em que é **APELANTE**: XXXXXXXXX e **APELADO**: XXXXXXXXX.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em **NEGAR** provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra sentença proferida em demanda de dissolução de união estável c/c partilha de bens, movida pela apelada em face do apelante.

Alega a autora que conviveu maritalmente com o réu por 15 anos, esclarecendo que nos primeiros 8 anos moraram juntamente com os genitores do réu e, após este período passaram a residir em uma casa de vila também de propriedade dos pais do réu.

Aduz que, em razão das agressões que sofria se viu obrigada a sair do lar deixando todos os seus pertences pessoais, bem como os bens móveis adquiridos na durante da união e o cão de estimação.

Ao final, requer que seja declarada a existência da união estável, a decretação da sua dissolução com a consequente partilha dos bens adquiridos na constância da união, pugnando, ainda, pela guarda do animal de estimação da raça Cocker Spaniel bem como a condenação do réu ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios.

O réu apresentou contestação às fls. 67/69 (doc. 0068), reconhecendo que conviveu com a autora pelo período de 15 anos, sustentando, em síntese, que autora não elencou na inicial os bens móveis que alega ter adquirido em conjunto com o réu, destacando não se opõe a dissolução ou a partilha dos bens consistentes em uma geladeira e uma mesa com quatro cadeiras. Assevera, ainda, que o animal de estimação lhe pertence, sendo o mesmo o único responsável pelos seus cuidados.

Após regular tramite, sobreveio a sentença de fls. 120/122 (doc. 130), que julgou procedente o pedido para reconhecer e dissolver a união estável havida entre as partes durante o período compreendido entre 8/3/98 e 2013; julgou, ainda, parcialmente procedente o pedido de partilha de bens a ser efetuada na proporção de 50%, considerando como acervo comum: geladeira (sub-item 2 do item "cozinha" de fls 63) e uma mesa com quatro cadeiras (sub-item 2 do item "sala" de fls 63); determinando ao final a devolução do cão de estimação da raça Coker Spaniel à autora, sob o fundamento de que esta comprovou ser a sua proprietária.

Inconformado, apela o réu às fls. 123/126 (doc. 0133), pretendendo a reforma da sentença unicamente em relação à posse do cão de estimação para que seja confiado ao apelante.

Contrarrazões às fls. 133/136 (00143).

PASSO AO VOTO.

Conheço do recurso já que tempestivo e por estarem satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido para reconhecer e dissolver a união estável havida entre as parte e determinou que a autora ficasse com a posse do **cão** de estimação da raça *Coker Spaniel*.

Insurge-se o réu unicamente **com relação à posse do animal de estimação**.

Em suas razões, sustenta o recorrente que o cachorro foi adquirido para si, ressaltando que sempre cuidou do mesmo, levando-o para passear e para consultas ao veterinário, destacando, ainda, que sempre arcou com os seus custos, inclusive com a vacinação.

Aduz que os recibos anexados aos autos foram emitidos em nome da autora por mera liberalidade do apelante,

observando que o documento fornecido pela Confederação Brasileira de Cinofilia, emitido em junho de 2014, não é suficiente para comprovar a propriedade do animal.

Esta a *quaestio*.

O *thema*, não se ignora, é desafiador. Desafiador, pois demanda que o operador revise conceitos e dogmas clássicos do Direito Civil. É desafiador também pois singra por caminhos que, reconheça-se, ainda não foram normatizados pelo legislador.

Contudo, num contexto sócio-jurídico estabelecido pós Constituição de 1988, onde, a dignidade da pessoa dos seus possuidores é postulado que se espraia para toda sorte de relações jurídicas (relações condominiais, consumeristas, empresariais etc...) já é mais do que hora de se enfrentar, sem preconceitos, e com a serenidade necessária a questão que aqui se ventila e que envolve, justamente, **a posse, guarda e o eventual direito de desfrutar da companhia de animal de estimação do casal, quando finda a sociedade conjugal.**

Com efeito, ao contrário de uma hipótese laboratorial ou irrelevante, tem-se como inquestionável a importância que os animais de estimação vêm ostentando em nossa coletividade. Além da sempre operante sociedade protetora dos animais há um sem número de programas e séries de televisão, publicações especializadas, sítios virtuais, comunidades em redes sociais, *pet shops*, todas especializadas no tema. . Uma miríade de interfaces todas voltadas a tratar dessa cada vez mais imbricada relação "homem x animal de estimação".

Noutro extremo, é bem verdade, assomam ao Judiciário numerosas dissoluções de sociedades conjugais, onde muitas vezes se constata situação em que os cônjuges logram solucionar as questões envolvendo os bens adquiridos pelo casal, mas, em curiosa e peculiar contexto, divergem renhidamente acerca da **posse, guarda do animal** de estimação adquirido ao longo da relação.

Neste passo, e aí reside o primeiro desafio, ainda falta ao nosso ordenamento disciplina legal que bem discipline o assunto, de modo a regulamentá-lo sob todos os seus aspectos.

Em outros dizeres, não basta que se trate o animal de estimação, como simples animal inserido sob o prisma do direito ambiental ou transindividual, devendo ser protegido da caça indiscriminada ou do tratamento cruel e tampouco do Direito Civil classicamente concebido, onde o animal será tratado como réu, novilho, cria, enfim semovente. Neste sentido, é preciso **mais** justamente por ser de **estimação e afeto**, destinado não ao abate ou ao trabalho, mas ao **preenchimento de necessidades humanas emocionais, afetivas**, que, atualmente, de tão caras e importantes, não podem passar despercebidas aos olhos do operador. Não custa dizer que há animais que compõem afetivamente a família dos seus donos, a ponto da sua perda ser extremamente penosa.

Neste contexto, e considerando ser comum que as pessoas tratem seus animais de estimação sob a consagrada

expressão "parte da família", é que não nos parece satisfatória e consentânea com os modernos vetores do direito de família, que à luz e à vista da partilha de bens, os aludidos semoventes sejam visto sob a restrita qualificação de bens-semoventes que, em eventual partilha, devem ser destinados a somente um dos cônjuges.

Com efeito, a separação é um momento triste, delicado, dissaboroso, envolvendo sofrimento e rupturas. Em casais jovens ou não, muitas vezes o animal "simboliza" uma espécie de filho, tornando-se, sem nenhum exagero, quase como um ente querido, em torno do qual o casal se une, não somente no que toca ao afeto, mas construindo sobre tal toda uma rotina, uma vida...

Aliás, diga-se de passagem, nos parece que a presente causa retrata **fielmente** tal quadro, pois segundo o acervo probatório, o cachorrinho do casal **"...fora dado de presente (pelo apelante) para a Requerente, pois a mesma sofreu um aborto espontâneo e ele tentou animá-la lhe dano Dully de presente, explicando assim todo o amor que ela tem pelo animal..."**.

Neste contexto, e sem que se chegue a discussão etérea de atribuir direitos subjetivos a animais de estimação, mas também atento a importância do tema aqui abordado, é que tramita perante a **Câmara dos Deputados** o projeto de lei nº1.058/2011, de autoria do Deputado DR. UBIALI que visa justamente dispor **"sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências"**.

Dentre outras diversas disposições, prevê tal PL:

“Art.2º- Decretada a dissolução da união estável hétero ou homoafetiva, a separação judicial ou divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais de estimação, será essa atribuída a quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para o exercício da posse responsável.

Parágrafo único: entende-se como posse responsável os deveres e obrigações atinentes ao direito de possuir um animal de estimação”.

De tudo isso, sopesando o caso concreto, infere-se que a parte autora, de fato, logrou comprovar que era a responsável pelos cuidados do cão Dully, através do Atestado de Vacinação (docs. 0039, 099/101) no qual figura como proprietária a apelada; bem como pelos receituários e laudos médicos insertos nos docs. 0104/125, sendo certo que o réu apelante não carregou aos autos qualquer documento capaz de infirmar tais provas.

Contudo, não se pode ignorar a importância que o animal detinha para o casal. Como dito, ele foi presenteado pelo varão em momento de extremo dissabor atravessado pela apelada (aborto de um filho).

Mais do que isso, verifica-se que a presente demanda versa em suas 160 páginas, sobre o cachorrinho Dully, ressaltando-se o papel que ele representava para a entidade conjugal e o **manifesto sofrimento** causado ao apelante em decorrente de tal desalijo.

Diante de tal contexto, impõe-se uma reflexão: De fato, cotejado o “ambiente normativo” constata-se que não existe legislação pátria que discipline de modo satisfatório e específico a questão. Contudo, se o postulado da dignidade da pessoa humana tem ostentado tão multifária aplicabilidade, espraiando seus efeitos a tantos ramos de direito e “hard cases”, não seria razoável e plausível que, mesmo a despeito de ausência de previsão legal (somente ainda objeto de projeto de lei) que o julgador propusesse solução à lide, ainda que intermediária, mas consentânea com o atendimento dos interesses em jogo?

A resposta é claramente positiva, até em homenagem ao princípio que veda o *non liquet*, a proibir que se deixe de entregar a jurisdição por obscuridade da demanda ou norma que lhe discipline.

Outrossim, e atento a todos os parâmetros até aqui apresentados, aos quais acresço o fato de que o animal em questão, até por sua idade (avançada), demanda cuidados que recomendam a divisão de tarefas que lhe digam respeito é que, a despeito da propriedade reconhecidamente conferida à apelada, seja **permitido** ao recorrente **ter consigo a companhia do cão Dully**, exercendo a sua **posse provisória**, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 08:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00fs do domingo, na residência da apelada.

Ex positis, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso, para os fins acima anunciados, quais sejam,

permitido ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 08:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00h. de domingo, tudo na residência da apelada.

Rio de Janeiro, ----- de ----- de 2015.

Desembargador **MARCELO LIMA BUHATEM**

Relator
