

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR

LUCIANA COSTA POLI

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Antonio Jorge Pereira Júnior, Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-157-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de Família. 3. Sucessões.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Apresentação

Após grandiosos e enriquecedores debates promovidos pelo Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões - que se realizaram durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, entre os dias 6 e 9 de julho, na Capital Federal, juntamente com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP – é com muita honra que apresentamos aos leitores a obra resultante deste valoroso trabalho.

Os artigos compilados neste livro retratam algumas das infindáveis discussões acerca de institutos contemporâneos dos direitos das famílias e sucessões, tendo sido abordado temas de extrema atualidade e relevância.

Com a alteração do paradigma da família, promovido com promulgação da Constituição Federal de 1988, novos arranjos familiares passaram a ser tutelados, possibilitando-se, por conseguinte, o reconhecimento da pluralidade das relações humanas, bem como da desbiologização das relações familiares, irradiando seus reflexos, inclusive, nas relações hereditárias.

A partir de tal perspectiva, os pesquisadores e pesquisadoras apresentaram de maneira crítica e com profundidade científica notável, aspectos das demandas mais atuais e controvertidas que permeiam esse ramo tão complexo do direito, considerando-se, sobremaneira, a consecução da dignidade da pessoa humana, bem como a concretização de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Abordar-se-á, nesta obra, uma pluralidade de temas, tais como: a possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva, a síndrome da alienação parental, a paternidade socioafetiva como um valor jurídico do afeto, o atendimento de mulheres em projeto de mediação de conflitos familiares, dentre inúmeros outros.

Pretende-se, assim, a partir da reflexão de pesquisadores e pesquisadoras das mais diversas instituições de ensino superior do país, oportunizar o diálogo, apresentando perspectivas suscetíveis a solucionar as atuais demandas apresentadas pelo direito das famílias e sucessões, bem como fomentar as pesquisas acerca de temas que emergem junto às

constantes alterações sociais e que imperam por respostas efetivas e que contemplem os princípios constitucionais, assim como a dignidade da pessoa humana.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UNICESUMAR/UEM

Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior - UNIFOR

Prof. Dra. Luciana Costa Poli – PUC/MG

**O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO, RESULTADO DA EVOLUÇÃO
SOCIAL - REFLEXO NO DIREITO DE FAMÍLIA DO DIREITO
PERSONALÍSSIMO AO NOME, EM RESPEITO A DIGNIDADE HUMANA**
**CONTEMPORARY FAMILY LAW, RESULT OF SOCIAL DEVELOPMENT -
REFLEX IN LAW FAMILY LAW STRICTLY PERSONAL THE NAME IN
RESPECT HUMAN DIGNITY**

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão

Resumo

A presente pesquisa faz uma análise das mudanças que ocorreram na família com a evolução social, gerando a evolução do Direito que a tutela, vislumbrando o valor da igualdade, do respeito e valorização da pessoa humana, resguardando a sua dignidade e a sua identidade, como ser único dotado de direitos e deveres. O direito personalíssimo ao nome e o princípio da igualdade possibilita a restauração do nome de solteiro com o rompimento do vínculo matrimonial pelo divórcio, e por analogia, pela morte de um dos contraentes.

Palavras-chave: Família, Princípios constitucionais, Direito ao nome

Abstract/Resumen/Résumé

This research analyzes the changes that occurred in the family with social evolution, generating developments in the law that the protection, glimpsing the value of equality, respect and appreciation of the human person, protecting their dignity and their identity as unique endowed with rights and duties. The highly personal right to the name and the principle of equality allows the restoration of maiden name with the breakup of the marriage by divorce, and by analogy, the death of one of the contracting parties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family, Constitutional principles, Right to a name

1 - INTRODUÇÃO

O homem ao nascer torna-se parte de uma sociedade, inserido em uma família. Durante toda a vida estará unido a ela, por vínculos morais ou afetivos, ainda que não conheça os seus membros, e, com o casamento venha constituir uma nova família.

As relações existentes entre os membros de uma família são reguladas pelo direito de família, que tem características próprias, com influências dos princípios sociais, morais e éticos, que são voltados para a tutela da dignidade da pessoa humana, estas características tornam o direito de família diferente dos demais direitos.

A presente pesquisa enfrentará a seguinte problematização: A sociedade tem evoluído, com mudanças de valores morais e éticos. O direito de família tem acompanhado esta evolução? Como é possível discernir o status da família na sociedade contemporânea? Quais os fatores sociais e morais que levaram a mudança na família contemporânea? Continua representando a base, o centro, o que dá firmeza a todo um organismo social? É sabido que os costumes, os valores morais, com o transcorrer dos anos foram se alterando, surgiram às entidades familiares. O direito de família avançou com esta sociedade, acompanhando-a?

É possível dizer que com o Princípio da Igualdade Constitucional houve grande mudança para o Direito de família, nos deveres e responsabilidades tanto do homem como da mulher, surgindo um direito de família mais humano, e por que não dizer, mais justo. A Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, no seu artigo 5.º, inciso I, proclamou a igualdade de “direitos e obrigações” dos homens e mulheres, e em seu artigo 226 *caput*, estabeleceu que a família merece “especial proteção do Estado”, pelo fato dela ser a base da sociedade, e ainda erigiu como família as chamadas uniões livres, que são as uniões estáveis como entidades familiares.

A análise do tema levará à outros questionamentos: Como tem reagido a sociedade diante da equiparação das uniões livres ao casamento? Teria o legislador, em respeito à ordem constitucional, abolido todas as formas de discriminação familiar, inclusive com relação ao nome familiar? Poderá o homem adotar o patronímico da mulher? E os conviventes em união estável, podem adotar o nome do companheiro e companheira, em que situações?

Para melhor compreender as situações no direito de família do uso e perda do nome de família, o presente artigo trará um breve esboço do casamento e da dissolução do mesmo, para que se responda ao questionamento da continuidade ou não do uso do patronímico quando da dissolução do casamento por meio do divórcio ou da morte de um dos cônjuges.

O presente artigo pretende, de forma singela, abordar os direitos da personalidade, com ênfase ao direito ao nome, tendo como objetivo central a análise dos direitos personalíssimos que tutelam a dignidade e a identidade humana.

O direito tutela a vida humana, protege a sua personalidade e evolui com as mudanças dos valores morais e éticos. Os legisladores, doutrinadores, e os operadores do direito têm tentado retirar do meio social toda e qualquer discriminação entre o homem e a mulher, entre os filhos, e, em respeito à identidade de cada ser humano, tem protegido o direito personalíssimo ao nome.

2 – A FAMÍLIA AO LONGO DA HISTÓRIA

2.1 – A Origem da Família

O estudo da história da família teve início com o trabalho de BASCHOFEN, O Direito Materno, que defendia a idéia de que a família matriarcal precedeu a patriarcal, mas a teoria que tem prevalecido até os dias atuais cabe a MORGAN, que “subdivide as três épocas fundamentais da evolução humana, a saber, o estado selvagem, a barbárie e a civilização”, acrescentando que a família se desenvolveu na mesma proporção dos progressos da civilização, e que a mesma está entranhada “na sociedade global”.¹

Nos tempos já idos os povos da estirpe ária, permaneciam unidos em torno de um chefe, que era o administrador do patrimônio comum. Estes povos se sentiam presos ao solo pelos sentimentos religiosos que envolviam a propriedade, porque a casa era o templo do culto doméstico. FUSTEL DE COULANGES, diz que em cada casa havia um altar e, em redor desse altar a família se reunia.² As primeiras preces, logo pela manhã, eram feitas pela família reunida, que se reunia ainda ao final da tarde para encerrar o dia com mais orações. Após a prece e depois da libação a família repartia entre si, com devoção, as refeições, que eram feitas diante do altar. Daí a palavra grega *epistion* “o que está junto ao lar”, para designar família. Na família antiga a maioria de suas regras era ditada pelas crenças aos mortos e ao culto a estes.

Nas civilizações primitivas, o grupo familiar não era estabelecido por relações individuais. Sendo comum a prática da Endogamia, isto é, “Casamento entre indivíduos do mesmo grupo, seja este definido com base em parentesco, residência, território, classe, casta,

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família, p.4.

² COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga, p. 34 (Heródoto, v. 73; l. 176. Plutarco, Rômulo, 9.)

etnia, língua, seja por qualquer outro critério.”³ Diante deste fato, a mãe era sempre conhecida, mas não havia como determinar a paternidade, o que leva a acreditar que a família teve no início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe que a alimentava e educava.

Quando os povos começaram a guerrear entre si, os homens começaram a se relacionar com mulheres de outras tribos. Com este comportamento surgiu a primeira manifestação contra o incesto no meio social. A Exogamia, ou seja: “Casamento entre indivíduos pertencentes a grupos distintos, sejam estes definidos com base em parentesco, residência, território, classe, casta, etnia, língua, ou em qualquer outro critério.”⁴ A partir deste momento, no decorrer da história, o homem passou a se inclinar para as relações individuais, com caráter de exclusividade, muito embora algumas civilizações mantivessem ao mesmo tempo situações de poligamia, sendo que tal situação ainda acontece nos dias atuais. Com a monogamia surgiu o exercício do Poder Paterno, o que representou um grande impulso social em favor da prole.

Em muitos lugares, como por exemplo, na Babilônia, a família fundava-se no casamento monogâmico, contudo era permitido que o homem tivesse esposas secundárias, isto se dava caso a primeira esposa tivesse uma doença grave, e esta não pudesse lhe dar um filho, pois nesse período a finalidade principal do casamento era a procriação.

Havia ainda alguns lugares onde o poder do *pater* era quase absoluto, sendo este poder exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos, como por exemplo em Roma. Estendendo-se esta autoridade do *pater famílias*, não só pelos seus descendentes não emancipados, ou sobre a sua mulher, mas também sobre as mulheres casadas, incluindo os seus descendentes.

Tanto no Direito Romano como no Grego, o elo de ligação entre os membros da família não era o amor, ou a afeição. No Direito Romano o conceito de família não era fundado no parentesco consanguíneo, tal como hoje conhecemos, mas no liame civil e principalmente religioso. O laço de sangue não bastava para estabelecer o parentesco, era indispensável haver o laço de culto. A família tinha um sentido político, econômico e religioso. O culto doméstico era propagado de geração a geração, sendo dirigido pelo *pater*, Quando a mulher se casava, ela era obrigada a abandonar o culto do lar de seu pai, passando a cultuar os deuses e antepassados do marido. Eles acreditavam que se os antepassados não fossem cultuados, cairiam em desgraça. O culto era sempre dirigido por um homem, devido a

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Eletrônico.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Idem

isto, tanto os homens da Itália, quanto os da Grécia zelavam para que nenhuma família, e nenhum culto doméstico, se extinguissem, e o celibato era desencorajado, porque colocava em risco a continuidade do culto. Neste contexto da história é que surgiu a Adoção.

Caso a mulher fosse estéril podia ser repudiada pelo marido. Se o homem fosse estéril, um irmão ou parente podia lhe suscitar descendentes, neste caso a mulher era obrigada a se entregar a este irmão ou parente. Como último recurso havia a adoção. A adoção surgiu para perpetuar o culto doméstico. Segundo ARNOLD WALD ⁵, “A família era uma unidade religiosa, pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos”.

A família sempre foi considerada como a célula básica da sociedade. Naquele tempo, não bastava gerar um filho, este deveria ser fruto de um casamento religioso. Com o advento do Cristianismo, as uniões livres foram condenadas e foi-se instituído o casamento como sacramento, acreditando-se que os nubentes deviam ser protegidos por uma comunhão espiritual, que era conseguida por meio de solenidades perante a autoridade religiosa. As uniões livres, perante a opinião pública e perante a legislação não tinham a condição ou status de casamento.

A partir do Século XIX o casamento passou a ser regulamentado pelo Estado que o inseriu nas codificações. Sendo admitido no Brasil nos dias atuais, como forma legal, o casamento monogâmico, e estas famílias são regidas pelo Princípio da Igualdade de Direitos e Deveres entre marido e mulher.

No entendimento de SÍLVIO RODRIGUES⁶: “A família se apresenta, portanto, como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, que nela vê a célula básica de sua organização social”. A família brasileira sofreu as influências da família romana, da família canônica e da família germânica.

2.2 – A Instituição do Casamento:

O casamento é o liame jurídico entre o homem e a mulher que tem por objetivo a assistência mútua, material e espiritual, de forma que exista uma integração fisiopsíquica e, conseqüentemente a constituição de uma família. Na definição de SILVIO RODRIGUES⁷ casamento é “[...] contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e

⁵ WALD, Arnold. O novo Direito de Família, p. 9.

⁶ RODRIGUES, Sílvio, Direito Civil, p.6.

⁷ RODRIGUES, Sílvio. Direito de Família, vol. 6, p. 19.

da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Para o direito canônico, as finalidades do casamento eram a procriação e a educação dos filhos. De acordo com a Bíblia Sagrada, a instituição do casamento teve sua origem na criação⁸, e assim é esse ato considerado por Jesus Cristo, conforme observamos no livro de Mateus capítulo 19, versículos 4 e 5.⁹ No Antigo Testamento, as mais antigas memórias mostram que eram os pais que combinavam a união, embora, algumas vezes, fosse pedido o acordo das partes contratantes.¹⁰

O casamento foi posteriormente regulamentado pelo Estado, que o inseriu nas codificações a partir do Séc. XIX, como sustentáculo da família. Para os católicos, até o começo da República, o casamento para ter validade tinha de ser celebrado pela Igreja. Para os não católicos o casamento civil só se tornou possível a partir de 1861.

O Governo provisório, em 1890, com a separação do Estado e da Igreja e estimulado pelos pensamentos das correntes liberais e positivistas que predominavam na época, promulgou o Decreto nº 181 de 1890, onde no artigo 108, só era admitido como casamento válido, o civil. De 1890 a 1937, prevaleceu esta consideração, onde o único casamento que era reconhecido pelas nossas leis, era o civil. O Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil, sem fazer qualquer menção ao religioso.

Para os civilistas, o casamento religioso inexistia juridicamente, sendo as relações entre os participantes de tal vínculo, mero Concubinato. A Lei nº 379 de 16.01.1937, concedeu efeitos civis ao casamento religioso. Esta Lei só foi alterada pelo Decreto-Lei 3.200 de 19.04.1941. Nos dias atuais o casamento religioso tem efeitos civis, sendo tal matéria disciplinada nos parágrafos 1º. E 2º. do Artigo 226 da Constituição Federal/88, e, quanto ao Registro do casamento religioso para efeitos civis se encontra disciplinada pelos artigos 1.515 e 1.516 do Código Civil de 2002, que modificou as normas sobre o registro civil do casamento religioso, em conformidade com o que dispõe a Constituição.

O casamento nos dias atuais tem se adequado à realidade, buscando novos caminhos para a realização pessoal de cada cônjuge. A vida que se inicia com o casamento deve ser nutrida e alimentada para amadurecer, cuidando para que não haja a deterioração do amor.

⁸ “E disse Adão: Esta é agora osso dos meus ossos, e carne da minha carne: esta será chamada varoa, porquanto do varão foi tomada. Porquanto deixará o varão o seu pai e a sua mãe, e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma só carne.” Gênesis 2: 23, 24.

⁹ “Ele porém, respondendo, disse-lhes: não tendes lido que aquele que os fez no princípio macho e fêmea os fez, e disse: Portanto deixará o homem pai e mãe, e se unirá a sua mulher, e serão dois numa só carne?”

¹⁰ “E chamaram Rebeca, e disseram-lhe: Irás tu com este varão? Ela respondeu: Irei” Gênesis 24:58.

Único sentimento capaz de manter a unidade (uma só carne) necessária para a constituição de um lar.

Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento, como já visto, esteve longe de qualquer conotação afetiva. Nas lições de FOUSTEL DE COULANGES¹¹, o casamento era obrigatório, não tinha por fim o prazer. O seu objeto principal não era a associação para a felicidade, mas a procriação para a continuidade do culto doméstico. Ao primogênito cabia a responsabilidade de manter unido o patrimônio em benefício da unidade religiosa familiar,. Tal concepção de família permite a compreensão da gênese histórica dos direitos que eram atribuídos ao filho, especialmente se primogênito. Tais direitos eram mais amplos.¹² Mesmo depois do desaparecimento da família pagã, a família cristã guardou o caráter de unidade de culto. A família sempre foi considerada como a célula básica da Igreja.

Quanto à natureza jurídica do casamento, de acordo com ARNOLDO WALD¹³ esta matéria “tem dado margem à numerosa polêmica entre os juristas”. Exemplificando que os romanos entendiam ser o casamento uma situação de fato, e não de direito, pois este era conhecido pelo comportamento do esposo e esposa nas suas relações perante a sociedade. O casamento como um ato civil, estava compreendido no campo dos contratos, tendo surgido das ideias protestantes e com a Revolução Francesa, onde SAVIGNY e os autores franceses e italianos do séc. XIX entendiam que, pelo fato do casamento ser um ato bilateral, este se fundia ao contrato.

A natureza contratual do casamento é legitimada, no Brasil por PONTES DE MIRANDA, porém para EDUARDO ESPÍNOLA trata-se de um contrato de natureza particular, ou seja, um contrato de direito de família. Para uma outra corrente de juristas, dentre eles ARNOLD WALD¹⁴, o casamento é “[...] um ato jurídico complexo e solene que não tem natureza contratual”. Pois além dos deveres patrimoniais, há outros deveres sem este conteúdo, portanto não pode ser concebido como contrato.

Apesar das divergências doutrinárias, todos reconhecem a importância do casamento no contexto social, refletindo em todos os âmbitos da sociedade.

2.3 - A Família e as Mudanças Sociais

¹¹ COULANGES, Foustel. A Cidade Antiga, p. 41.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de Família, p. 19.

¹³ WALD, Arnoldo. O Novo Direito de Família, p. 53.

¹⁴ WALD, Arnoldo. O Novo Direito de Família, p. 54 – 55.

A Constituição Federal de 1988 veio ao encontro dos anseios da sociedade, tratando de assuntos pertinentes a família, demonstrando o constituinte um grande respeito e preocupação pela mesma, tornando-se um espelho do momento atual.

De acordo com JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, “A família é, ao mesmo tempo, fator e reflexo de mudanças sociais. Sua análise em determinado período dá exatamente a noção política, econômica e social de uma nação”.¹⁵

A Constituição Federal elevou a união estável à qualidade de entidade familiar, reunindo nesta relação todas as características afetivas que são atribuídas ao casamento. A união estável se tornou, com o reconhecimento da Constituição Federal, uma nova opção de relacionamento entre um homem e uma mulher, inclusive com a possibilidade de adotarem o patronímico de família entre si. E, não se pode esquecer que a união estável atualmente é uma relação duradoura, pública, com a intenção de constituir uma família, também entre pessoas do mesmo sexo.

O fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo é a afeição entre os cônjuges ou conviventes. O afeto por ser característica da pessoa humana, e por se tratar de sentimentos, se encontra dentre os direitos personalíssimos.

O Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres¹⁶. Com esta decisão a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar. Posteriormente o CNJ regulamentou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. O ministro Joaquim Barbosa¹⁷ salientou que cabe ao Supremo "impedir o sufocamento, o desprezo e discriminação dura e pura de grupos minoritários pela maioria estabelecida". De acordo com o ilustre ministro, o princípio da dignidade humana pressupõe a "noção de que todos, sem exceção, têm direito a igual consideração".

Duas ações deram base ao julgamento do STJ, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi transformada em Ação Direta de Inconstitucionalidade ao se constatar a perda de objeto de um de seus pedidos, o reconhecimento de benefícios previdenciários para

¹⁵ OLIVEIRA, Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família, p. 223.

¹⁶ Imprensa: Notícias STF. quinta-feira, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 24 de maio de 2012>.

¹⁷ O Portal do Advogado. Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva. Em 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://oportaldoadvogado.blogspot.com.br/2011_05_05_archive.html>. Acesso em 24 de maio de 2012>.

servidores do estado do Rio de Janeiro, pois estes benefícios já haviam sido reconhecidos em lei.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade buscava o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estender os mesmos direitos dos companheiros de uniões estáveis aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, sendo que o principal argumento da ADPF transformada em ADI era de que o não reconhecimento da união homoafetiva feria preceitos fundamentais constitucionais como os princípios da igualdade e da liberdade e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Estes dois pedidos foram deferidos. Não conjecturando sobre ideologias ou crenças, o reconhecimento de tais uniões homoafetivas, por assegurar direitos relativos ao patrimônio, à saúde, entre tantos outros, foi de fundamental importância para assegurar uma sociedade mais justa e fraterna.

3 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 – Princípios Constitucionais e o Direito de Família

Os princípios têm suas propriedades, que os diferenciam por sua natureza, dos demais preceitos jurídicos. A distinção está em que constituem expressão dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, fornecendo inspiração para as demais normas. Os princípios são considerados por alguns doutrinadores, superiores às normas.¹⁸

Os princípios são conceituados por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR¹⁹ como “[...] as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

Os princípios regulam comportamentos, traçam condutas, são normas elementares, ou seja, são os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. Princípios são regras manifestas em sentido lato, que se empregam a várias situações, conduzindo e regulando a aplicação das regras em um caso concreto, como exemplo destes princípios citamos a igualdade jurídica, a soberania, a prevalência dos direitos humanos, o interesse social entre outros. Nem sempre os princípios se inscrevem nas leis, mas porque

¹⁸ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, 1993: 525 Apud ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais, p. 16

¹⁹ CRETELLA JR., José. Primeiras lições de direito, p. 222.

servem de base ao direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática e proteção dos direitos do cidadão.

Os princípios, quando constitucionais, não podem ser contrariados por nenhuma lei. Qualquer lei que venha ferir estes princípios não terá validade, será inconstitucional e consequentemente, sem eficácia, cabendo ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo que fira a Constituição. Concluindo, ROTHENBURG ensina-nos que “Os princípios jurídicos, constitucionalizados, indicam, pois, os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção”.²⁰

O título primeiro da Constituição Federal do Brasil traz uma lista pormenorizada dos princípios fundamentais do país, sendo eles: princípio da soberania; princípio da cidadania; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; princípio do pluralismo político; princípio da independência nacional; princípio da prevalência dos direitos humanos; princípio da autodeterminação dos povos; princípio da não intervenção; princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, entre outros.

O título II da Constituição Federal do Brasil consagra os princípios que regem os direitos e deveres individuais da pessoa humana. O art. 5.º da Constituição Federal do Brasil faz uma declaração destes princípios: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Em seus incisos estão arrolados os direitos dos cidadãos, entre eles: a declaração de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; A ordem de que ninguém será submetido a tortura, e é livre a manifestação do pensamento; A defesa de que a intimidade do lar, a honra, a vida privada das pessoas são invioláveis; e a proteção ao direito de propriedade, lembrando da função social desta.

Todos os princípios constitucionais têm em vista a preservação da dignidade da pessoa humana, pois a Constituição da República contém princípios de extrema importância na preservação da dignidade dos membros de uma família. Dentro todos os princípios constitucionais, o de maior importância é o princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de um princípio que está inserido em todos os outros. A dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável. O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos.

²⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais, p. 83.

No ano de 1948 a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz em seu artigo primeiro que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”. A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a tratar de tão importante tema, segundo FLADEMIR JERÔNIMO BELINATI MARTINS, adaptando a ideia de José Manuel M. Cardoso da COSTA, isto “[...] representa o ponto culminante de um processo histórico, marcado por avanços e retrocessos, que levou os Estados a reconhecerem direitos ao homem pela simples razão de ser homem (pessoa humana), como expressão infungível de sua dignidade”.²¹

A dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico pátrio, tem grande importância. Todas as relações jurídicas devem ser delimitadas e dirigidas visando à preservação da dignidade, na total abrangência dessa expressão. Na família há a necessidade de proteção á dignidade humana, tanto nas relações familiares, como na sua dissolução, competindo ao Estado, por meio do direito de família, inibir a ofensa a este princípio fundamental.

Os princípios que norteiam as relações familiares, e o poder exercido por estes princípios sobre as pessoas, e sobre os bens de uma família, são guardados cuidadosamente pelo direito de família. É na figura do Estado, por meio de suas normas que o direito de família se manifesta, concluí-se, portanto, que o objeto do direito de família é tutelar os princípios que servem de base para as relações entre os membros da família, devendo sempre estar concatenado com a evolução da sociedade. Nas lições de JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA²² “[...] os princípios constitucionais do Direito de Família lançam para o futuro valores a serem observados pelas novas gerações no que toca à constituição da célula da sociedade: a família.”

Enquanto a Constituição anterior previa, em seu art. 175, que "A família é constituída pelo casamento", a Constituição de 1988 estatui, no *caput* do art. 226, que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", e os §§ 1º e 2º do mesmo artigo tratam do casamento civil e religioso, reconhecendo, em seu § 3º, a união estável como entidade familiar para efeito de tutela do Estado, e considerando, da mesma forma, a família monoparental, em seu § 4º.

A consagração da igualdade entre os cônjuges é indispensável para que se garanta o cumprimento do princípio fundamental da preservação da dignidade da pessoa humana. Embora as Constituições anteriores sempre terem reconhecido o princípio de que a lei deve

²¹ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana, , p. 73.

²² OLIVEIRA, José Sebastião, Fundamentos Constitucionais do Direito de Família, p. 274.

ser igual para todos, a legislação ordinária, por longos anos, estabeleceu e manteve regras marcadas pela desigualdade entre os cônjuges, na matéria do casamento.²³

Entende LUIZ EDSON FACHIN²⁴ que "O traço de exclusão da condição feminina marcou o patriarcado e fundou um padrão familiar sob a lei da desigualdade". O "Estatuto da Mulher Casada", Lei 4121, de 27.08.1962, iniciou o movimento legislativo de equiparação entre o homem e a mulher no casamento, aliviando as desigualdades, sem, no entanto, tê-las suprimido completamente. A Chefia da sociedade conjugal continuou a ser exercida pelo homem, embora devesse exercê-la com a colaboração da mulher (Código Civil de 1916, art. 233, *caput*), e, conseqüentemente, permaneceram na legislação ordinária os poderes do marido na representação da família, na administração de bens, na fixação do domicílio conjugal e seu dever de manter a família (Código Civil de 1916, art. 233, incisos I a IV).

A mulher adquiriu a titularidade do poder familiar, em conjunto com o marido, titularidade que antes era exclusivamente do homem, mas seu exercício continuou a caber ao pai, sendo a mãe vista somente como colaboradora (Código Civil de 1916, art. 380, *caput* e parágrafo único). A Constituição da República, de 1988, veio mudar estes entendimentos ultrapassados, pois além dos princípios gerais de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]" e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]", estatuídos no art. 5º, *caput* e inciso I, estabeleceu, expressamente, no art. 226, § 5º que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

O princípio de paridade entre os cônjuges, trouxe uma revolução na administração da família. O homem deixou de ser considerado como "cabeça do casal", passando homem e mulher a dividirem as responsabilidades na gestão da família, sendo que as decisões concernentes ao lar passaram a ser tomadas por ambos, em comum acordo. O princípio da igualdade de todos os filhos fez uma equiparação entre todos os filhos, adotados ou não, frutos de um casamento ou não, passando todos a terem o mesmo direito e qualificação, concorrendo de igual modo na sucessão hereditária, não se permitindo mais nenhuma forma de discriminação.

O Código Civil em vigor, em acatamento aos princípios constitucionais citados, dispõe sobre os efeitos jurídicos do casamento que: "O casamento estabelece comunhão plena de

²³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reparação Civil na Separação e no Divórcio, p. 63 e 64.

²⁴ FACHIN Luis Edson, Elementos críticos do Direito de Família, p. 15.

vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges" , art. 1509, cf. Emenda nº 160.

O Código Civil Brasileiro, *caput* artigo 1.567 estabelece: “art. 1567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. Mesmo em caso de desacordo entre o casal, a vontade do homem não prevalece, pois “[...] quaisquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, [...]”, buscando uma solução judicial para o caso. Parágrafo único do art. 1567 do CCB.

Nesta igualação de direitos, se permite a ambos os nubentes, querendo, acrescentar ao seu o sobrenome do outro, conforme o parágrafo primeiro do art. 1.565 do CCB: “Art. 1565. [...]. § 1.º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”.

A regra isonômica tem respaldo em solene disposição da Constituição Federal de 1988, conforme expresso em seu artigo 226, § 5.º: “Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado. [...]. § 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

É a consagração da igualdade no plano familiar, em reforço à vedação constitucional de qualquer espécie de preconceito, art.3.º, inciso IV da CF, e aos direitos fundamentais cuidados no artigo 5.º, *caput*, e seu inciso I da CF.

Segundo o entendimento de JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA: “Os fundamentos da família em termos de importância abrangem tanto no tempo como no espaço a evolução da espécie humana, que é de suma importância para a perfeita compreensão do estágio das civilizações passadas, das do presente e das do futuro.”²⁵

A independência econômica da mulher, e os movimentos concatenados que envolvem o princípio da igualdade dos sexos, ao contrário de refletir um descomedimento progressivo na vida sexual, como era sugerido anteriormente, têm é moralizado as relações sexuais, sob a forma de uniões permanentes, ou sob a forma legal.

O que forma o quadro dos direitos de família são as relações pessoais e econômicas derivadas do casamento e do parentesco. Tais relações são regidas por disposições legais expostas em torno do ponto essencial, que é a família. Esta é o alicerce, o fundamento, sobre a qual se organizam as regras jurídicas do Direito de Família.

No entendimento de YUSSEF SAID CAHALI,²⁶ todas as normas que vão contra preceitos constitucionais, não importando sua natureza, perdem de maneira automática sua eficácia. Na mesma linha de raciocínio, o professor JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA,

²⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do direito de família, p. 23.

²⁶ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação, p. 568-569.

considera sem justificativa a eficácia de qualquer dispositivo que traga intrínseco em si qualquer forma de discriminação.²⁷

Até a conquista, por parte das mulheres, à igualdade de direitos prevista pela Constituição Federal de 1988 houve um longo trajeto. Até a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977 havia a obrigatoriedade da adoção do patronímico do marido no casamento, após a promulgação da referida Lei ficou facultativo o uso do patronímico do marido, mas o homem sentia-se rejeitado quando a mulher optava por permanecer com seu nome de solteira, havia, portanto, uma pressão social para a adoção do patronímico do marido. Hoje tanto o homem quanto a mulher podem adotar o patronímico de seu cônjuge. Em razão do Princípio Constitucional da Igualdade entre os cônjuges, a jurisprudência, antes mesmo do Código Civil de 2002, admitia que também o marido pudesse adotar o nome da mulher,²⁸ agora há, no § 1.º do artigo 1.565 do Código Civil a permissão para que homem e mulher possam se assim quiserem adotar o sobrenome do outro, estendendo-se este direito ao companheiro ou companheira que vivam em união estável.

O artigo 226, § 5.º da Constituição Federal dispõe: “ Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” Ainda na Constituição Federal, em seu artigo 3.º, inciso IV há a vedação a qualquer tipo de preconceito, e a garantia aos direitos fundamentais, encontra-se expressa no artigo 5.º, caput, inciso I da Constituição Federal.

Com a evolução da mulher na sociedade, fez-se necessário uma transformação no direito, pois o papel da mulher casada, que antigamente era só o de procriação, passou a ser de colaboração no sustento da família, sendo, inclusive, uma grande parte das mulheres arrimo de família. A adoção do nome do marido sempre esteve ligada a idéia de submissão ao poder do marido. Embora haja o direito do marido adotar o nome familiar de sua esposa, este não é exercido devido ao preconceito. Ensina o professor JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA²⁹ que diante do Princípio de Igualdade, a escolha do apelido de família cabe aos cônjuges, podendo eles optarem pelo apelido de família de um ou de outro, ou continuarem usando seus nomes de solteiros.

²⁷ OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos constitucionais do Direito de Família, p. 127 - 128.

²⁸ JURISPRUDÊNCIA: REGISTRO CIVIL – SOBRENOME DA MULHER – Pode o marido, quando do casamento, adotar o sobrenome da família da esposa, visto que o Artigo 226, parágrafo 5º. da CF/88, igualou homem e mulher quanto aos direitos e deveres referentes a sociedade conjugal”(TJSP/Ap.Civ. 198.349-1 – 1ª. Câm. Civi. TJSP – Rel. Des. Guimarães e Souza – j. 03.08.1993. “in” Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre direito de família: Aspectos constitucionais, civis e processuais, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini. São Paulo, RT 1996 03/451)

²⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família, p. 123.

4 – DIREITOS DA PERSONALIDADE

5.1 – Gênese e Considerações Acerca do Tema

Os chamados Direitos da Personalidade foram instituídos como resposta aos anseios dos seres humanos, que durante sua evolução foram se dissociando dos grupos a que pertenciam, onde estavam integrados socialmente, surgindo à necessidade de preservar a sua individualidade.

Com a consolidação do Cristianismo foi reconhecida a importância do homem, vendo-o como merecedor de direitos e de proteção. O Cristianismo foi, de acordo com JABUR³⁰, “[...] responsável pela construção de fortes alicerces morais sobre os quais se edificaram os direitos que derivam da individualidade, da própria personalidade humana. [...]”.

Considera SANTIAGO DANTAS³¹ que o Direito da Personalidade pertence à categoria dos direitos subjetivos, considerando-o como direito absoluto.

Isto significa que há direitos que são essenciais para a existência de todos os outros direitos, estes direitos são indispensáveis para que a pessoa seja considerada como tal. A estes direitos dá-se o nome de Direitos da Personalidade, que, segundo CUPIS³² não podem estar adstritos simplesmente aos direitos inatos.

Contrariamente, PONTES DE MIRANDA, considera o Direito da Personalidade como um direito inato, isto é, direito que nasce com a pessoa, tratando-se, portanto de um direito subjetivo. Compactuando desta mesma idéia, ORLANDO GOMES³³ ainda acrescenta que o Direito da Personalidade tem por intuito defender a dignidade da pessoa humana, sendo extremamente necessário para o desenvolvimento do ser humano.

5.2 - O Nome como Direito da Personalidade

O direito ao nome surgiu como uma perpetuação do culto doméstico, pois só a religião determinava o parentesco. A *gens* era uma instituição formada pela aristocracia, que eram os patrícios de Roma e os eupátridas de Atenas. Esta instituição foi combatida pelo partido popular, formado em Roma pelos plebeus (*gentes*) e em Atenas os *ghêne* foram alterados, sendo incorporados e substituídos pelos *demos*.

³⁰ JABUR, Gilberto Haddad, Liberdade de Pensamento e Direito à vida privada, p. 34.

³¹ DANTAS, San Tiago. Programa de direito Civil, p. 194.

³² CUPIS, Adriano. Os Direitos da Personalidade, p. 17.

³³ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 71-72.

Na Grécia os membros de uma mesma *gens* eram reconhecidos pelo culto. Em Roma também. Esse culto era considerado um dever e como tal era perpetuado de geração em geração. Os membros de uma mesma *gens* usavam o mesmo nome.

A estrutura familiar tem o uso do patronímico que perpetua o *gens* (*nomem*) e quando os ramos familiares se tornam independentes, ganhando uma individualidade, esses ramos adotam o sobrenome (*agnomen*). Além disso, cada pessoa tinha a sua denominação particular.

Nos tempos antigos os romanos tinham apenas um nome. Somente mais tarde passaram a usar três nomes. O nome próprio ficava em primeiro e se chamava *praenomen*. Depois vinha o *nomem*, que designava o clã. O último nome designava a família e é conhecido como *cognomen*. Alguns romanos acrescentavam um quarto nome, o *agnomen*, para comemorar atos ilustres ou eventos memoráveis. Quando o Império Romano começou a decair, os nomes de família se confundiram.

Durante a Idade Média, as pessoas eram conhecidas somente pelo nome próprio, mas com a necessidade de distinguir as pessoas adicionavam alguma característica, ou função que a pessoa exercia, ou então usavam o nome do pai, grande parte dos nomes usados na Idade Média não eram hereditários. Na baixa Idade Média apenas se tinha o nome de batismo, situação que perdura até o século XII.

O patronímico aparece sempre ligado ao nome da terra de origem do indivíduo e, daí, evolui para o sobrenome.

Todo ser humano tem direito a um nome, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil, através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961, estabelece o nome como necessidade primaz do indivíduo, tanto quanto, a vida. E que posteriormente, teve sua aplicabilidade orientada e definida pela Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990, que em seu artigo 7º, § 1º, dispõe: "A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá, desde o seu nascimento, direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles".

No mesmo cunho dos tratados e declarações internacionais, com os quais, por ratificação, o Estado Brasileiro passa a ser signatário, assumindo um compromisso obrigacional, e, por tal motivo, é que o direito interno também consagra o nome civil, como

direito fundamental material, posto que, está previsto na Constituição Federal de 1988, como um direito da personalidade. O Código Civil de 2002, prevê expressamente o nome civil como um direito basilar e específico da personalidade; em Capítulo próprio tutela dos direitos atributivos da pessoa, que por integrarem ao indivíduo, e dada sua imprescindibilidade, conseqüentemente, lhe pertencem.

O nome, como direito da personalidade, conforme ensina CARLOS ALBERTO BITTAR opera a "ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral", identificando a pessoa em suas relações profissionais e sociais, também foi protegido no Livro do Direito de Família.

Após a aquisição do sobrenome do cônjuge, ou nome de família, sua perda, sem qualquer exceção, determinada na legislação vigente, em caso de ser a mulher havida como culpada da dissolução do casamento, fere o referido direito da personalidade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ainda sob o arrimo da Lei do divórcio, considerou como sendo inconstitucional a imposição à mulher de voltar a usar o nome anterior ao casamento, quando da conversão da separação judicial em divórcio.³⁴

Outra decisão, também tendo como relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias, considerou ser de suma importância o respeito à vontade da mulher, que não pretendia voltar ao nome de solteira, por entender que o nome correspondia à sua personalidade.³⁵

Com relação ao nome dos filhos, de acordo com o sistema de Registro vigente, e os costumes, o nome do nascido deve ser formado, pelo nome escolhido pelos pais, seguido pelo prenome, que será formado de elementos do nome da mãe, e, depois, de elementos do nome do pai. Sendo que os elementos do nome materno são dispensáveis, podendo os pais optar por colocar no nascido, após o nome escolhido somente o sobrenome paterno. Também, deve ser considerado, para a identificação do tronco familiar, a necessidade que os filhos que tem em comum pai e mãe devem ter o mesmo sobrenome.³⁶

Os Direitos da Personalidade devem sempre ser tutelados, para que seja preservada a pessoa humana em todos os aspectos, sejam sociais, morais ou mesmo emocionais. O que o

³⁴ "Nome. Conversão da separação em divórcio. Não perde a mulher o direito de continuar usando o nome que adotou com o casamento. Trata-se de atributo de personalidade, direito personalíssimo cuja decisão só cabe à mulher, revelando-se inconstitucional o parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio. Apelo provido, com declaração de voto" (APC 70002262731, 7ª C. Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgada em 05.09.2001)".

³⁵ "NOME. DIREITO DE PERSONALIDADE. Sendo o nome um dos atributos da personalidade, de todo descabido determinar à mulher o retorno ao nome de solteira, quando da conversão da separação ao divórcio, se esta não é a sua vontade. Apelo provido" (APC 70002607984, 7ª C. Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgada em 30.05.2001)".

³⁶ Embargos Infringentes n.º 70002555779, 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

ser humano busca é a felicidade, porém este não pode se esquecer que vive em uma sociedade, então os seus direitos não podem prevalecer em detrimento do direito alheio.

Caso o homem, ou a mulher, permanecer com o nome do ex-cônjuge, ou ex-companheiro, este nome estará agregado à sua personalidade, por pertencer de fato e de direito a pessoa que o carrega, porém este nome não poderá ser repassado para o novo cônjuge ou companheiro, ou para a eventual prole que advenha desta nova união, pois o fato de transmitir a outrem um apelido de família alheio é sistematicamente apontado como causa que legitime a exclusão deste nome, visto que, não só o ex-cônjuge, ou ex-companheiro, se sentirá ofendido, mas todos os seus ascendentes, por se tratar de uma desonra, de uma indignidade a este nome familiar.

Para PIERO PERLINGIERI³⁷ o direito ao nome não se limita ao sentido individual, pois a tutela desse direito abrange a pessoa e a integridade do grupo familiar, sendo que, o direito ao nome é um direito coletivo ou fundado em um determinado status familiar.

5.3 – Da Possibilidade de Retornar ao Nome de Solteiro Após a Morte do Consorte

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a mulher, ou o homem que acresceu ao seu o nome de seu cônjuge pode retornar ao seu nome original após a morte deste. Este entendimento foi manifestado no Recurso Especial 363.794 – DF, em analogia à Lei do Divórcio (Lei 6.515/77, artigos 17 e 18), onde há a faculdade de escolher se continuará com o nome de casada, ou casado, ou voltará a usar o nome de solteira ou solteiro.

O uso do nome que pode ser acrescido não pode ser considerado irrenunciável, nem há nenhuma imutabilidade imposta pela lei. Da mesma forma que impor a retirada do nome fere os direitos da personalidade, manter um nome contra a vontade da pessoa humana agride estes mesmos direitos. A dissolução do casamento gera para a mulher, ou homem, a possibilidade de retorno ao nome de solteira, ou solteiro, este mesmo princípio pode ser adotado com relação à morte do consorte, para a restauração do nome anterior, facultando, portanto, a permanência, ou não, do nome acrescido ao seu, de acordo com a conveniência e vontade de cada um. Havendo circunstâncias próprias que justifique a alteração do registro e ausente qualquer prejuízo a terceiro não há impedimentos legais que legitimem a permanência de um nome indesejado. Impende analisar esta questão sob a ótica dos direitos da personalidade, especialmente o direito à identidade.

Para PAULO MOTA PINTO³⁸,

³⁷ PERLINGIERI, Piero. Perfis do Direito Civil, p. 180.

“A inclusão do direito ao nome entre os direitos da personalidade é perfeitamente legítima, pois o bem da identidade (reconhecer-se o homem como sendo certo homem) é um dos aspectos morais da personalidade, ao lado de outros. O nome é um “quid” imaterial, meio de realização do bem da identidade, intimamente ligado, portanto à pessoa”.

“O direito ao nome abrange a faculdade de o usar para exprimir a identidade própria e de exigir que os outros, nas relações sociais, o atribuam ao seu titular [...]”.

O direito ao nome diz respeito à identificação pessoal de cada indivíduo, portanto, permitir que o cônjuge ou companheiro viúvo possa retirar o patronímico do falecido consorte ou companheiro, com o fim do casamento ou da união estável por conta do óbito, independente de convolar novas núpcias, reflete um novo paradigma no direito de família, tornando-o mais humano e flexível. Alguns tribunais, como o TJRS e TJSP já julgaram procedentes tais casos.

“AC 70004210514

NOME. MORTE DO MARIDO. EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO VARÃO. POSSIBILIDADE. Inexiste qualquer vedação legal para que a viúva busque excluir o patronímico do marido, em face de seu falecimento. Aliás, tal possibilidade atende a uma interpretação sistemática, pois, na separação, é facultado à mulher abandonar o seu nome e na conversão da separação em divórcio é impositiva a volta ao nome de solteira. Assim, de todo descabido impor que continue com o nome de casada se o casamento findou em decorrência da morte do cônjuge. Apelo provido”.³⁹

CAHALI ensina⁴⁰: “A morte de um dos cônjuges faz terminar a sociedade conjugal, como ainda dissolve o vínculo do matrimônio”. Com efeito, assim, se o divórcio gera para a mulher, ou para o homem a possibilidade de retorno ao nome de solteira, ou solteiro, o mesmo princípio pode ser adotado com relação à morte do cônjuge, para a restauração do nome anterior, pois não há imutabilidade imposta pela Lei, nem pode ser considerado irrenunciável o uso de nome acrescido ao da mulher, ou do homem por sua vontade e mantido, também por sua conveniência, como ocorre em caso de Divórcio.

Como nada obsta a mudança do nome ao casar-se, passando a usar os apelidos do cônjuge, da mesma forma, no caso da morte do consorte, nada impede que mude outra vez, visto que já se dissolveu a própria sociedade conjugal em função da qual havia adquirido o novo nome.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁸ PINTO, Paulo Mota. Direitos da Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro, p. 21

³⁹ DIAS, Maria Berenice. Disponível em < <http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-nome.dept>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação, p.58

O homem ao nascer torna-se parte de uma sociedade, inseridos em uma família. Durante toda a vida estará unido, por vínculos morais ou afetivos a essa família, ainda que, com o casamento venha a constituir uma nova família.

As relações existentes entre os membros de uma família são reguladas pelo direito de família, que tem características próprias, com influências dos princípios sociais, morais e éticos, que são voltados para a tutela da dignidade da pessoa humana, estas características tornam o direito de família diferente dos demais direitos.

Da Constituição Federal surgiu uma nova organização familiar. enfim, evoluiu-se de uma estrutura petrificada e estratificada pela hierarquia a uma estrutura linear, sem ascendência de uns sobre os outros, sendo o amálgama deste contexto a efetividade, a liberdade de opinião no seio familiar e o reconhecimento do respeito recíproco.

A grande preocupação do direito de família é a situação, a condição da pessoa, que pode ser alterada por um fato jurídico, como por exemplo com o nascimento, ou ainda pode ser modificada por um ato jurídico, como a adoção, o casamento, entre outros. Como a família representa a base, o centro, o que dá firmeza a todo um organismo social, por estar estreitamente ligado a vida, é que se tornou necessário que, o direito de família passasse por uma revisão, devido a evolução da sociedade. Os costumes, os valores morais, com o transcorrer dos anos foram se alterando, surgiram as entidades familiares. O direito de família avançou com esta sociedade, acompanhando-a.

Com relação ao nome familiar, tanto o homem, como a mulher podem, se assim decidirem optarem por acrescentar ao seu o nome do cônjuge, companheiro ou companheira. Com o Divórcio, ou com a morte do consorte, abre-se a possibilidade de restauração do nome anterior, visto que a sociedade conjugal que outrora existia foi dissolvida, e não há imutabilidade imposta pela lei.

Com a igualação dos direitos, e conseqüentemente, dos deveres do homem e da mulher surgiu um novo direito de família, mais humano, e por que não dizer, mais justo.

REFERÊNCIAS

- A Bíblia Sagrada**, ed. rev. E cor., trad. por João Ferreira de Almeida, Barueri; Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**, 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.
- _____. **Divórcio e Separação**, 11. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraeis Editora, 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**. Conteúdo Jurídico, 10 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em 22 de julho 2012.

_____. **Jurisprudência.** Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-nome.dept>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

FACHIN, Luis Edson: **Elementos críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico**. Século XXI, Editora Nova Fronteira; versão eletrônica: Lexikon Informática Ltda, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à vida privada**: Conflitos entre Direitos da Personalidade. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família; **Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. vol. I, 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

OAB. **Ophir apóia decisão do STF sobre união estáveis de homossexuais em todo país**. Notícias, 06 de maio de 2011. Disponível em:<
<http://oab.jusbrasil.com.br/noticias/2674740/ophir-apoia-decisao-do-stf-sobre-uniao-estaveis-de-homossexuais-em-todo-pais>. Acesso em 24 de maio de 2012>.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

O Portal do Advogado. **Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva**. Em 05 de maio de 2011. Disponível em:
 <http://oportaldoadvogado.blogspot.com.br/2011_05_05_archive.html. Acesso em 24 de maio de 2012>.

PERLINGIERI, Piero. **Perfis do Direito Civil**, trad. Maria Cristina de Cicco, Renovar, 1997.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul (RS): p. 7-34v. 51, n. 314, p. 7-34, dez., 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao Código Civil**, vol. 17. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SAN TIAGO DANTAS, Edmea de. **Programa de Direito Civil**: Teoria Geral, e. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil - O novo Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2002.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. rev. atual. e ampl. [De acordo com a jurisprudência e com o novo código civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a colaboração da Prof.^a Priscila M. P. Corrêa da Fonseca]. São Paulo: Saraiva, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves. **Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família**: Aspectos Constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.