

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE- UNESC

CURSO DE DIREITO

TATIANE PEREIRA

**SUCCESSÃO ENTRE IRMÃOS UNILATERAIS E BILATERAIS
OBSERVANDO O ART. 1841 DO CÓDIGO CIVIL E O PRINCÍPIO DA
IGUALDADE**

CRICIÚMA, JUNHO 2011

TATIANE PEREIRA

**SUCCESSÃO ENTRE IRMÃOS UNILATERAIS E BILATERAIS
OBSERVANDO O ART. 1841 DO CÓDIGO CIVIL E O PRINCÍPIO DA
IGUALDADE**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para
obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. Esp. Rosangela Del Moro

CRICIÚMA, JUNHO 2011

TATIANE PEREIRA

**SUCESSÃO ENTRE IRMÃOS UNILATERAIS E BILATERAIS OBSERVANDO O
ART. 1841 DO CÓDIGO CIVIL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Civil

Criciúma, 22 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Rosangela Del Moro- UNESC- orientadora

Prof. Esp. Fabrizio Guinzani- UNESC

Prof. Esp. Marcus Vinícius Almada Fernandes- UNESC

Dedico o presente ao meu pai, que era para mim um grande herói e que infelizmente partiu muito cedo deste mundo. Mas tenho a certeza de que ele estará sempre ao meu lado e em meu coração; pois foi quem sempre me incentivou nos estudos e com certeza estaria muito orgulhoso se estivesse entre nós.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que é quem nos dá força advinda de nossa fé e esperança.

Agradeço a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para que eu pudesse realizar o presente, auxiliando, orientando ou simplesmente proferindo palavras de estímulo e consideração. Agradeço ainda a todos os professores do curso, em especial a orientadora Rosangela, por sua paciência e dedicação.

Não poderia deixar de agradecer a toda minha família, especialmente minha mãe Ilda e meus irmãos Viviane e Rodrigo, os quais não mediram esforços para que obtivesse êxito em minha caminhada sempre com muita paciência e dando força nos momentos mais difíceis; pois participaram efetivamente de todo meu trajeto acadêmico.

Em especial também, agradeço meu namorado Marco Antonio que sempre esteve presente, de diversas formas, sempre muito paciente, estimulando e acreditando em minha capacidade e disposto a ajudar em qualquer situação que fosse necessário.

Às colegas de classe, em especial a super companheira Cristiane, a qual compartilhou comigo todos os momentos nesses cinco anos de caminhada e que me deu muita força; demonstrando-me o valor de uma amizade construída ao longo de uma convivência diária.

À minha grande amiga inseparável Tayse Périco, que sempre foi e ainda é muito companheira e uma irmã para mim, sempre presente em todos os momentos da minha vida.

Às minhas amigas em geral, que também contribuíram e muito para a realização do presente trabalho, pois nos momentos mais difíceis, como nos mais felizes sempre estiveram ao meu lado, cobrindo-me de conforto.

Enfim, muito obrigada a todos que de alguma forma, fizeram com que hoje eu estivesse aqui, realizando mais uma grande etapa de minha vida.

“Quando morremos, deixamos atrás de nós tudo o que possuímos e levamos tudo o que somos.”

(Autor desconhecido)

RESUMO

O presente trabalho estuda a sucessão entre irmãos unilaterais e bilaterais, observando o artigo 1841 do Código Civil e o princípio da igualdade. Dividido em três capítulos, traz noções sobre o que são princípios constitucionais, que são a base de um ordenamento jurídico, bem como sua grande relevância no mesmo. Traz ainda conceituações do princípio da igualdade, seus diversos aspectos e a forma em que fora inserido nas legislações, desde muito tempo. Após a observância do princípio da igualdade, passa a trazer ideias várias de sucessão, principalmente a sucessão por morte e suas peculiaridades; posteriormente traz a forma em que se realiza a sucessão entre irmãos unilaterais e bilaterais, nos casos em que a pessoa falecida não possui herdeiros necessários, vindo seus irmãos a suceder-lhe. Demonstrando as visões conflituosas que acarreta o disposto no artigo 1841 do Código Civil de 2002 em face do princípio da igualdade explanado na Constituição Federal de 1988. O método utilizado foi o dedutivo e o tipo de pesquisa é qualitativa, teórica com uso de material bibliográfico.

Palavras-chave: Princípios. Igualdade. Sucessão. Irmãos. Concorrência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	11
2.1 Histórico e conceito de princípios	11
2.2 Do princípio da igualdade	15
2.2.1 A inserção do princípio da igualdade nas legislações.....	20
2.3 Da igualdade e da isonomia	24
3 DA SUCESSÃO	28
3.1 Histórico e conceito.....	28
3.2 Da sucessão legítima e testamentária.....	34
3.2.1 Sucessão legítima	35
3.2.2 Sucessão testamentária	37
3.2.2.1 Das espécies de testamento	40
3.3 Da ordem de vocação hereditária e concorrência	43
4 DA SUCESSÃO ENTRE IRMÃOS UNILATERAIS E BILATERAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	48
4.1 Do art. 1841 do Código Civil/2002 e a sucessão entre irmãos	54
4.2 Da violação (ou não) do princípio da igualdade frente a previsão do art. 1841 do Código Civil/2002	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Os princípios são as bases do ordenamento jurídico, são norteadores das normas, não sendo específicos como estas, os princípios são mais gerais e na maioria das vezes aplicáveis a diversos casos concretos. No que se refere ao princípio da igualdade, que é um dos objetos de estudo do presente trabalho, ele possui grande importância no ordenamento jurídico e deve ser observado em quaisquer atos, tanto pelo poder legislativo quanto pelos poderes executivo e judiciário.

O presente trabalho tem por objeto de estudo a sucessão entre irmãos unilaterais e bilaterais, a par do disposto no art. 1841 do Código Civil de 2002 e seus reflexos no princípio constitucional da igualdade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu art. 5º a princípio da igualdade, fazendo com que todas as pessoas sejam tratadas de maneira igualitária, independente de raça ou de qualquer outro fator.

Ainda na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se a exigência de igualdade em relação aos filhos, que é tratada em seu art. 227 § 6º, não permitindo qualquer discriminação. Em contrapartida o atual Código Civil em seu art. 1841 traz distinção entre os filhos quando do momento da sucessão. Neste ponto, encontra-se a divergência, pois o mencionado artigo do Código Civil é visto como inconstitucional por tratar de maneira tão desigual os filhos unilaterais ou bilaterais, enquanto para outros, o típico tratamento desigual aos desiguais, que não chega a ferir as normas constitucionais.

A par da discussão estudar-se-á o princípio da igualdade, em especial no tocante aos direitos de filiação, bem como a sucessão na legislação brasileira e as formas de partilha existentes, para, posteriormente analisar-se a partilha de bens existente entre irmãos unilaterais e bilaterais, observando-se o artigo 1841 do Código e seus reflexos no princípio da igualdade.

Com o intuito de atingir o objetivo proposto o presente trabalho dividir-se-á em três capítulos; no primeiro abordar-se-á os princípios constitucionais em geral e em especial o princípio da igualdade.

No segundo capítulo estudar-se-á a sucessão, seu significado, espécies e modalidades.

Por fim, tratar-se-á no terceiro da diferenciação sucessória existente entre irmãos unilaterais e bilaterais se vierem a concorrer entre eles na sucessão de outro irmão, em especial com enfoque no previsto no art. 1841 do Código Civil de 2002, com o intuito de verificar-se eventual lesão ao princípio constitucional da igualdade.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

No presente capítulo far-se-á uma abordagem acerca dos princípios constitucionais, versando de forma mais específica sobre o princípio constitucional da igualdade e seus diversos aspectos, como seu conceito, sua história e inclusão nas legislações, obtendo-se uma visão a respeito de tal princípio, bem como de suas peculiaridades.

2.1 Histórico e conceito de princípios

Nem sempre os princípios foram vistos como são nos dias de hoje, sendo que a eles era atribuída importância de conselhos, como se assim eles fossem, já que eram advindos de questões apenas morais ou políticos, ou seja, não possuíam o valor normativo que hoje possuem (ROTHENBURG, 1999, p. 13).

Desde meados de 1950, aquela antiga concepção de princípios como gerais, passa a visualizá-los como princípios constitucionais, pois seu aspecto normativo passa a ser reconhecido de diversas formas (BONAVIDES, 2006, p. 257).

Posteriormente, o quadro muda e os princípios passam a ser reconhecidos como atributos imprescindíveis do direito, momento em que se percebe que os princípios são normas, diferenciando-se das outras apenas pelo grau de subjetividade que possuem (ROTHENBURG, 1999, p. 14).

O período em que os princípios começam a ser inclusos nas legislações, ocorre na segunda fase de sua teorização, ou seja, por meio do juspositivismo, que passa a evoluir sua doutrina, e obtém concepção dos princípios como normas programáticas, concepção esta que com o passar dos tempos, vai evoluindo (BONAVIDES, 2006, p. 262-263).

Na fase do pós-positivismo, no final do século XX, é que se reconhece expressamente os princípios como verdadeiramente são, ou seja, a base do sistema constitucional (BONAVIDES, 2006, p. 264).

Nas palavras de Bonavides (2006, p. 258) observa-se que: “[...] Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.”

A expressão princípio é utilizada tanto no campo do direito quanto em diversas outras áreas como política, física, sociologia, dentre várias outras. Servem principalmente

para estabelecer um grupo de conhecimentos que dizem respeito a determinados temas, por isso a palavra princípios pode ter diversos conceitos (ESPINDOLA, 2002, p. 52).

Desta forma, se pode observar que, em qualquer área em que seja conceituado, princípio é uma estrutura de pensamentos, que vem de certa ideia, superior às demais (ESPINDOLA, 2002, p. 53).

No tocante aos princípios constitucionais, estes não podem ser analisados de forma que não os condicione a uma ideia de princípios no direito, já que são eles que norteiam as demais normas expressas nas constituições (ESPINDOLA, 2002, p. 50).

Os princípios constitucionais são também uma espécie de normas contidas na constituição que são sobrepostas às outras normas, formando um sistema denominado constitucional que é formado pela obrigação de se interpretar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em um conjunto de normas que são relacionadas internamente, sendo assim, os princípios constitucionais são o caminho para que a constituição seja interpretada da forma correta (TAVARES, 2008, p. 103).

De acordo com Barroso (1999, p. 147) os princípios constitucionais “são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.”

O ordenamento jurídico também possui valores que são importantes, sendo os princípios um resumo de tais valores, pois o objetivo primordial da Constituição é a harmonia que suas normas e princípios podem trazer às pessoas a ela subordinadas, e desta forma, os princípios espalham-se por todo este sistema composto pelo conjunto de normas, dando diretrizes e mostrando quais direções devem ser tomadas (BARROSO, 1999, p. 148-149).

No mesmo sentido, Bastos (2002, p. 80) define princípios como “mandamento nuclear de um sistema, ou se se preferir, o verdadeiro alicerce dele.”

De acordo com Cruz (2006, p. 13): “os princípios constitucionais, deve-se sempre repetir, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito.”

As funções dos princípios constitucionais são muito importantes, sendo que servem como forma de se interpretar as outras normas, haja vista que os mesmos se espalham pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interferindo diretamente na interpretação dos artigos e impossibilitando que sejam feridos quaisquer dos princípios garantidos na constituição; inclusive pode tornar as regras conflitantes com o que expõem inconstitucionais (BASTOS, 2002, p. 79-80).

Também versando a respeito dos princípios constitucionais, Tavares (2008, p. 104) afirma que:

[...] os princípios caracterizam-se por serem a base do sistema jurídico, seus fundamentos últimos. Nesse sentido é que se compreende sua natureza normogênica, ou seja, o fato de serem fundamento de regras, constituindo a razão de ser, o motivo determinante da existência das regras em geral.

Assim, fica claro que os princípios constitucionais são fundamentais para o ordenamento jurídico e não devem se confundir com as normas, já que não são tão específicos quanto estas que possuem mais restrições em sua eficácia, mas isto não significa a existência de hierarquia normativa entre ambos (BARROSO, 1999, p. 147).

É importante ficar claro que apesar de possuírem algumas diferenças, os princípios e as normas não são postos um acima do outro, sendo que ambos compõem o ordenamento jurídico da mesma maneira, no mesmo nível de hierarquia (BASTOS, 2002, p. 75).

Segundo Alexy (2008, p. 87) as regras e princípios podem ser diferenciadas de várias maneiras, devendo assim serem chamadas, já que o conjunto entre ambos é que são as normas, ou seja, tanto as regras quanto os princípios, podem ser vistos como normas.

Segundo Bastos (1988, p. 339): “[...] os princípios demandariam medidas de concentração em comparação com a possibilidade de aplicação direta das normas.”

Os princípios são mais gerais, sendo que as regras são mais específicas, diretamente relacionadas aos casos concretos, já os princípios norteiam todos os casos concretos, são cabíveis e podem ser aplicados em situações diversas (ALEXY, 2008, p. 87).

Também sobre diferenciações entre normas (regras) e princípios, Rothenburg (1999, p. 17-18) afirma:

[...] os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação-e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.

Para que se encontre de forma clara a diferença entre regras e princípios, Alexy (2008, p. 89-90) apresenta três teorias que divergem sobre tal distinção. Sendo que a primeira delas diferencia as regras dos princípios, justamente por existir diferenças entre ambos. Já a segunda, também não muito fundada em razões aceitáveis assim como a primeira, aduz que a diferenciação entre regras e princípios se dá unicamente em razão do diferente grau de generalidade entre regras e princípios. A terceira e última, que seria, segundo o autor a mais

correta, traz a ideia de que entre regras e princípios existem diferenças que vão além do grau de generalidade, ou seja, possuem diferença de qualidade.

De acordo com Bulos (2008, p. 387), os princípios fundamentais “são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinam-lhe o modo e a forma de ser.”

É importante destacar que os princípios fundamentais, ao longo do tempo tomaram um espaço considerável nas legislações, visto que não é mais possível que se aplique qualquer norma sem a observância dos devidos princípios. Desta forma, é bastante visível tal invasão dos princípios em todos os ramos do direito, sendo que a não observância de tais princípios faz com que, se altere as características indicadas pela própria Constituição (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 324).

São desta forma, reconhecidos como fundamentais justamente por que compõem a base constitucional, pois é necessário que um Estado democrático de direito não seja baseado apenas em normas espalhadas e não flexíveis, ou seja, limitadas, e é de extrema necessidade a existência de subsídios coerentes, fazendo com que seja possível a junção de valores e normas (CRUZ, 2006, p. 10).

A sociedade é bastante dinâmica e com o passar dos tempos vai alterando sua forma de vida, bem como seus pensamentos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se altera para que possa acompanhar tais evoluções, uma das formas de fazê-lo é através dos princípios, já que as normas impostas em algumas situações possuem lacunas que deverão ser preenchidas com o auxílio dos princípios, utilizando-se ambos no caso concreto (BASTOS, 2002, p. 73-74).

Assim, vê-se que os princípios constitucionais e as normas muito possuem em comum; contudo é necessário que se observe suas diferenças dentro da constituição para que não sejam confundidos. Uma das distinções é que a norma/regra é bem menos abstrata que os princípios, pois é direcionada a casos concretos; já os princípios trabalham com ideias gerais e não se referem diretamente a cada caso. Ainda, as regras possuem imediata aplicabilidade e os princípios são concretizados através dos operadores do direito (TAVARES, 2008, p. 104).

Ainda de acordo com Bastos (2002, p. 77) também se encontram na Constituição determinados valores que podem ser assemelhados aos princípios e as normas, os quais dizem respeito a matérias encontradas em todo o ordenamento jurídico. Tais valores podem ser modificados, já que dizem respeito à vontade dos cidadãos e que também devem ser observados dentro do ordenamento.

O que se pode observar é que existe divergência a respeito da diferenciação entre normas e princípios, inclusive no que se refere aos valores embutidos nos princípios, em que algumas posições doutrinárias adotam entendimento de que os mesmos integram também o mundo jurídico e outras entendem o contrário (GONÇALVES PEREIRA, 2006, p. 115-116).

Contudo entende-se que os valores estão associados ao conteúdo das normas ou dos princípios, dando aos mesmos, determinado suporte (GONÇALVES PEREIRA, 2006, p. 117).

Assim, os princípios constitucionais podem ser considerados a base de todo o ordenamento jurídico e conseqüentemente, nenhuma norma poderá ser editada ou criada de forma que contrarie qualquer dos princípios constitucionais, que são baseados também na cultura e maneira de viver dos países, e com o passar dos tempos vão se adequando a realidade das pessoas.

2.2 Do princípio da igualdade

O princípio da igualdade possui grande importância e está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º *caput* e trata todos de forma igual perante a lei, este termo não significa que são iguais apenas por aquelas que já existem no ordenamento, mas que também o legislador não poderá impor ou reformar leis futuras que venham a tratar de forma desigual as pessoas. Desta forma, observa-se que a norma prevista na Constituição é direcionada para o legislador, bem como para quem aplica a lei (MELLO, 2010, p. 9).

Assim diz o mencionado *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2011-A):

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 [...]

A princípio, antes da existência da civilização, todos os homens eram iguais entre si, observadas e respeitadas suas diferenças físicas. No entanto, posteriormente, com a civilização, as desigualdades começam a surgir e com o passar dos tempos vão se tornando maior (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 326).

Há posições diversas no tocante ao conceito de igualdade, uma delas, chamada nominalista, vê a desigualdade como um fato pertencente ao universo em que as pessoas nascem e morrem diante dela; já outra posição, a igualitarista, entende que existe um tratamento totalmente idêntico a todas as pessoas. Uma terceira linha, denominada realista, afirma que as pessoas são desiguais em diversas características naturais, subsistindo juntamente desigualdade e igualdade, por possuírem as mesmas características humanas (SILVA, 2008, p. 212).

A igualdade pode ser considerada um dos princípios mais abrangente na ordem constitucional, visto que deve se encontrar presente em qualquer norma. Falar em igualdade não significa dizer que a lei não poderá admitir situações de distinções entre as pessoas, sendo que a mesma trata de igual forma as pessoas que se encontram em situações iguais. O que não pode ocorrer é que sejam utilizados critérios secundários que sejam preconceituosos e que sejam capazes de intervir naquilo que já foi discriminado na medida cabível por determinada lei (BASTOS, 2002, p. 323).

Desta maneira, segundo Moraes (2008, p. 37), se determinada regra não demonstrar que será recepcionada pelo ordenamento jurídico, deverá ser uma norma não aceita, pois o ordenamento só aceitará as normas cujo conteúdo apresenta algum retorno positivo para a sociedade em geral ou que possuam uma justificativa plausível. O autor cita como exemplo a desigualdade entre os desiguais, ou seja, pessoas pertencentes ao mesmo grupo, devendo tal desigualdade estar proporcional ao objetivo que pretende atingir, assim seus termos e fundamentos serão aceitos e estarão de acordo com o que determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desta forma, não se aceita que se faça diferenciações exageradas com o intuito de negar algum direito ou deixar de fazer algo por diferenças de sexo, cor, idade ou quaisquer outras características de forma injustificada e arbitrária que acabe por prejudicar determinados grupos.

As pessoas são diferentes umas das outras de maneira visível, como, por exemplo, na aparência. Estas diferenças por si só não podem ser motivos para dar tratamentos jurídicos diferenciados para aqueles que possuem uma ou outra característica física (MELLO, 2010, p. 11).

Ainda de acordo com Mello (2010, p. 15): “Assim, imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa

(art. 5º *caput* da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc.”

Segundo Tavares (2008, p. 553) as normas que diferenciam as pessoas devido ao grupo a que pertencem não estão necessariamente em desacordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois se fundadas em finalidades amparadas pelo direito e se essas finalidades justificam tais atos, atendendo a proporcionalidade devida, não há que se falar em desarmonia com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A tarefa de resguardar isso é tanto do Poder Legislativo quanto do Executivo e do Judiciário.

No entendimento de Mello (2010, p. 17):

[...] *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.(grifo no original)

De acordo com Sampaio Junior (2009, p. 325): “[...] só há igualdade na medida em que os iguais são tratados igualmente e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades [...]”

Uma grande dúvida que acompanha o princípio da igualdade é se saber até que ponto determinada lei poderá prever situações discriminatórias, ou em outras palavras, saber os limites que o legislador possui na sua prerrogativa legal de discriminar em situações passíveis de tal ação (MELLO, 2010, p. 13).

Pode-se compreender a igualdade em dois aspectos, sendo um deles a igualdade perante a lei, e o outro, a igualdade na lei; sendo o primeiro referente à igualdade formal e o segundo, no que compete a igualdade material, sendo esta destinada a verificação do aplicador da lei, que deverá estar atento a igualdade ao tratar de forma igualitária as pessoas conforme a lei existente e aquela ao legislador que deve analisar as igualdades e desigualdades entre as pessoas para estabelecer as normas (RIOS, 2002, p. 31-32).

O principal objetivo do princípio da igualdade é justamente não permitir que sejam feitas diferenciações desmotivadas entre as pessoas, ou seja, sem qualquer fundamento legal que faça com que sejam admitidas; fazendo assim, com que todos possam usufruir de seus direitos de maneira igualitária e da forma que a cada um é possível (MELLO, 2010, p. 18).

Assim, segundo Pimenta Bueno (*apud* MELLO, 2010, p. 18): “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e

unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”

Desta forma, pode-se analisar que a igualdade almejada não se trata daquela em que todos terão que ser tratados de forma restritamente iguais, pois sabe-se que por diversos motivos isto não se encontra possível e de certa forma, nem as pessoas desejariam, pois diferenciam-se umas das outras em aspectos diversos, como personalidade, inteligência e aparência (ALEXY, 2008, p. 396-397).

Neste sentido, é sabido que a igualdade é direcionada também ao legislador, para que não efetue a criação de normas absurdas ou totalmente em desacordo com a normalidade, mas sim que faça com que as pessoas tenham igualmente seus direitos resguardados, no limites da situação, ou grupo em que se encontram dentro da sociedade, pois não seria do alcance do legislador fazer com que todos fossem igualmente tratados, sem qualquer exceção. Em contrapartida não poderá também fazer com que qualquer diferença mínima seja suficiente para tratar de forma desigual determinada pessoa ou grupo (ALEXY, 2008, p. 396-397).

Ainda de acordo com Alexy (2008, p. 399): “A igualdade- tanto quanto a desigualdade- entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade- ou uma desigualdade- em relação a determinadas características [...]”.

A igualdade é um dos mais importantes princípios ou normas jurídicas existentes, sendo que, desta forma pode ser encontrada dentro das legislações na forma de regras ou de princípios. Além disso, devido a sua grande aplicabilidade e grande grau de complexidade, pode ser de difícil conceituação e ainda, de difícil aplicação, já que versa a respeito do teor das normas (ROTHENBURG, 2009, p. 348-349).

Segundo Rothenburg (2009, p.351-352):

Simplificadamente, diremos que há uma dimensão negativa e outra positiva do princípio da igualdade. A primeira exprime-se por meio de uma proibição à discriminação indevida e, por isso, tem em mira a ‘discriminação negativa’ [...]. A segunda exprime-se por meio de determinação de discriminação devida e, por isso, tem em mira a assim chamada ‘discriminação positiva’.

Caberia acrescentar que, quando se fala em igualdade, não significa exatamente que não haverá de forma alguma, diferenciações, sendo que, existindo alguma justificativa plausível que permita que determinada forma desigual de tratamento seja cabível, não há que se falar em desigualdade negativa ou proibida, sendo que, em determinados casos concretos a maneira de tratamento desigual para alguns grupos busca na verdade, a igualdade para todos

os grupos, para que sejam tratados da maneira mais adequada de acordo com sua classificação (ROTHENBURG, 2009, p 358-359).

Ainda sobre o assunto, Silva (2008, p. 213) assinala que: “[...] A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles”.

Desta forma, o legislador deve estar sempre atento aos limites que não poderá ultrapassar, pois pode posteriormente, a norma ser considerada inconstitucional (SILVA, 2008, p. 218).

Moraes (2007, p. 114) afirma que:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Critérios simples de discriminação não devem ser levados em consideração, ou em justificativas que não possuem fundamento contido na Constituição (BASTOS, 2002, p. 321).

Segundo Hesse (1998, p. 335):

Naturalmente existirão sobre o, cada vez, justo, em geral, concepções diferentes, sobre as quais deve ser obtida uma unificação ou entre as quais deve ser decidido. Que tal uma unificação ou decisão desacerta a tarefa posta pela Constituição se deixará, justamente por causa daquela diferença das concepções, somente então comprovar com segurança, quando para a diferenciação (ou equiparação) ‘não se deixa de achar um motivo razoável, resultante da razão da matéria ou, de outro modo, materialmente evidente, quando, portanto, para um modo de ver orientado pela idéia de justiça, a regulação deve ser qualificada de *arbitrária*’. (grifo no original)

O conteúdo do princípio da igualdade, com a grande abrangência que possui, não é voltado apenas para o legislador, mas também aos particulares, no cotidiano e no caso concreto, ao qual sempre é aplicável (BASTOS, 2002, p. 324).

Assim, os cidadãos não podem também ser tratados de forma desigual, por determinada característica mínima e não justificável, do mesmo modo que a lei também não poderia discriminá-lo, como por exemplo, não poder frequentar determinado local; tendo assim ferido seu direito a igualdade. Em contrapartida também não são “ilegais” as discriminações justificáveis, nos mesmos moldes do que é aplicado no tocante a igualdade nas legislações e aos limites que o princípio da igualdade dispõe ao legislador (BASTOS, 2002, p. 324).

Ainda sobre a igualdade entre os particulares, Bastos (2002, p. 325) ensina:

[...] se submetem ao princípio isonômico aqueles que, embora na condição de particulares prestam uma atividade voltada ao público em geral. Por exemplo: donos de lojas, supermercados, restaurantes, teatros. Resultaria plenamente lesado o princípio isonômico se o proprietário negasse o serviço do seu estabelecimento a determinadas pessoas por critérios totalmente subjetivos e desarrazoados.

O princípio fundamental da igualdade não é imutável, sendo que se adéqua a cada caso concreto (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 343).

Moraes (2007, p. 114-115) atribui ao princípio da igualdade tripla função, ou seja, ela resguarda o direito a igualdade, conferindo que a mesma seja observada pelo legislador, pelo aplicador da lei, bem como pelo particular.

Como se pode observar, o princípio da igualdade além de ser um princípio do Estado de Direito também o é do Estado Social, sendo que, além de almejar uma igualdade entre os iguais, se espera também de tal princípio, uma igualdade social (CANOTILHO, 2002, p. 430).

Ainda, segundo Canotilho (2002, p. 432): “O princípio da igualdade, além das inequívocas dimensões subjectivas já assinaladas, é também um princípio com dimensão objectiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional.”

O direito à igualdade é relativo, visto que depende da situação em que o detentor do mesmo se encontra. Sendo que as sociedades modificam-se e as pessoas encontram-se em situações diferentes umas das outras; embora seus direitos sejam os mesmos (MIRANDA, 2000, p. 224).

O princípio da igualdade é um dos princípios mais importantes do ordenamento, pois está presente em qualquer caso, inclusive nos mais simples, do cotidiano e ainda assim, estabelece limites para que o legislador e o aplicador da lei hajam da maneira mais igualitária possível, dentro dos limites estabelecidos.

2.2.1 A inserção do princípio da igualdade nas legislações

A igualdade que se vê nas legislações trata-se da igualdade formal, que vem da expressão “igualdade perante a lei”, este tipo de igualdade desde muito tempo atrás vem

sendo buscado pelos homens, sendo que a partir da Revolução Francesa é que foi verdadeiramente reconhecido (BASTOS, 2002, p. 318).

Naquela época a igualdade se referia ao tratamento igualitário aos nobres e aos que não pertenciam a esta classe. Por isso o objetivo da igualdade nesta época era dirimir a desigualdade ou a vantagem adquirida por fazer parte de determinada classe social (BASTOS, 2002, p. 319).

Observa-se aí que após a Revolução Francesa, as diferenças por classes sociais passam a não ser motivos para discriminar alguém, ou seja, nada importava se as pessoas eram ricas ou pobres, todas eram detentoras dos mesmos direitos e deveres. Posteriormente o princípio da igualdade foi adequando-se à sociedade e além de não admitir a desigualdade em relação à classe social, impedia também que as próprias leis discriminassem pessoas, muito embora se observe que a lei de certa forma precisa discriminar, mas dentro dos limites aceitáveis (BASTOS, 2002, p. 320).

Em momento posterior à Revolução Francesa, no Estado Liberal, foi inserido o princípio da igualdade nas legislações vigentes, muito embora, a igualdade trazida pelo legislador da época, não fosse de acordo com a dignidade da pessoa humana, por ocorrer esvaziamento material de tal princípio, mostrando que os princípios fundamentais ali explanados não eram eficazes (RIOS, 2002, p. 36).

Desta forma, ensina Rios (2002, p. 31):

O direito de igualdade apresenta-se nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, basicamente, pela afirmação simultânea da ‘igualdade perante a lei’ e da ‘igualdade na lei’. Nestas expressões radicam distintas e complementares compreensões do direito de igualdade, cuja convivência possibilita o entendimento deste princípio jurídico.

No ocidente, o princípio da igualdade teve seu desenvolvimento a partir das Constituições Belga, dos EUA, Mexicana, Italiana e a Constituição de Weimar e a Constituição de 1789 (MIRANDA, 2000, p. 228).

Também a Constituição Francesa, naquele cenário da Revolução, atribuiu ao seu conteúdo a formulação de que, não poderia o legislador editar ou criar leis que viessem a tratar as pessoas de forma diferentes, ou que as impedisse de ter seus direitos garantidos (MARTINS NETO, 2003, p. 106).

Assim, as Constituições Portuguesas, Liberais, traziam a ideia, em relação ao princípio da igualdade, de que a mesma era direito de todos sem qualquer exceção, ou seja, a

lei era igual para todos, sendo boa ou ruim. Este caráter dessas constituições era fruto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (MIRANDA, 2000, p. 228).

Após diversas modificações, mas nunca sem perder o caráter conservador que as Constituições Portuguesas possuíam, em 1976, via-se no bojo da Constituição, além da igualdade perante a lei, também um objetivo de se alcançar para o povo português, uma igualdade de fato (MIRANDA, 2000, p. 230).

Ainda sobre o assunto, explica Canotilho (2002, p. 426):

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o **princípio da igualdade**. A igualdade é, desde logo, a **igualdade formal** ('igualdade jurídica', 'igualdade liberal' estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria *liberdade* individual [...]).(grifo no original)

Nota-se que o princípio da igualdade sempre foi de grande importância e desde cedo fora incluído nas legislações, que trazia a ideia principal de igualdade perante a lei, ideia esta que vai se modificando com o passar dos tempos.

O princípio da igualdade traz suas raízes desde o período do universo clássico grego, em que já se possuía a ideia de igualdade, que subsistia com a justiça; nesta época a democracia já possuía em seu bojo a intenção de tratar todos de forma isonômica, obtendo-se igualdade para todos, inclusive de direitos (RIOS, 2002, p. 26).

No Estado de direito formal, o direito a igualdade, ao ser aplicado observava apenas a lei, ou seja, não se adequava ao caso concreto, fazendo com que ocorresse a mera aplicação da lei, já que a igualdade era perante a lei, mostrando aí um significado negativo de tal princípio (RIOS, 2002, p. 37).

Segundo Bastos (2002, p. 320):

Isto, no entanto, não impede que o Direito à igualdade constitua uma das ideias principais do constitucionalismo moderno. Com a Revolução Francesa, foram derrubadas as barreiras que separavam os homens nitidamente em classes sociais diferentes, algumas detentoras de muitos privilégios. Nesse momento a igualdade tinha um endereço certo: voltava-se à extinção das discriminações de nascimento, isto é, alguém era nobre porque nasceu de pais nobres, sem que ele necessariamente tivesse algum mérito para conquistar esse título.

Com o passar dos tempos, a igualdade foi adequando-se, sem perder o conteúdo originário de que ninguém poderia ser discriminado pela lei, momento em que se passa a observar que de uma forma ou de outra é impossível que a lei não apresente discriminações,

devido às próprias características das pessoas, passando-se então a preocuparem-se mais com os limites em que as discriminações poderiam ser concretizadas, ou seja, até que ponto determinada norma poderia discriminar sem ferir o princípio da igualdade (BASTOS, 2002, p. 320-321).

Antigamente no Brasil, o direito à igualdade que era direcionado apenas aos brasileiros, passou a ser conferido também aos estrangeiros aqui residentes e também não é um direito assegurado apenas às pessoas físicas, mas também às jurídicas (BASTOS, 2002, p. 316).

De acordo com Ferreira Filho (2008, p. 282): “A igualdade, desde a antiguidade, é indissoluvelmente associada à democracia.”

Em Portugal, em um primeiro momento leva-se o direito a igualdade para o cenário político, demonstrando que o país funda-se na igualdade do cidadão perante a lei, assegurando tais direitos inclusive na promoção de cargos públicos, de acordo com cada caso, inexistindo privilégios, obtendo um aspecto de igualdade social (MIRANDA, 2000, p. 229).

No direito brasileiro, o princípio da igualdade traz em seu conteúdo, certa distinção entre a igualdade perante a lei (formal) e a igualdade na lei (material), sendo que a primeira refere-se à aplicação idêntica da norma aos seus destinatários, e a segunda, faz referência ao tratamento igual aos pertencentes ao mesmo grupo, ou seja, aos casos iguais (RIOS, 2002, p. 31).

Assim explica Rios (2002, p. 32):

O Direito Constitucional brasileiro insere-se nesta tradição, reconhecendo explicitamente a concomitância dos aspectos formal e material do princípio da igualdade. Independentemente do exame de quais sejam, no direito pátrio, os destinatários da norma constitucional que estabelece a ‘igualdade perante a lei’

O Brasil adota tal posição devido às modificações históricas e com o passar dos tempos se adéqua sempre que necessário, uma posição do próprio Estado Democrático de Direito e que tem seus fundamentos nas revoluções burguesas, que estão de maneira ou outra interligadas às concepções do princípio da igualdade (RIOS, 2002, p. 32)

Observada por outro aspecto, a igualdade imposta pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 poderá ter exceções, mas apenas àquelas que a própria lei superior estabelecer, não sendo assim, quaisquer outras normas inferiores serão inconstitucionais (BASTOS, 2002, p. 321).

Segundo Bastos (2002, p. 321): “É este o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação.”

Deixa então, o princípio da igualdade de ser apenas um direito individual, em que o tratamento deve ser exatamente o mesmo para todos e passa a ser, além disso, uma garantia para que o Estado haja da forma correta, e que seu poder de arbitrariedade seja controlado (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 328).

Observa-se que na maioria dos países, se tinha como base fundamental do princípio da igualdade apenas a igualdade perante a lei já imposta, o que não ocorre na atualidade, sendo que em países como no Brasil, já se observa certa separação entre a igualdade formal e material, que vem a ser a igualdade fática.

2.3 Da igualdade e da isonomia

O princípio da isonomia trata de uma igualdade essencial, uma igualdade de fato, que visa proteger as pessoas de situações de desigualdades referentes ao meio em que vivem; trata de igualar todos, para que possam usufruir devidamente de seus direitos e deveres (BASTOS, 2002, p. 317).

No direito brasileiro a igualdade é classificada em formal e material, sendo a primeira, referente ao que vem escrito na norma, ou seja, uma igualdade subjetiva; já a segunda, faz referência a igualdade fática, no caso concreto, sendo assim, a igualdade material é a colocação da igualdade formal em prática (ROTHENBURG, 2009, p. 359).

Desta forma, segundo Rothenburg (2009, p. 361): “Sendo assim, pode-se afirmar que tanto a igualdade formal, quanto a material, correspondem à igualdade de direito.”

Segundo Silva (2008, p.214) a igualdade almejada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nada mais é que uma igualdade formal negativa, pois só fez com que as desigualdades provenientes dos privilégios das classes fossem extintas, gerando a partir daí as desigualdades econômicas, pois era embutida no individualismo.

A igualdade trazida pelas constituições sempre foi a igualdade perante a lei, devendo todos serem tratados igualitariamente pela lei. Sendo que não se deve analisar de tal maneira que não se observe que a igualdade material, deve ser analisada juntamente com a formal (SILVA, 2008, p. 214-215).

Em outros países, são adotados dois termos, que são igualdade perante a lei e igualdade na lei, fazendo assim, para que fique clara a distinção entre ambos, sendo que a primeira é direcionada ao legislador, impedindo que este edite ou crie normas que venham a desigualar os iguais; na segunda, igualdade na lei, estaria direcionada aos aplicadores do direito, ou seja, devem estes, colocar em prática o que diz a lei, sem esquecer do fator discriminação e seus limites. (SILVA, 2008, p. 215).

No ordenamento brasileiro, não é feita a separação entre igualdade formal e material, sendo que ambos encontram-se embutidos na expressão “igualdade perante a lei”, servindo tal dispositivo tanto para o legislador, quanto para o aplicador da lei, devendo estes observarem, em cada caso, o que pode ou não ser visto como fator de discriminação (SILVA, 2008, p. 215).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu bojo que os aspectos do princípio da igualdade (formal e material) devem coexistir (RIOS, 2002, p. 32).

Trata-se a igualdade formal, da igualdade universalizada, ou seja, aquela que existe para garantir a aplicação igualitária da lei às pessoas ou grupos aos quais a mesma é direcionada (RIOS, 2002, p. 41).

Em contrapartida, pode-se observar que a visão e aplicação da igualdade meramente formal, acaba por prejudicar, de certa forma, os possuidores do direito a igualdade, pois não concretiza o direito a igualdade, que se não observado na realidade das pessoas, fica difícil de ser aplicado (RIOS, 2002, p. 42-43).

Nos dizeres de Rothenburg (2009, p. 359-360): “Essa antiga distinção sustenta que a igualdade de direito refere-se a uma enunciação abstrata (para alguns, meramente textual). A igualdade de fato, por outro lado, refere-se à realização efetiva da igualdade, em concreto.”

A igualdade abstrata, que é a igualdade formal, de maneira notória, possui bastante diferença em relação à igualdade material ou a igualdade de fato, sendo que o legislador deve observar todos os aspectos de seu país para que as normas criadas possam ser efetivadas (MIRANDA, 2000, p. 227).

Nas palavras de Miranda (2000, p. 227):

[...] a conquista da igualdade não se tem conseguido tanto em abstracto quanto em concreto, através da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades ou da extensão de novos benefícios e tem sido fruto quer da difusão das ideias quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração.

Desta forma, percebe-se que a igualdade perante a lei é a igualdade formal, ela não traz exceções à norma posta, em abstrato, para essa norma, todos são realmente iguais, e a norma é igual e a mesma para todos, sendo assim um pressuposto de grande importância ao direito (HESSE, 1998, p. 330).

Em contrapartida, a igualdade no ponto de vista material, que trata da aplicação da norma em abstrato, difere as pessoas umas das outras, tratando-as de forma igual, de acordo com a lei, mas de acordo também com o estado de desigualdade em que cada uma se encontra. Ou seja, a mesma regra para os mesmos casos (HESSE, 1998, p. 330).

Desta forma, observa-se que:

Por essas razões, a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a ser considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação jurídica (HESSE, 1998, p. 330).

A igualdade formal e material são também reconhecidas como igualdade de direitos e igualdade de fato, respectivamente, já que a igualdade de direitos, é uma igualdade ideal, ainda não efetivada, e a segunda, confere as pessoas que sejam tratadas iguais, no momento do exercício dos direitos já existentes (BONAVIDES, 2008, p. 282).

Segundo Sampaio Junior (2009, p. 330):

[...] o direito fundamental à igualdade possui uma grande dificuldade de concretização e isso se justifica por sua indiscutível baixa densidade normativa, apesar de sua vasta abrangência. Mas esse fator não pode servir de desculpa para sua inobservância, daí a necessidade de incremento de técnicas próprias que sejam capazes de em cada caso concreto averiguar se as ações respeitam ou não essa compreensão material.

O princípio da isonomia está interligado com a ideia de igualdade proporcional, sendo assim, totalmente apegado ao princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade deve ser observada, tanto no que se refere à aplicação da norma, quando pelo legislador, no momento de sua criação ou edição. (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 330).

A igualdade material que se busca com o princípio da isonomia é bastante difícil de ser alcançada, em função das grandes desigualdades que, de fato, existem entre as pessoas. Para que tal igualdade seja então concretizada, é necessário que haja políticas públicas, por parte do Estado e incentivos para que aqueles que se sentem excluídos possam ter melhores

oportunidades de terem seus direitos postos em prática (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 331-332)

Ainda sobre o assunto:

Deste modo, apesar de espectro de previsão normativa hodiernamente ser muito amplo, como destacado, enfocando tanto o aspecto formal quanto o material, somente uma visão e atuação centrada em sua concepção substancial será eficaz para na prática reduzirmos as discrepantes desigualdades existentes em todo o mundo, pois até agora temos nos contentado muito com a igualdade perante a lei e tal fato não pode mais ser aceito, inclusive nas relações processuais que buscam tutelar os direitos de um modo geral [...] (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 332-333).

Desta forma, observa-se a grande importância do princípio da isonomia, visto que, assegura que o direito seja posto em prática. Pois impede que a norma posta seja efetuada de forma que não trate aqueles pertencentes ao mesmo grupo, de forma desigual (BASTOS, 2002, p. 322).

Assim, conclui-se que a igualdade e a isonomia, como princípios constitucionais, são o alicerce e a base do nosso ordenamento jurídico que promovem a segurança jurídica das pessoas, impedindo que atos provenientes dos poderes estatais possam vir a ferir qualquer direito das pessoas, inclusive o direito à igualdade e tratamento isonômico.

3 DA SUCESSÃO

O significado geral do termo sucessão é continuidade e em termos jurídicos, tal continuidade é em relação aos direitos e deveres que determinada pessoa passa a assumir no lugar de outra (OLIVEIRA, AMORIM, 2008, p. 29).

Assim, se pode observar que suceder significa, de forma geral, o ato de transferir a alguém determinado bem ou direito.

O termo sucessão é aplicado tanto nos casos em que falece determinada pessoa, momento em que alguém a sucederá, quanto no simples ato de vender, comprar ou doar determinado bem ou direito (OLIVEIRA, AMORIM, 2008, p. 29).

O presente capítulo abordará o tema sucessão, mais especificamente no que concerne à sucessão como ato de transferir a outra pessoa, direitos e obrigações de alguém já falecido.

O ramo do direito que estuda tal instituto é o direito das sucessões, o qual contém as normas necessárias a cada caso para que se transfira o patrimônio ao sucessor da pessoa que vem a falecer e regula o recebimento da herança.

3.1 Histórico e conceito

As bases fundamentais da sucessão, bem como as que a originam são a existência da propriedade privada e a preservação da família, ou seja, a intenção que se tem desde muito tempo atrás de continuar com as tradições da família, passando a obter noção do que é propriedade e sabendo que possuem bens e que a manutenção e guarda desses deve continuar (DIAS, 2008, p. 23).

Essa sucessão que decorre da morte de alguém (*causa mortis*), em Roma e em época distante não possuía o mesmo perfil econômico como nos dias de hoje, e sim sentimental ou religioso, pois aquele que falecia deveria deixar alguém para continuar com as rédeas da administração familiar, em especial seu culto religioso (WALD, 1997, p. 15).

Ainda, aduzem Carvalho Neto e Fugie (2003, p. 18) que:

Aponta-se como origem do direito das sucessões as legislações egípcia, hindu e babilônica. O fundamento, à época, era a preservação do culto doméstico; o herdeiro seria o sacerdote deste culto, cumprindo-lhe preservar o respeito ao morto. Daí a razão de a herança só ser deferida aos filhos do sexo masculino, porque só ao homem cabia a função de sacerdote. Ademais a herança se dava exclusivamente ao

primogênito, para evitar a divisão do patrimônio.

Segundo Monteiro (2003, p. 2) não se sabe ao certo a época de origem do direito das sucessões, que é um ramo do direito em que ocorrem muitas modificações, mas sabe-se que o mesmo é muito antigo e que está totalmente ligado à família; era um direito que pertencia apenas aos filhos homens, sendo que mesmo entre eles não havia total igualdade.

No entendimento de Cahali e Hironaka (2003, p. 25) a religião foi o motivo principal de haver a sucessão, isso em época de civilizações antigas, para que houvesse continuação daquilo que os falecidos seguiam. Essa necessidade deu-se também a partir da ideia que se passou a ter sobre propriedade, quando se entendeu que as coisas pertenciam aos sujeitos e não a todos indistintamente.

Na mesma linha, Dias (2008, p. 25) entende que a ideia de sucessão surgiu há muito tempo, assim que os homens passaram a constituir famílias e descobriram que determinados bens que antes pertenciam a todos, poderiam pertencer a um único dono (o que primeiro tomasse posse), a partir disso as pessoas passam a ter mais ambição, já que surge também à noção de propriedade, passam a não querer desfazer-se dos bens pertencentes a sua família, configurando aí traços do direito sucessório.

Antigamente a religião era bastante vinculada à sucessão, sendo que não se admitia que alguém falecesse sem possuir sucessores para quem transferir os bens e o culto familiar, pois acreditavam que quando alguém vinha a falecer, no momento da sucessão, além da transferência dos bens da família para a responsabilidade daquele sucessor, ocorria também a transferência e a continuação da religião daquela família, pois se assim não fosse os mortos não estariam satisfeitos, seja qual fosse o lugar que estivessem, isso ocorria principalmente entre os romanos (DIAS, 2008, p. 25).

Sobre a falta de sucessores na época, explica Dias (2008, p. 25): “Como o conceito da família era extensivo, não havia limitações para herdar quanto aos graus de parentesco. Na ausência de herdeiros, a **adoção** era a forma de assegurar a perpetuação da família.” (grifo no original)

Sendo assim, pode-se observar que se tratava mais de uma questão de religião do que qualquer outro aspecto, sendo que era de suma importância que a família e suas tradições não acabassem com a morte daquele que a representava.

De acordo com Rizzardo (2008, p. 3):

Em Roma, numa primeira fase, dizia-se que o herdeiro continuava a personalidade

do defunto, de quem hauria sua força e coragem. Havia no começo mais uma transmissão do ser espiritual do parente falecido [...].nNuma estrutura rígida de família, o *pater* era o soberano.

Ainda em Roma, desde a Idade Média, a sucessão somente ocorria entre os homens com o intuito de não quebrar aquela forte corrente familiar, e geralmente quem assumia o comando era o filho mais velho e na época do feudalismo, quando falecia alguém, para que o filho pudesse ter direito à herança, precisavam pagar impostos ao senhor feudal (DIAS, 2008, p. 25-26).

Observa-se que naquele tempo, quem herdava o patrimônio era o filho homem, mais velho, a quem os demais membros da família deviam obedecer, ou seja, o primogênito ficava acima dos outros, principalmente financeiramente (RIZZARDO, 2008, p. 5).

O direito das mulheres a sucessão era muito restrito, elas recebiam um dote antes de casarem-se e após não tinham qualquer direito sucessório, nem em relação ao falecimento do marido e não havendo filhos homens na família, ao falecer o *pater*, era adotado um herdeiro para continuar o culto religioso daquela família (RIZZARDO, 2008, p. 5).

Nos dizeres de Rodrigues (2003 p. 4-5):

O direito de primogenitura e varonia, entretanto, perpetua-se em muitas civilizações, inspirado em outras razões de ordem política e social de considerável relevância. A primeira e principal delas é o propósito de manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre vários filhos.

Assim, para que os mortos não fossem acometidos da desgraça de ficarem sem sucessor, em caso de não terem filhos, e seu lar se acabasse o testamento ou adoção eram as melhores formas de cessar tal problema. Lembrando que, era o filho varão que prosseguia com o culto familiar e somente em casos excepcionais e temporariamente a filha mulher poderia herdar o patrimônio, se não fosse casada, pois acreditavam os romanos que a mulher passaria a seguir o culto religioso da família do marido (VENOSA, 2005, p. 19).

Resta importante destacar que naquele tempo, apesar de a sucessão possuir um caráter bastante religioso, era existente a ideia de se cobrar dos sucessores as dívidas do *de cuius*, já que o patrimônio daqueles, era somado ao deste (VENOSA, 2005, p. 19).

Sendo a sucessão de ordem religiosa ou qualquer outra forma, antigamente, diferentemente da atualidade, não se tinha como cultura dividir de forma igual os bens entre os herdeiros da mesma classe, como hoje se faz na maioria dos países, o que demonstra a evolução do direito sucessório (RODRIGUES, 2003, p. 5).

No direito brasileiro, o direito sucessório está previsto constitucionalmente no art.

5º, XXX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2011-A), que assim dispõe: “[...] é garantido o direito de herança”.

O Código Civil de 2002, por sua vez, dispõe sobre assuntos inerentes a sucessão, em seus artigos 1784 a 2027, que tratam desde a sucessão em geral até inventários e partilhas.

Percebe-se que a abertura da sucessão ocorre no exato momento em que falece o *de cuius*, sendo que a partir daí se dá prosseguimento ao inventário e a partilha dos bens ao(s) sucessor(es) e também a posse aos mesmos, sendo regulada pela lei vigente na data de falecimento do *de cuius* (OLIVEIRA, AMORIM, 2008, p. 37).

Desta feita, falecendo determinada pessoa, de imediato seus bens são transferidos aos seus sucessores, que os administrarão provisoriamente até que sejam concluídos o inventário e a partilha; por seguimento ao princípio de *saisine*, originário da França que traz a concepção de que os bens do *de cuius* que acaba de falecer, não devem ficar abandonados por momento algum (OLIVEIRA, AMORIM, 2008, p. 38).

Na concepção de Venosa (2005, p. 30):

Por nosso direito, com a morte, abertura da sucessão, o patrimônio hereditário transmite-se imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1784; antigo, artigo 1572). Trata-se da adoção do sistema pelo qual a herança transmite-se de pleno direito. Aplica-se o sistema da *saisine*, [...]. O princípio de *saisine* representa uma apreensão possessória autorizada.

Sendo assim, os herdeiros ficam na posse dos bens que serão objeto de partilha em momento posterior.

De acordo com Rodrigues (2003, p. 15), o princípio de *saisine*, que traduz o ato de serem os bens, ou seja, a herança imediatamente possuída pelos herdeiros foi estabilizado no direito brasileiro através da Consolidação das Leis Cíveis, sendo que foi previsto no Código Civil de 1916 e assim continuou no Código Civil de 2002.

O direito das sucessões, como se pode ver, é bastante antigo, pois desde que se tem ideia de família e de patrimônio, surge também a ideia de suceder, de deixar para os descendentes aquilo que pertence à família.

A sucessão em sentido mais rigoroso, a que advém da morte de alguém se dá pela transferência do patrimônio deste que veio a falecer ao(s) seu(s) herdeiro(s); já num sentido mais amplo, significa uma linha que deve ser seguida, que determina o que antecede e o que sucede determinado ato ou fato (COSER, 2006, p. 12).

Desta forma, explica ainda Coser (2006, p.12): “E, assim, sucessão pode definir-se como a transmissão de bens e de direitos de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta

última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode usufruí-los, dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome.”

O conceito de Venosa a respeito (2005, p. 17) é: “*Suceeder* é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”. (grifo no original)

No entendimento de Carvalho Neto (2008, p. 22-23) o conceito de sucessão possui duas perspectivas, uma no sentido geral que é a transferência de patrimônio, e a outra em sentido bem mais extenso, que é relativo a esta mesma transferência, mas no que se refere à transferência de bens entre vivos e a transmissão deles decorrente da morte de alguém, são também chamados respectivamente, transmissão *inter vivos* e *causa mortis*, sendo que este último é o objeto de estudo do direito das sucessões e ocorre de forma gratuita.

Sobre tal conceituação, Cahali e Hironaka (2007, p. 213) salienta que: “Na acepção mais restritiva do termo, compreende-se o vocábulo *sucessão*-derivado do latim *sucedere*- como a transmissão do patrimônio de alguém a outrem, supondo-se a morte daquele.” (grifo no original)

O termo suceder, tanto em uma conceituação geral quanto jurídica, significa que a figura do sucessor visa assumir o lugar de alguém em alguma coisa, com a diferença simples de que, quando se trata da sucessão decorrente da morte de alguém, se passa a admitir o termo herança, o qual vem a ser o acervo de bens, direitos e obrigações que são transmitidos daquele que faleceu para o que o sucederá (DIAS, 2008, p. 28).

Ainda no que se refere à conceituação do instituto sucessório, Cahali e Hironaka (2003, p. 23) assinala que: “Sucessão, na acepção da palavra, em sentido amplo indica a passagem, a transferência de um direito de uma pessoa (física ou jurídica) para outra. A relação jurídica inicialmente formada por determinados titulares passa, pela sucessão, a outros.”

Assim explica Venosa (2005, p. 17):

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.

Dessa forma, se pode partir do entendimento que aquele que sucede, assume o lugar do outro em direitos e obrigações, os quais continuam existindo (CAHALI, HIRONAKA, 2003, p. 23).

No direito atual o termo sucessão, faz referência à sucessão advinda da morte de alguém, que é o alvo do direito das sucessões (RODRIGUES, 2003, p. 3).

Ainda, explica Rizzardo (2008, p. 2):

No caso em exame, que é o sentido restrito, opera-se a sucessão em que acontece um modo especial de aquisição, consistente na transmissão dos bens de uma pessoa já falecida a uma ou mais pessoas vivas. A sucessão, aqui, é sinônimo de herança. E para distingui-la de qualquer modalidade de outras sucessões, diz-se 'sucessão hereditária'.

Em resumo, a palavra sucessão significa transferir direitos, bens e obrigações a outrem, de forma geral. Especificamente a sucessão de que trata o direito sucessório, refere-se à mesma transferência, dos mesmos bens, direitos e obrigações, só que com a premissa de que alguém faleceu para que outro o suceda (MONTEIRO, 2003, p. 1).

Além do patrimônio deixado pelo falecido são também transferidas ao herdeiro ou sucessor, as obrigações, desde que não devam ser cumpridas apenas por aquele que faleceu, são assim, as obrigações também objeto de estudo do direito das sucessões (CARVALHO NETO, 2008, p. 24).

Segundo Oliveira e Amorim (2008, p. 30): “a transmissão de patrimônio envolve não apenas valores, mas a totalidade das obrigações, incluindo tanto o ativo quanto o passivo do falecido”.

O patrimônio deixado por aquele que faleceu, o *de cujus* pode ser chamado de herança, espólio ou ainda acervo hereditário que são transferidos para que aquela família continue mesmo com a morte de alguém (OLIVEIRA, AMORIM, 2008, p. 31).

A sucessão pode ocorrer de forma singular ou universal, sendo a primeira referente ao herdeiro o ser de bem, coisa ou obrigação determinada pelo falecido, ou seja, este antes de falecer deixou claro o que ficaria com aquele herdeiro após sua morte; fazendo referência aos bens particularizados. Enquanto a segunda, de forma universal, é quando o sucessor sucede uma totalidade de bens do falecido, tanto em direitos quanto em obrigações (RODRIGUES, 2003, p. 17-18).

Diniz (2005, p. 21) denomina a sucessão singular ou universal, como efeitos pelos quais pode ocorrer a sucessão, sendo que na sucessão vista como singular, o sucessor só vai responder pelo bem determinado que lhe couber, ou seja, não vai continuar com a totalidade dos direitos e obrigações do falecido; sendo que o sucessor universal é sub-rogado (substituído) pelo falecido na totalidade da herança ou por bens não determinados, sendo díspares ambos os efeitos.

29): A respeito da sucessão universal ou singular, assinala Carvalho Neto (2008, p.

[...] Sucessão a título universal é a chamada herança, aquela em que o herdeiro recebe uma universalidade, uma cota ideal do todo, um conjunto de bens não discriminados, não individuados (p. ex: toda a herança, metade da herança, 10% da herança etc.). Já a sucessão a título singular- é o chamado *legado*-, aquela em que o legatário é contemplado na sucessão com um ou mais bens específicos, individuados (p. ex: uma casa, um carro etc.). (grifo no original)

Assim, observa-se a diferença entre herdeiro universal ou singular de alguém, pois o primeiro herda um “todo”, incluindo os bônus e os possíveis ônus, enquanto o singular passa a ser possuidor de bens determinados, não ficando responsável pelo restante do patrimônio daquele que veio a falecer, sendo este denominado legatário (DINIZ, 2005, p. 21).

Ainda sobre o assunto, ensina Rizzardo (2008, p. 9) que:

Na sucessão universal, portanto, a pessoa substitui o *de cuius* na totalidade ou em uma quota ideal do patrimônio, enquanto na sucessão a título singular, ou particular, há substituição de titularidade em um bem, ou em determinados bens. Naquela há a herança; na última, o legado.

Em síntese, observa-se que a sucessão, seja qual for sua modalidade, tem como principal objetivo fazer com que as pessoas não dilapidem seu patrimônio, pois sabendo que poderão deixá-lo para seus entes queridos, manterão os bens que possuem para não deixar seus familiares desamparados no momento de sua morte.

Nota-se ainda que a sucessão pode ocorrer como um todo, ou apenas referente à coisa certa e determinada, sendo aquele que recebe o bem determinado é o legatário.

3.2 Da sucessão legítima e testamentária

A sucessão pode advir de duas fontes, ou seja, pode ocorrer de forma testamentária ou legítima, sendo que a primeira refere-se à disposição de última vontade (testamento) daquele que veio a falecer e a segunda, dar-se em virtude de lei seguindo a ordem nela estabelecida (CARVALHO NETO, FUGIE, 2003, p. 17).

Pode também, nos casos em que o testamento não dispõe de todos os bens do *de cuius*, a sucessão se dar nas duas modalidades, ficando aquela parte da herança que não foi disposta em testamento, sob as normas da sucessão legítima, podendo assim, estar presentes as duas modalidades da sucessão em um único caso (CARVALHO NETO, 2008, p. 28).

Neste sentido, assinala Rodrigues (2003, p. 17):

A sucessão é simultaneamente legítima e testamentária quando o testamento do defunto não abrange todos os seus bens [...]. Em ocorrendo o caso, os bens referidos no testamento se transmitem aos herdeiros testamentários e aos legatários. Os bens restantes são deferidos aos herdeiros legítimos.

Cassettari (2008, p. 95) classifica a sucessão em legítima, testamentária e mista; aduzindo ser a primeira referente àquela sucessão ditada por lei não havendo testamento; a segunda, referente à disposição de última vontade do falecido e por fim, a terceira concerne aos casos em que se pode encontrar a subsistência da sucessão testamentária e legítima, que se dá quando o falecido dispôs em testamento apenas parte do seu patrimônio, devendo a outra parte ser distribuída de acordo com a ordem que a lei estabelece.

Nos dizeres de Wald (1997, p. 26):

O Direito moderno adotou uma posição conciliatória, tentando atender, ao mesmo tempo, aos interesses superiores da família e à liberdade do testador, reconhecendo a faculdade de testar desde que não se prejudicassem os direitos de certos parentes próximos a uma fração dos bens deixados.

Configura-se de grande importância o estudo e análise a respeito de ambas as formas de sucessão, legítima e testamentária, bem como de suas principais diferenças. Observando ainda que, nosso ordenamento já recepciona desde o código civil anterior a subsistência da sucessão legítima com a testamentária.

3.2.1 Sucessão legítima

Nos tempos mais remotos, diferentemente do Direito Romano, principalmente na Alemanha, só se podia falar em sucessão legítima, daí a importância de tal modalidade; pois acreditavam que só deveriam herdar aqueles que tivessem mesma consanguinidade, podendo alguém que não fosse da família herdar somente coisa determinada, como legatário, por meio da já conhecida sucessão a título singular; ao passo que, não era aceita outra disposição de última vontade (WALD, 1997, p. 26).

A sucessão legítima pode ocorrer nos casos em que a pessoa falece sem deixar disposição em testamento destinando seus bens ou quando tal disposição não é válida, sendo assim denominada justamente por ocorrer em razão da lei vigente no momento, a qual determinará quem será primeiro chamado a suceder o falecido (RODRIGUES, 2003, p. 16).

Sendo que, assim que alguém vem a falecer, observa-se em um primeiro momento se esta pessoa deixou alguma disposição sobre seus bens, ou seja, um testamento. Não

existindo o mesmo ou existindo não sendo válido ou possuindo herdeiros necessários e não tendo reservado a cota que lhes cabe, prossegue-se com a sucessão legítima, analisando a ordem de vocação disposta em lei (DINIZ, 2005, p. 103).

Nas palavras de Carvalho Neto (2008, p. 28): “*Legítima* é a sucessão derivada da lei, ou seja, aquela cujos herdeiros são enumerados na lei” (grifo no original).

Muitas pessoas falecem sem deixar testamento destinando seus bens para após sua morte, sendo que nesses casos é que atua a sucessão legítima, ou seja, seguirá no momento da sucessão o que a lei determina. Contudo, não significa dizer que havendo testamento não poderá haver a sucessão legítima, pois a existência do mesmo, por si só, não exclui a sucessão legítima (CASSETTARI, 2008, p. 95).

A sucessão legítima é aquela que ocorre sem testamento, ou independente dele, também denominada sucessão *ab intestato*, pois diante do fato de não haver testamento, o acervo de bens do falecido é legalmente transferido aos seus herdeiros, que estão previstos no artigo 1829 do atual Código Civil (RIZZARDO, 2008, p. 7).

A esse respeito, assinala Venosa (2005, p. 24) que:

Quando não houver testamento ou no que sobejar dele, segue-se a ordem de vocação hereditária legítima, isto é, estabelecida na lei. Entre nós, portanto, podem conviver as duas modalidades de sucessão, o que não ocorria no velho Direito Romano. A vocação legítima prevalece quando não houve ou não puder ser cumprido o testamento.

No entendimento de Cahali e Hironaka (2007, p. 124) trata-se a sucessão legítima da transferência que a lei assegura aos herdeiros, em decorrência do falecimento de alguém. Sendo que a ordem nela estabelecida, no Brasil, assim como na maioria dos países, segue certa linha de afeto, ou seja, os que estão mais próximos do *de cuius*, com os quais existira um laço de afeto, valendo tal ordem para os parentes consanguíneos, ao passo que, a mais próxima exclui a mais distante.

Ainda segundo Cahali (2007, p. 124):

Segue-se a sucessão legítima em várias hipóteses. Primeiro, na ausência de disposição de última vontade, ou inexistência de testamento válido deixado pelo autor da herança- é a chamada sucessão *ab intestato*; segundo, se o testamento perder a eficácia, por exemplo, falecendo o contemplado antes do testador, sem instituição de substituto- diz-se caduco o testamento nesta hipótese; terceiro, mesmo existindo testamento, se as disposições não contemplarem a universalidade do patrimônio do testador, destinando-se aos bens não compreendidos na cédula o destino da sucessão legítima[...]; por fim, quando vivos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge- CC, arts, 1845 a 1850), quanto a eles as regras aplicáveis serão as da sucessão legítima, mesmo existindo testamento, hipótese em que a parcela indisponível do patrimônio do autor da herança,

correspondente a 50% [...], será a eles obrigatoriamente destinada, promovendo-se, se for o caso, a redução das disposições testamentárias para preservar os direitos hereditários das pessoas integrantes dessas [...] classes.

A sucessão legítima para que seja válida exige dos sucessores três características indispensáveis: devem ter capacidade, não ser declarado indigno e estar vivo, aquele que por ventura não for capaz para tomar conta do que lhe é de direito pela sucessão legítima, lhe será nomeado um tutor ou curador para que o represente na sucessão (COSER, 2006, p. 18-19).

Existem opiniões no sentido de que a sucessão legítima é certa presunção da vontade do *de cuius*, haja vista que a lei justamente estabelece como herdeiros na sucessão legítima aqueles que provavelmente teriam mais afeto para com o falecido (CARVALHO NETO, 2008, p. 29).

Explica Coser (2006, p. 20) que:

Em função da sucessão legítima se assentar na afeição, real ou presumida, que o hereditando desperta na pessoa do herdeiro, está relacionada, diretamente, a que não tenha sido quebrado aqueles laços de respeito e gratidão com o *de cuius*, ou seja, são os deveres afetivos e morais que o herdeiro tem em relação ao falecido, enquanto em vida.

Desta feita, observa-se que os herdeiros legítimos estabelecidos pela lei, são aqueles que constituem relacionamento familiar com o *de cuius*, sendo eles, os ascendentes e descendentes e cônjuge, ou seja, consanguíneos alcançando até o 4º grau na linha colateral ou por afinidade. (CASSETTARI, 2008, p. 97).

Sobre isso, assinala Telles (*apud* RIZZARDO, 2008, p. 7) ‘Sucessão legítima é a deferida por lei, mas em termos tais que as pessoas por esta designadas como sucessores só o serão efetivamente se o *de cuius* nada houver disposto em sentido contrário.’

A sucessão legítima é reconhecida desde muito tempo atrás, já que em alguns países era a única forma aceita de suceder, sendo que obteve alguns avanços e modificações devido à necessidade de se adequar a época, mas, no entanto não perdera seu caráter original que é aquele que prevê como herdeiros legítimos aqueles consanguíneos e próximos do *de cuius*.

3.2.2 Sucessão testamentária

A sucessão realizada por testamento é aquela que vai de acordo com a vontade do *de cuius*, em outras palavras, é disposição de última vontade deste (RIZZARDO, 2008, p. 8).

Nos dizeres de Cassettari (2008, p. 95) a sucessão testamentária “trata-se de modalidade sucessória cuja regra é aquela descrita no testamento deixado pelo falecido.”

É desta forma que o testamento nada mais que um ato jurídico praticado pelo testador, somente por ele, em vida, que pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer tempo, dispondo de bens ou sobre outros temas não referentes ao patrimônio, ao passo que, terão validade apenas após sua morte (SANT’ANNA, 2008, p. 154).

Nos dizeres de Cahali e Hironaka (2007, p. 213): “[...], a sucessão testamentária pressupõe uma aquisição de situação jurídica decorrente da intervenção volitiva do autor da herança, o testador.”

A sucessão testamentária existe desde a Lei das XII Tábuas, em que o *pater* podia testar seus bens sem qualquer restrição e, não ocorrendo isso, os herdeiros para que tomassem posse dos bens, deveriam obedecer a uma ordem de sucessão que era estabelecida por lei (CARVALHO NETO, 2008, p. 24).

Os romanos atribuíam ao patrimônio familiar um grande valor, sendo que este deveria permanecer na família em todas as gerações. Por isso é que passam a utilizarem-se do testamento para que não passassem pela situação desagradável que para eles era existente, de que alguém falecesse e não houvesse quem continuasse seu culto familiar; daí a grande relevância do uso do testamento naquela época, pois era com isso que se preocupavam primordialmente (CAHALI, HIRONAKA, 2007, p. 214).

Aduz Rizzardo (2008, p. 4): “o testamento se expandiu mais na época da Lei das XII Tábuas, quando começaram a perder força os privilégios, e foi se impondo a liberdade absoluta de dispor dos bens para depois da morte.”

De acordo com Rizzardo (2008, p. 4) o testamento no Direito Romano, individual que era, predominava bastante, mas se este não existisse, era obrigatório seguir a ordem de vocação hereditária que era estabelecida (os *sui*, os *agnati* e por último, os *gentiles*); diferentemente do direito alemão ou germânico que não aplicava sucessão testamentária.

Os romanos, preocupados que eram em deixar alguém em seu lugar, para depois de sua morte, admitiam o testamento como principal forma de sucessão, existente desde a época clássica, mas também reconheciam a sucessão legítima se não houvesse testamento, ao contrário dos gregos que utilizavam-se da sucessão testamentária apenas nos casos em que não haviam filhos (VENOSA, 2005, p.19).

Nota-se que os romanos para que não corressem o risco da infelicidade de não possuírem sucessor, utilizavam-se do testamento.

Acrescenta Dias (2008, p. 25) que “O **testamento** é uma invenção romana. O direito de dispor da própria fortuna por ato de última vontade surgiu com o progresso do individualismo, na medida em que a pessoa se afirmava perante a família. (grifo no original)

Observa-se que a possibilidade de dispor bens em testamento é bastante antiga. Os romanos, inclusive, diferentemente dos dias atuais, não aceitavam que pudessem subsistir a sucessão testamentária e a legítima, sendo que julgavam impossível parte da herança ser destinada a pessoas diferentes, acreditando que de tal forma, seria impossível a continuação do culto familiar (WALD, 1997, p. 29)

No direito germânico, onde hoje se entende como Estado Alemão, no tempo da Lei Sállica, o testamento não era aceito (CARVALHO NETO, 2008, p. 25).

Após certo tempo, visto que as pessoas ao deixarem seus bens por meio de testamento, acabavam utilizando-o de forma errada, dispondo sua totalidade da maneira que achavam conveniente, o direito romano passa a seguir, de certa forma o direito germânico, aplicando certas restrições, ou seja, aquela liberdade de testar o patrimônio antes existente já não havia mais. O testador era obrigado a reservar a quarta parte de seus bens aos parentes próximos (RIZZARDO, 2008, p. 5).

Ensina Rodrigues (2003, p. 18) que:

Nos primeiros tempos do direito romano, o princípio da liberdade de testar não encontra limites. Ele só esbarra em restrições a partir da República, com a admissão da *querela inofficiosi testamenti*, que é a ação visando a rescisão de liberalidades. Tal ação representa remédio judicial concedido quer a descendentes e ascendentes injustamente afastados da sucessão, ou preteridos, quer a irmãos ou irmãs preteridos por pessoas de conduta vergonhosa.

No Brasil, até os dias atuais, não se tem o costume de dispor seus bens em testamento (CASSETTARI, 2008, p. 95). Acredita-se que os brasileiros não adotam o costume de deixar seus bens por meio de testamento, justamente por questões culturais, por não sentirem-se a vontade em falar sobre sua morte, acreditando que não traz boa sorte falar sobre tal assunto, preferindo então deixar que a própria lei faça a distribuição devida aos seus parentes (CAHALI, HIRONAKA, 2007, p. 215).

Nesse viés assinala Sant’Anna (2008, p. 155) que: “Embora o Código Civil dedique muitos artigos a essa espécie de sucessão, ela ainda encontra pouca aplicação no Brasil, operando-se com maior frequência a sucessão legítima [...]”

A legislação brasileira segue a linha de restrição, no que se refere à liberdade de testar, admitindo apenas que seja dado em testamento parte dos bens, garantindo o que pertencerá aos herdeiros necessários, na existência destes (DINIZ, 2005, p. 17).

Dessa maneira, o testador não pode dispor em testamento da totalidade de seus bens, existindo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge), pois deve ser assegurado o direito à legítima (que vem a ser o acervo dos bens) dos mesmos. Podendo dispor, dessa forma, de metade dos referidos bens, sendo que também será observado o regime de bens em que foi casado (RIZZARDO, 2008, p. 8).

Segundo o entendimento de Wald (1997, p. 29): “Os princípios básicos dominantes em nosso Direito, nesta matéria, são os da *liberdade de testar, respeitada a legítima*, e tendo *mero caráter supletivo a ordem de vocação sucessória estabelecida pela lei*, que só se aplica no caso de não haver testamento.” (grifo no original)

O Código Civil disciplina sobre tal assunto em seu artigo 1789 que diz: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” (BRASIL, 2011-B).

Da mesma forma que a sucessão legítima, a testamentária traz certas exigências para que se possa utilizar deste meio; uma delas é a capacidade (absoluta ou relativa) para testar e para receber em testamento, referentes tanto ao testador futuro *de cuius*, quanto ao herdeiro ou legatário. Sendo necessário ainda, que o herdeiro não esteja em condição de deserdado. Contudo a incapacidade do testador que por ventura ocorre após o testamento não o torna inválido (COSER, 2006, p. 21).

A sucessão testamentária, muito utilizada pelos romanos, que a viam como uma garantia de que não iriam ficar sem alguém da família que continuasse com o culto principalmente religioso da mesma, mostra-se de grande relevância tanto em épocas mais remotas, quanto na atualidade, embora muito pouco utilizado no Brasil.

3.2.2.1 Das espécies de testamento

Já que o testamento era mais utilizado no direito romano, vale ressaltar que já existiam espécies diversas de testar desde aquela época, sendo que algumas eram denominadas normais, feitos em público em determinadas vezes ao ano; ou por soldado do exército que estaria indo para combate, na presença do mesmo, dentre outras. Também haviam os denominados especiais, que se tratavam dos testamentos realizados entre pais e

filhos; de portadores de deficiências e várias outras formas (CAHALI, HIRONAKA, 2007, p. 214-215).

O testamento, como ato jurídico personalíssimo, unilateral e respeitado que é, deve ser realizado de forma que não deixe dúvidas de que aquela era a vontade do testador e para isso, foram aperfeiçoando-se as formas de realizar este ato, que possui grande importância e que pode ser dividido em formas ordinárias e especiais, que como o próprio nome diz, devem ocorrer em situações excepcionais, sob pena de nulidade do ato (RODRIGUES, 2003, p. 155).

Ainda, de acordo com Rodrigues (2003, p. 156), não são aceitos também em nossa legislação outras formas de testamento que não estejam nos artigos referentes a ele, ou seja, o rol dos mesmos deve ser visto como taxativo e não meramente exemplificativo. Não se admitindo também testamento feito por mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Na atualidade, o Código Civil brasileiro elenca em seu artigo 1862 as seguintes espécies comuns de testamento: público, cerrado e particular (CAHALI, HIRONAKA, 2007, p. 222).

A espécie vista como testamento público deve ser realizado perante tabelião, seguindo as exigências legais e na presença de duas testemunhas, sendo que, basta que o testador compareça e verbalmente, em língua nacional, exponha ao tabelião sua disposição de bens e o mesmo prosseguirá com a feitura do mesmo na forma em que o testador vai lhe expondo sua vontade, e posteriormente realizando o devido registro (DINIZ, 2005, p. 203-204).

Sobre o testamento público, assinala Cahali e Hironaka (2007, p. 222):

É o lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal em livro de notas, de acordo com a declaração de vontade do testador, exarada verbalmente em língua nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas idôneas e desimpedidas, podendo o testador valer-se de uma minuta, notas ou apontamentos trazidos consigo.

As exigências feitas pelo Código Civil relacionadas ao testamento público estão elencadas no artigo 1864 do referido dispositivo, sendo que pode essa espécie inclusive ser utilizada por deficientes visuais, ou auditivos, já que o mesmo se dá verbalmente e escrito pelo tabelião na presença de testemunhas, muito embora, a legislação não disponha sobre obrigatoriedade de assinatura dessas, para a validade do testamento, sendo que nesses casos uma das testemunhas também realizará a leitura em voz alta, para que o testador confirme o que acabara de dispor na presença do tabelião (RODRIGUES, 2003, p. 158).

Ainda, sobre isso assinala Rodrigues (2003, p. 158): “O analfabeto pedirá que uma das testemunhas assine a seu rogo, declarando-se a circunstância no testamento (CC, art. 1865).”

Apresenta-se o testamento público como uma forma de dispor dos bens bastante segura, visto que é registrada em cartório e realizada pelo próprio tabelião, na medida em que o testador expõe sua vontade verbalmente. No entanto não possui caráter totalmente sigiloso e deve ser realizado na presença de duas testemunhas, diferentemente do que exigia o código civil de 1916 de estarem presentes cinco testemunhas (VENOSA, 2005, p. 221).

Outra espécie é conhecida como testamento cerrado e seus requisitos estão enumerados no artigo 1868 do Código Civil e pode ser produzido pelo próprio testador, ou por outra pessoa a rogo, em segredo, devendo o testador assinar e apresentar ao tabelião, para que tome conhecimento daquele ato e aprove o mesmo, estando presentes duas testemunhas. Nessa modalidade, o tabelião e as testemunhas não conhecem o teor do testamento, o qual será conhecido apenas depois da morte do testador (DINIZ, 2005, p. 210-211).

No entendimento de Cahali e Hironaka (2007, p. 229) o testamento na espécie cerrado ou secreto, possui suas origens no direito Romano, utilizado pelos guerrilheiros em caráter de urgência, adequando-se aos poucos ao direito moderno; é feito pelo próprio testador em sigilo ou a seu pedido, por outra pessoa. Possui esse caráter secreto, justamente pelo fato de ser conhecido seu conteúdo apenas depois da morte do testador, sendo o sigilo opcional ao testador; podendo o mesmo, se preferir abrir sua disposição de vontade a qualquer pessoa, ato não muito comum no testamento cerrado, pois na maioria das vezes as pessoas optam por essa forma de testamento justamente por poder ser sigilosa.

Sobre o sigilo do testamento cerrado, assinala Venosa (2005, p. 227) que “[...] essa modalidade de testamento é escolhida por aqueles que desejam manter a última vontade em segredo. Evitam assim maiores dissensões familiares entre os aquinhoados e preteridos.”

O testamento particular, outra espécie ordinária, disposto pelo Código Civil em seu artigo 1876 é aquele escrito e devidamente assinado pelo próprio testador e lido na presença de três testemunhas, e com as devidas assinaturas das mesmas, devendo também, como nas outras espécies obedecer às particularidades exigidas pelo Código Civil (DINIZ, 2005, p. 215-216).

A modalidade particular ou hológrafo de testamento é escrito, assinado e datado pelo testador, não se admitindo assinatura a rogo, podendo ser admitida sua escritura por meio

eletrônico, desde que obedecidas às exigências para tanto, inclusive a presença de três testemunhas (VENOSA, 2005, p. 235-236).

Existem também formas de testamento que são ditas como extraordinárias, por seu caráter específico de urgência, estão previstos no artigo 1886 do atual Código Civil, sendo o testamento marítimo, aeronáutico e militar. Referidos testamentos são realizados a bordo de navios ou aeronaves, em casos de longas viagens ou em caso de guerra ou praça sitiada. Devem ser realizados na presença de duas testemunhas, escrito pelo comandante ou superior imediato ou ainda por pessoa por este designada (DINIZ, 2005, p. 219).

Segundo Venosa (2005, p. 242-243) o atual Código Civil não admite modalidades outras de testamento especiais, sendo o modo de realização dos testamentos especiais devem ser equivalentes ao testamento cerrado ou ao público. Porém, no caso dos testamentos especiais, não vindo a falecer o testador durante o evento, tampouco nos noventa dias subsequentes a ele, o ato perde a validade.

O testamento militar é aquele realizado pelos militares ou por quem estiver servindo as forças armadas, realizando-se na presença de duas testemunhas em caso de não fazer-se presente a pessoa que corresponde ao tabelião. Em casos em que testador não esteja em condições de assinar, por qualquer motivo, haverá uma terceira testemunha que assinará por ele (VENOSA, 2005, p. 243).

Segundo Rodrigues (2003, p. 170): “O testamento militar justifica-se no passado como um privilégio concedido aos soldados, em retribuição aos serviços prestados à pátria.”

Desta forma, observa-se que a possibilidade de dispor os bens em testamento é bastante vantajosa, inclusive pelo fato de o testamento nada interferir na legítima, ou seja, mesmo com a existência do testamento, fica resguardado o direito sucessório dos herdeiros necessários.

O testamento, coberto de seriedade e de garantia jurídica para quem dispõe de seus bens por meio dele, oferece ao testador certa “tranquilidade”, estendida tal tranquilidade àqueles que por estarem prestando algum tipo de serviço, não puderam dispor de seus bens das formas convencionais, e sim por forma especial.

3.3. Da ordem de vocação hereditária e concorrência

De acordo com Cassettari (2008, p. 98): “a regra da sucessão legítima chama-se *ordem da vocação hereditária*, que significa a ordem em que os herdeiros serão chamados.” (grifo no original)

Tal ordem de vocação também já existia desde muito tempo, sendo que, em Roma, já que a sucessão realizava-se apenas entre os homens, em caso de não ter o *de cujus* deixado testamento, eram chamados a herança os filhos mais velhos e não havendo, existia classes determinadas de parentes que substituíam os filhos na sucessão (VENOSA, 2005, p. 126).

Nas palavras de Carvalho Neto (2008, p. 49): “vocação hereditária é o chamamento dos sucessores para a aquisição da herança, o que pode se dar tanto por via legítima como por via testamentária.”

Assim, a ordem de vocação hereditária é a ordem estabelecida pela lei, prevista no artigo 1829 do Código Civil atual, daqueles que, cada um na sua classe de parentesco, seguirá com a sucessão dos bens deixados pelo *de cujus* (CAHALI, HIRONAKA 2007, p. 127).

No entendimento de Rodrigues (2003, p. 94) trata-se a ordem de vocação hereditária de “relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. O legislador, nessa relação de pessoas, as divide em várias classes.”

Desta forma, pode-se observar que a ordem de vocação é apenas uma forma que o legislador encontrou de organizar a feitura da sucessão legítima, ao passo que, de certa forma, as pessoas elencadas como herdeiros pela ordem de vocação, são os mais próximos do *de cujus* e, justamente aqueles que provavelmente o mesmo gostaria que recebessem seu acervo de bens. São divididos em ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais, sendo que a existência dos mais próximos exclui os mais distantes, exceto o cônjuge que concorre com os descendentes e ascendentes (RODRIGUES, 2003, p. 94-95).

Sobre a ordem de vocação hereditária, dispõe o Código Civil vigente (BRASIL, 2011-B):

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Assim, aduz Diniz (2005, p. 104): “na sucessão legítima convocam-se os herdeiros segundo tal ordem legal, de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente.”

Por meio da vocação hereditária, se entende que aquelas classes elencadas no artigo 1829 são as pessoas que realmente devem assumir a propriedade do acervo hereditário na sucessão legítima, da mesma forma que são os herdeiros ou legatários na sucessão testamentária; não devendo ser confundida a legitimidade com capacidade (CARVALHO NETO, 2008, p. 49).

Segundo expõe Coser (2006, p. 128-129) a ordem de vocação hereditária é totalmente ligada ao que se entende por família, sendo que é geralmente com esta que se tem maior grau de afinidade, e as pessoas elencadas em tal ordem, podem também ser chamadas de herdeiros necessários, pois a elas é reservada uma parte da herança, denominada legítima.

Neste viés, pode-se dizer que as pessoas não reconhecidas legalmente como sucessoras, em sucessão testamentária ou não, são pessoas ilegítimas ao direito sucessório, podendo tal ilegitimidade ser absoluta ou relativa (CARVALHO NETO, 2008, p. 52).

Já em relação aos herdeiros legítimos, explica Cassettari (2008, p. 97): “os herdeiros legítimos, aqueles que constam na lei, são pessoas quem mantém com o falecido um vínculo de direito de família, seja ele oriundo do parentesco, do casamento, ou ainda da união estável.”

O princípio de que a classe mais próxima do *de cuius* exclui a mais remota, é revestido de exceção nos casos em que um dos herdeiros deste é pré-morto, chamando-se assim a classe subsequente, para que sucedam por representação aquele que era herdeiro, mas que faleceu em momento anterior à sucessão (CASSETTARI, 2008, p. 99).

Assim, de acordo com o que explica Cahali e Hironaka (2007, p. 128) na situação de todos os herdeiros pertencerem à mesma classe, receberão cada um sua parte igual uns aos outros (sucessão por cabeça), mas no caso de existir um herdeiro já falecido, os herdeiros deste receberão a parte a qual lhe seria de direito (sucessão por representação ou por estirpe).

Vale ressaltar que o direito de suceder por representação ou por estirpe é apenas dos descendentes, obviamente em linha reta, sendo que o Código Civil vigente suporta exceção apenas aos colaterais, podendo o sobrinho suceder no lugar do seu pai ou mãe, ou seja, do irmão pré-morto do *de cuius* (COELHO, 2006, p. 277).

Assim, pode-se entender que os parentes chamados a herdar, na sucessão legítima, estão organizados em uma ordem preferencial, podendo a distribuição dos bens a ser partilhado ser diversa, conforme a situação e a forma em que os herdeiros estão representados, se por cabeça ou estirpe (CAHALI, HIRONAKA, 2007, p. 129).

Nesse viés assinala Venosa (2005, p. 132)

Contudo, especialmente na linha descendente, pode ocorrer que, por exemplo, sejam chamados a suceder determinados netos, juntamente com os filhos do autor da herança. É o chamado direito de representação, que ocorre por força do art. 1.851 (antigo, art. 1.620)

No entendimento de Oliveira e Amorim (2008, p. 83), o direito de receber a herança por representação, ou seja, quando não se está recebendo por direito próprio, só ocorre quando se trata de descendentes em linha reta, e se colaterais, apenas em relação aos descendentes de irmãos do falecido, quando for este o caso.

De acordo com Cassettari (2008, p. 100):

[...] o direito de representação se dá na linha reta descendente, mas *nunca* na ascendente.
Já na linha colateral, a *única* hipótese de direito de representação se dá, segundo o art. 1.853 do CC, para favorecer ao filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem. (grifo no original)

O artigo 1851 do atual Código Civil (BRASIL, 2011-B), assim dispõe sobre tal assunto: “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivo fosse.”

Podem os herdeiros necessários concorrerem, ou seja, receber concomitantemente uma cota dos bens deixados pelo *de cujus*, tal concorrência pode ocorrer em relação ao cônjuge com os descendentes e ascendentes, dependendo do regime de bens em que estavam casados (RODRIGUES, 2003, p. 98).

Explica Cassettari (2008, p. 107) que: “A concorrência do cônjuge com o descendente, permite que estes bens que compõem o acervo hereditário sejam divididos entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido.”

Vale ressaltar que a concorrência do cônjuge com os descendentes dar-se-á de acordo com o regime de bens sobre o qual este era casado com o *de cujus* (CASSETTARI, 2008, p. 109).

O cônjuge, que no Código Civil de 1916 não era incluso como herdeiro necessário e passou a ser com o atual Código Civil, pode também concorrer na sucessão com os

ascendentes, ou seja, pais ou avós do *de cuius*, haja vista que para estes não existe representação, a inexistência daqueles exclui estes (VENOSA, 2005, p. 137).

Desta forma, Diniz (2005, p. 115-116) assinala que:

Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, chamar-se-ão à sucessão do *de cuius*, **em concorrência** com o cônjuge sobrevivente, que se encontrar nas condições exigidas pelo art. 1.830, qualquer que seja o regime de bens, os seus ascendentes (CC, art. 1.836), sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto (grifo nosso)

Nota-se que a ordem de vocação hereditária introduzida no atual Código Civil, visa facilitar a sucessão e a partilha dos bens do *de cuius*, de modo que se realiza entre os seus descendentes, ascendentes e cônjuge, os quais presumidamente são as pessoas com quem o falecido realmente objetivara que permanecesse seu acervo de bens.

A concorrência entre os herdeiros por sua vez, faz com que em cada caso concreto a sucessão e partilha se realizem respeitando as classes em que se encontram os sucessores.

Depois de verificado, sob a ótica legal, aqueles considerados herdeiros passar-se-á a analisar a partilha dos bens, em especial quando realizada entre irmãos germanos e unilaterais.

4 DA SUCESSÃO ENTRE IRMÃOS UNILATERAIS E BILATERAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Estudar-se-á no presente capítulo o vínculo de parentesco entre os irmãos e a consequente sucessão.

Frisa-se que o vínculo entre irmãos se dá na linha colateral pelo fato de pertencerem a um ancestral em comum, sendo que são parentes consanguíneos colaterais em segundo grau, por existir antes a geração de primeiro grau (dos pais) a qual gera o parentesco (RIZZARDO, 2009, p. 407).

Nas palavras de Rocha (2003, p. 149-150):

Na linha colateral, as pessoas não descendem, diretamente, umas das outras, mas tem em comum um ancestral. Cada grau representa uma geração, mas o grau de parentesco colateral entre duas pessoas é contado subindo de um dos parentes até ao ascendente comum e descendo depois até encontrar o outro parente [...] irmãos são parentes colaterais em 2.º grau.

Os irmãos, parentes colaterais podem ser classificados em bilaterais (germanos) ou unilaterais, referindo-se os primeiros aos advindos de mesmo pai e mesma mãe; já os segundos, são irmãos somente por serem descendentes do mesmo pai (paternos) ou mãe (maternos) (COSER, 2006, p. 27).

Acrescenta também Coelho (2006, p. 16) que:

As pessoas que provêm de tronco comum, mas não são parentes em linha reta, estão ligadas por *parentesco em linha colateral* ou *transversal* [...]. Irmãos são parentes colaterais, porque têm ascendência comum- mesmos pais, quando bilaterais ou germanos; mesmo pai ou mesma mãe, quando unilaterais-, mas não descendem um do outro. (grifo no original)

Assim, dependendo de sua filiação podem os irmãos ser denominados como germanos, que são bilaterais de seus irmãos por descenderem dos mesmos pais e unilaterais que são os meio-irmãos, ou seja, descendem com os outros apenas por parte de pai ou mãe e não de ambos (DIAS, 2010, p. 345). No Código Civil de 1916 poderiam suceder os parentes colaterais até sexto grau, diferentemente do código atual que estabelece que o limite sucessório dos mesmos seja somente até o quarto grau (VENOSA, 2005, p. 161).

Escreve Rizzardo (2008, p. 193) sobre a sucessão entre irmãos: “[...] estes participam da herança se antes deles não há herdeiro preferencial e se não tiver o inventariado disposto a totalidade do patrimônio em testamento.”

No direito atual, quando se trata da sucessão entre irmãos, que ocorre no caso de o *de cuius* não ter herdeiros necessários, em caso de não haver testamento os irmãos como herdeiros legítimos que são por estarem previstos em lei, poderão suceder aquele que faleceu (DIAS, 2008, p. 134).

No entanto a classificação dos irmãos em unilaterais ou bilaterais tem grande importância no momento da sucessão do outro irmão, pois deve ser observada tal classificação no momento da partilha, sendo que os denominados meio-irmãos receberão metade do que os outros receberem. Em caso da existência de apenas uma das classes (bilaterais ou unilaterais= meio-irmãos) a partilha dar-se-á de forma igual (RIZZARDO, 2008, p. 193).

Sobre o princípio da igualdade, como já explanado¹ está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e deve ser respeitado em qualquer situação, dentro dos limites cabíveis.

No que se refere ao tratamento igualitário aos filhos, assim dispõe o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2011-A): “[...] Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Anteriormente os filhos havidos fora do casamento eram vistos como ilegítimos e existiam vários impedimentos em relação aos mesmos. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tal situação obteve modificações, não se admitindo mais qualquer distinção no tocante à procedência dos mesmos (RODRIGUES, 2004, p. 287-288).

A diferenciação dos filhos em legítimos ou ilegítimos possui suas origens no direito romano, ou seja, desde muito tempo os filhos advindos de relações não matrimoniais sofriam com diferenciações em relação aos outros (BOEIRA, 1999, p. 29).

No direito romano, já que o pai ou *pater* era soberano, o mesmo reconhecia o filho como seu, se assim desejasse, ou seja, a lei não obrigava que os filhos fossem reconhecidos pelos pais. E desde aquele tempo se admitia o princípio de presunção de maternidade, ou seja, os filhos nascidos depois do casamento, de pronto já obtinham presumida sua paternidade (FACHIN, 1992, p. 29-30).

¹ A respeito ver o item 2.2 deste trabalho

Da mesma forma, na França, em seu Código Civil de 1804 os filhos havidos fora da união matrimonial na maioria dos casos, não podiam sequer ter investigada sua paternidade, para que a família legítima não fosse prejudicada; pois o marido era aquele que dominava e comandava a família, ou seja, era proprietário dos filhos e da esposa (FACHIN, 1992, p. 31).

O direito brasileiro, já no Código Civil anterior presumia a paternidade, como se pode observar, nas palavras de Fachin (1992, p. 48): “O Código Civil [...], acolheu o legado do Direito romano e, ao determinar que é legítimo o filho concebido na constância do casamento, presume que o marido é tido como sendo o pai do filho havido durante o matrimônio.”

A Constituição brasileira de 1937 facilitava de certa forma o reconhecimento dos filhos e igualar os filhos vistos como ilegítimos aos legítimos, em direitos e deveres, sendo que após a referida Constituição apenas em 1988 é que se passa a evoluir ainda mais o quadro de igualdade entre os filhos (FACHIN, 1992, p. 58).

Segundo Rizzardo (2009, p. 415) a legislação brasileira levou certo período de tempo para chegar à concepção que possui hoje, a respeito da igualdade entre os filhos; sendo que seu início deu-se com o advento da Lei 4.737/42 que permitia o reconhecimento dos filhos advindos de relação fora do casamento; posteriormente foi a Lei 883/49 além dos pais, os filhos poderia requerer seu reconhecimento em face dos pais, por meio da ação declaratória. Enfim, a Lei 6515/77 alterando a lei 883/49 admite que qualquer dos pais, a qualquer tempo possa reconhecer, na constância do casamento, filiação de união fora dele, inclusive por testamento.

A distinção entre filhos como legítimos ou ilegítimos ainda existia, mas a mesma Lei 6515/77 trouxe a ideia de igualdade entre eles, podendo o filho ilegítimo, quando concorrendo no direito sucessório com o legítimo, receber metade do que coubesse a este, como uma espécie de amparo social (RIZZARDO, 2009, p. 416).

A sociedade sempre fora baseada na noção de família legítima, aquela formada em razão do casamento, principalmente em se tratando de direito sucessório, pois os bens pertencentes à família legítima deveriam com a mesma permanecer, não sendo correto que filhos vistos como ilegítimos, ou seja, de fora da família os assumissem ou herdassem; eram ainda os filhos tratados desta forma, com o objetivo de que a família não se desconstituísse, por ser enormemente preservada (BOEIRA, 1999, 30-31).

Finalmente, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 altera-se o quadro de distinção e proíbe qualquer diferenciação em relação à filiação. Não podendo os filhos serem tratados desigualmente baseando-se no estado civil de seus pais, ou simplesmente pela situação destes no momento em que foram os filhos concebidos. Momento em que ocorre também certo alargamento da conceituação de família (BOEIRA, 1999, p. 31).

Em 1990 também com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, adotando o preceito constitucional trazido pela recente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz também a não admissão de desigualdade entre os filhos, independente se advindos de união matrimonial ou fora dela, inclusive no tocante ao reconhecimento de paternidade (RIZZARDO, 2009, p. 416).

Fachin (1992, p. 28) entende da seguinte forma:

Extirpando a desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, as legislações modernas – como se passa na vigente Constituição Federal brasileira (art. 227, par. 6.) – consagram iguais direitos aos filhos, independente da origem da filiação. Chega-se, com isso, a um estatuto unitário da filiação.

Antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que eliminou qualquer tratamento discriminatório no tocante a filiação, esta era dividida da seguinte forma: sua natureza poderia ser biológica, biológica presumida e sociológica. A primeira delas deriva de relação sexual entre os pais (consanguíneo), podendo esta ser legítima se os pais eram casados no momento em que foram gerados os filhos, legitimada quando gerados antes do casamento e legitimadas com ele, ilegítimas eram as filiações de relações fora do casamento civil, subdivide-se em naturais ou espúrios. A biológica presumida referia-se ao próprio casamento ou até determinado período de tempo após sua dissolução, presumir a paternidade, a sociológica trata-se da filiação adotiva, com vínculos não consanguíneos (RIZZARDO, 2009, p. 418).

Observa-se que tais distinções eram totalmente diferentes do que passa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a exigir, por isso deixou de ser utilizada.

Sobre isso explica Planiol (*apud* PEREIRA), 2006, p. 256):

O nascimento de um filho natural em regra os pais ocultam, ao contrário do que ocorre com o advento de um legítimo, que os pais consideram sempre um acontecimento feliz, e consequentemente a sociedade, suspeitando da filiação ilegítima, olhando-a de través, não dispensa aos filhos extraconjugais o mesmo tratamento que aos provenientes de núpcias regulares.

No entendimento de Pereira (2006, p. 255) o tratamento discriminatório para com os filhos concebidos fora do casamento, vem a ser uma questão costumeira e também jurídica, pois as famílias desde muito tempo foram acostumadas a obter uma visão de que esses filhos são ilegítimos. Ocorre que as próprias leis foram adequando-se ao cotidiano das pessoas, de certa forma alterando esse quadro.

A mudança em relação ao conceito de família traz também o que se pode denominar como filiação socioafetiva, que se trata da filiação de afeto, não consanguínea (WELTER, 2003, p. 148).

Ainda sobre a filiação socioafetiva, explana Welter (2003, p. 148-149):

A filiação afetiva também ocorre naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança ou adolescente por mera opção, denominado filho de criação, (des) velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto.

Pode-se entender então, a filiação socioafetiva como uma filiação que decorre de fatores que vão além da consanguinidade, ou seja, por relações de afeto dos pais para com os filhos. A filiação afetiva se dá nos casos em que existe a posse do estado de filho, que vem a ser justamente a filiação afetiva, que não é a que provém do nascimento e sim por ato volitivo.

No entendimento de Dias (2010, p. 368):

O reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoas humana, que não admite um parentesco restrito ou de 'segunda classe'.

Contudo, pode-se observar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 esclarece que não deve haver distinções entre os filhos, independentemente da forma em que foram concebidos ou se são adotivos.

Ainda sobre a filiação socioafetiva, especialmente a paternidade:

[...] a paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial [...], pois um filho reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetivo, certamente, formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano (BOEIRA, 1999, p. 53-54).

Nota-se ser a filiação socioafetiva, a filiação proveniente de laços afetivos dos pais para com os filhos e vice-versa.

Assim, a partir de 1988 fica evidente que não se deve mais falar em filhos não advindos de matrimônio como ilegítimos, como ocorria anteriormente. Ao passo que assim como se ampliam as visões sociais sobre determinados temas, deve também ocorrer com a legislação, tanto é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vem para adequar essas situações, não permitindo que os filhos sejam prejudicados por atos ocorridos antes mesmo de seu nascimento.

Ora, pois, de acordo com Boscaro (2002, p. 78) “[...] os filhos não podem ser discriminados por eventuais erros cometidos por seus pais, relacionados ao ato de sua geração.”

Na mesma linha, assinala Boscaro (2002, p. 78):

Destarte, foi completa a ruptura operada com relação aos antigos dogmas em que se assentavam esses clássicos institutos do direito de família, o que contribuiu decisivamente para que a igualdade entre os filhos oriundos ou não de justas núpcias fosse plenamente aceita pela sociedade.

Ocorre aí certa superação da sociedade em geral em não mais ver os filhos e as uniões não advindas de casamento, como ilegítimas, imorais, ou qualquer outra definição. Passando-se a entender que houve grande modificação estrutural das famílias, que passaram a ser bem diversificadas (BOSCARO, 2002, p. 79).

Ainda sobre isso, aduz também Boscaro (2002, p. 79):

Portanto, por força da edição de nossa vigente Magna Carta, restou superado o entendimento de que a família teria origem exclusivamente matrimonial e não mais pairam distinções entre os filhos, originados no simples fato de serem ou não casadas entre si as pessoas que os geraram.

Sobre a inadmissibilidade de tratamento desigual entre filhos nos dias atuais, Dias (2010, p. 338) entende que:

A própria Constituição encarregou-se de alargar o conceito de **entidade familiar** ao não permitir distinções entre **filhos**, afastando adjetivações relacionadas à origem da filiação [...]. Ocorreu verdadeira desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, conseqüentemente, do parentesco em geral. (grifo no original)

Assinala também Rizzardo (2009, p. 424):

Impera hoje a paridade de direitos, com total liberdade no reconhecimento e igualdade na sucessão hereditária. Por outras palavras, perdeu todo e qualquer sentido a classificação em ordens distintas, em função do casamento dos pais e das relações de parentesco.

Enfim, não pode existir tratamento diferenciado aos filhos advindos de união matrimonial ou não, pois o conceito e a percepção de família obtiveram grandes modificações, conseqüentes do modo de vida da sociedade atual.

4.1. Do art. 1841 do Código Civil/2002 e a sucessão entre irmãos

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1841 a previsão de que “concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”. (BRASIL, 2011-B).

Os parentes colaterais, como os irmãos, são herdeiros legítimos por estarem previstos no Código Civil; contudo não se pode dizer que são herdeiros necessários, pois não incluídos no rol do art. 1845 do Código Civil de 2002, e somente vêm a suceder o seu irmão *de cujus* em caso da não existência dos herdeiros necessários e de não haver testamento destinando o acervo de bens para outra pessoa. Sendo que a mesma regra dos herdeiros necessários de que os mais próximos excluem os mais distantes, vale para os colaterais (RODRIGUES, 2003, p. 121-122).

De acordo com Dias (2008, p. 121) “a quarta classe dos sucessores é formada pelos parentes mais remotos, os **parentes colaterais** até o quarto grau [...]: irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-neto, tios-avós e primo.” (grifo no original)

Na maioria dos casos não chegam a serem chamados os colaterais a suceder, visto que em primeiro lugar sucedem os herdeiros necessários, e somente com a inexistência destes é que os irmãos do *de cujus* ou outro parente colateral até o limite do quarto grau irão suceder, como previsto no artigo 1839 do atual Código Civil (RIZZARDO, 2008, p. 191).

Sendo assim, em caso de virem os colaterais a ser chamados na sucessão, serão preferencialmente os irmãos, por estarem no grau mais próximo que os outros, excluindo assim os mais distantes, só com a inexistência destes é que serão convocados os outros. Sendo que o direito de representação só ocorre em relação ao terceiro grau, e somente referente aos sobrinhos (DIAS, 2008, p. 122).

Chamados os irmãos a suceder o outro irmão, é que se deve observar se são unilaterais ou bilaterais, para que seja distribuída a partilha entre eles da forma que estabelece o atual Código Civil (DIAS, 2008, p. 122).

Nas palavras de Venosa (2005, p. 161):

Os irmãos bilaterais, filhos do mesmo pai e da mesma mãe, recebem o dobro do que couber ao filho só do pai ou só da mãe. Na divisão da herança, coloca-se peso 2 para o irmão bilateral e peso 1 para o unilateral, fazendo-se a partilha. Assim, existindo dois irmãos bilaterais e dois irmãos unilaterais, a herança divide-se em seis partes, 1/6 para cada irmão unilateral e 2/6 (1/3) para cada irmão bilateral.

Desta forma, diferencia o artigo 1841, os irmãos unilaterais dos bilaterais, ocorrendo tal sucessão por cabeça, ou seja, sem representação, podendo esta se estender apenas aos filhos dos irmãos, ou seja, podem os sobrinhos do *de cuius* receber representando seus pais pré-mortos (DINIZ, 2005, p. 150).

Nas palavras de Oliveira e Amorim (2008, p. 112):

Conquanto fascinante a tese de que o tio poderia concorrer à herança com o sobrinho do *de cuius* por estarem ambos no mesmo grau de parentesco, não se sustenta por contrariar frontalmente a metodologia encampada nos capítulos relativos à sucessão legítima do nosso direito positivo, que dá preferência aos herdeiros descendentes, antes que aos ascendentes, sendo de aplicar-se o mesmo princípio para os colaterais.

Pode-se observar que o Código Civil de 2002 é claro ao estabelecer que ao irmão unilateral, caberá somente a metade do que receberão os irmãos bilaterais, pelo fato de serem filhos de pai ou mãe diferente dos outros. Ao passo que, não existindo irmãos unilaterais recebem os bilaterais na mesma proporção, da mesma forma ocorre se existirem apenas os unilaterais, receberão igualmente.

Pelo fato de existir fator de desigualdade no momento da sucessão entre os irmãos é que se passa a observar se tal preceito fere ou não o princípio da igualdade previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

4.2 Da violação (ou não) do princípio da igualdade frente à previsão do art. 1841 do Código Civil/2002.

Diante do fato de que o artigo 1841 do atual Código Civil estabelece que os irmãos unilaterais ou meio-irmãos, no momento da sucessão entre eles, recebem metade do que os outros, os vistos como irmãos bilaterais, se faz a seguinte indagação: estaria referido dispositivo afrontando ou não o princípio da igualdade, constitucionalmente garantido?

Rizzardo (2008, p. 193) ao explicar sobre a diferenciação da partilha dos bens de um irmão falecido aos outros irmãos, na existência de irmãos unilaterais, não menciona ser o preceito do artigo 1841 inconstitucional, aduzindo que “é natural que assim seja, em razão do maior parentesco de sangue quando os irmãos descendem de pai e mãe comuns.”

Desta forma, segundo Pereira (2006, p. 349) recebendo o irmão unilateral metade do que receberão os bilaterais não se estaria afrontando o princípio da igualdade; mas tal forma de suceder simplesmente estaria tratando-os da forma cabível com a situação em que se

encontram, devendo os bilaterais receber o dobro justamente pelo fato de tal bilateralidade se dar pela filiação em comum com o *de cujus*.

Portanto, nas palavras de Pereira (2006, p. 349):

Não se diga que em tal hipótese se verificou tratamento inferior dispensado àquele que é filho natural, porque este tratamento, perfeitamente idêntico, é devido ao filho legítimo, quando com irmãos bilaterais do defunto concorre, dele sendo irmão unilateral. Se a lei não quer que o filho natural seja tratado com desigualdade *in pejus*, obviamente não poderá ele receber melhor tratamento que o filho legítimo.

Diniz (2005, p. 150) ao tratar sobre a sucessão entre irmãos bilaterais e unilaterais não menciona também ser a regra do artigo 1841 do Código Civil contrária ao princípio da igualdade, explicando apenas a forma em que se dá a referida sucessão e que a mesma pode ocorrer por direito de representação em relação aos sobrinhos do *de cujus*.

No mesmo viés, Venosa (2005, p. 161-162) explana a respeito da sucessão entre irmãos não mencionando qualquer forma de afronta ao princípio da igualdade, demonstrando que na sucessão, os filhos unilaterais recebem a metade do que recebem os bilaterais, podendo suceder por representação os filhos destes, e mesmo dessa forma será observado se os sobrinhos o são bilaterais ou unilaterais também, estendendo-se o direito de suceder por representação apenas aos filhos de irmãos do falecido.

Rodrigues (2003, p. 121) ao tratar da concorrência entre irmãos germanos ou unilaterais, não traz à tona afronta à igualdade entre os irmãos, dizendo que:

Para efeito da sucessão do colateral, a lei distingue entre o *irmão bilateral ou germano*, isto é, filho do mesmo pai e da mesma mãe, e o *irmão unilateral*, ou seja, aquele em que só um dos progenitores é o mesmo, e o faz para circunscrever a herança do unilateral à metade do que couber ao irmão germano (CC, art. 1841). (grifo no original)

No entendimento de Cahali e Hironaka (2007, p. 207) no que concerne a sucessão entre os irmãos unilaterais e bilaterais, mesmo estando todos na condição de herdeiros poderá haver partilha desigual, ao passo que os unilaterais são filhos de pai ou mãe diferentes.

Na mesma linha, Oliveira e Amorim (2008, p. 111) demonstram que: “concorrendo à herança irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, a estes caberá metade do que cada um daqueles herdar (art. 1.614 do CC/16; art. 1.841 do NCC).” Não mencionando tratar-se de afronta ao princípio da igualdade.

Do mesmo modo, Coelho (2006, p. 283) demonstra que na sucessão entre os irmãos, concorrendo bilaterais com unilaterais, estes recebem a metade do que aqueles, não

demonstrando assim que tal distinção no momento da partilha confronta a igualdade constitucional exigida.

Em contrapartida, Lisboa (2006, p. 478) entende que para que se proceda à sucessão do irmão falecido, nada importa o que gerou a filiação dos outros, tampouco, se os irmãos o são por parte paterna e materna ou por apenas uma delas. Pois se deve atender ao princípio da igualdade, neste caso, igualdade de tratamento entre os irmãos, fazendo com que recebam de forma igualitária não devendo vir ao caso se são irmãos bilaterais ou não; podendo a regra do artigo 1841 ser vista como afronta ao princípio constitucional.

Nas palavras do autor supracitado (2006, p. 478):

Prevalece o princípio constitucional da igualdade de tratamento e da não discriminação entre os filhos havidos do casamento e fora dele, razão pela qual não se justifica, na sucessão de colaterais, que os irmãos unilaterais herdem apenas metade daquilo a que têm direito os filhos de mesmos pais.

Neste viés, Dias (2010, p. 345) aduz ser o tratamento diferenciado uma forma injusta de se realizar a sucessão entre os irmãos, apenas pelo fato de serem filhos de pai ou mãe diferentes e que deveria prevalecer nesses casos o princípio da igualdade.

Acrescenta-se ainda:

[...] sempre que forem convocados os colaterais de segundo e de terceiro grau, é preciso questionar se são irmãos unilaterais ou bilaterais do falecido. Tal diferenciação atinge até os sobrinhos. Trata-se de perverso resquício da discriminação de que era alvo a filiação chamada ilegítima ou espúria, por ser fruto de relações extramatrimoniais. Outrora, ter irmãos unilaterais era escandaloso e pejorativo, porque, em regra, indicava filiação ilegítima no âmbito familiar. Arcaica a repulsa à fraternidade unilateral. (DIAS, 2008, p. 135).

Dias (2008, p. 135) acrescenta ainda que: “[...] insiste a doutrina em não ver inconstitucionalidade na concessão de direitos diferenciados a irmãos e sobrinhos, sob o fundamento de que a estes não se estendem as normas constitucionais que garantem a igualdade.”

Na concepção de Dias (2008, p. 135) o legislador não observou o princípio da igualdade no momento da elaboração do Código Civil atual, que trouxe ideias discriminatórias do Código Civil de 1916.

Veloso (2011) ao contrário, aduz ser certa a distinção entre os irmãos bilaterais e os meio-irmãos, uma vez que aqueles são irmãos duas vezes enquanto estes uma só, justificando-se aí a ideia de os meio-irmãos receberem metade do que os bilaterais. Acredita o autor que o princípio da igualdade não é aplicável entre os irmãos e que o Código Civil está no caso do artigo 1841, tratando desigualmente os desiguais.

Neste diapasão, Carvalho Neto (2011) critica aqueles que tratam a norma do artigo 1841 como inconstitucional, pois acredita não condizer tal visão com a realidade. Aduzindo que o preceito constitucional da igualdade faz referência ao fato de não poder existir desigualdade entre os filhos, no que diz respeito à relação destes com os pais, não entre eles mesmos.

Havendo entre os irmãos bilaterais a consanguinidade duplicada, por parte de pai e mãe, é que se justifica o fato de os unilaterais receberem somente a metade, já que estes são parentes colaterais apenas por um laço de consanguinidade, ou de pai, ou de mãe (CARVALHO NETO, 2011).

Aduz ainda Carvalho Neto (2011) que:

[...] a distinção em questão não é arbitrária. Trata desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Se há duplo laço sangüíneo (pai e mãe) a ligar os irmãos, nada mais justo que recebam o dobro do que cabe ao irmão ligado por laço simples (pai ou mãe).

Assim, vale ressaltar que parte da doutrina segue o entendimento de que o princípio da igualdade não está sendo afrontado no caso dos irmãos receberem cotas diferentes quando concorrem na sucessão, bilaterais com unilaterais; por existirem situações em que as próprias leis admitem que determinadas classes ou grupos sejam tratados desiguais, nos limites de sua desigualdade.

Carvalho Neto (2011) aduz que predominantemente a doutrina atual não vê a norma do artigo 1841 do Código Civil como inconstitucional, sendo que alguns doutrinadores assim expressam sua visão, enquanto outros nem sequer falam sobre a hipótese de tal inconstitucionalidade.

Sendo que a primeira linha de entendimento demonstrada é no sentido de que prevalece acima de tudo o preceito constitucional, qual seja o princípio da igualdade, que deve ser observado em qualquer que seja a situação.

Inclusive em se tratando de irmãos adotivos, se estes foram adotados por ambos os pais também pais do outro irmão, serão irmãos bilaterais, caso contrário serão unilaterais (CARVALHO NETO, 2011).

Ainda sobre o assunto:

[...] se alguém morre deixando como herdeiros três irmãos, um bilateral, um unilateral e um adotivo [...]. Assim, se o adotivo tiver sido adotado por ambos os pais do *de cujus*, será irmão bilateral deste, herdando cota em dobro, igual à do irmão natural bilateral (a herança será dividida, neste caso, em cinco partes, uma para o irmão natural unilateral, duas para o adotado e duas para o natural bilateral); se o adotivo tiver sido adotado apenas por um dos pais do *de cujus*, será irmão

unilateral deste, herdando pela metade, assim como sei irmão natural unilateral (neste caso, a herança será dividida em quatro partes, uma para o adotado, uma para o irmão natural unilateral e as duas restantes para o irmão bilateral). (CARVALHO NETO, 2011).

Pode-se perceber desta forma que a justificativa dos que acreditam não ser inconstitucional a previsão do artigo 1841 em todos os casos, inclusive nos de adoção é de que, devem os unilaterais receber a metade, por serem meio-irmãos dos outros, e que seria esta uma das formas em que é permitido se tratar de forma desigual cada um de acordo com sua desigualdade.

Sendo os irmãos unilaterais de certa forma diferentes dos bilaterais, que são irmãos apenas por um dos laços de consanguinidade (apenas materno ou paterno) é que se tem o entendimento de ser justificável a desigualdade imposta pelo artigo 1841 do Código Civil vigente.

Em sentido oposto está o entendimento de que o disposto no artigo 1841 do Código Civil de 2002 pode ser visto como inconstitucional, acrescenta Grande Junior (2011):

Inconstitucionais, portanto, os aludidos dispositivos do atual Código Civil que atribuem a cada irmão unilateral ou a seus filhos apenas metade do que cada irmão bilateral couber herdar. Ora, os irmãos unilaterais são tão irmãos como os bilaterais e os adotivos [...]

No entendimento de Grande Junior (2011) trata-se nesse caso de uma questão interpretativa, ou seja, aquele que aplica a lei deve saber interpretá-la de acordo com as necessidades sociais, adequando-a de maneira conveniente aos casos concretos. Acrescentando ainda, que os direitos adquiridos aos filhos decorrentes da filiação devem estender-se aos direitos em relação aos colaterais, já que esse parentesco também é decorrente da filiação. A diferença entre os irmãos era admitida pelo Código Civil de 1916, mas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tal distinção fora abolida.

Acrescenta Grande Junior (2011) que: “o legislador ordinário, por sua vez, deveria ter tido a cautela de não repetir a norma no nascente diploma civil então em elaboração.”

Assim, tais discriminações em relação à filiação são antigas e ultrapassadas, ao passo que na sociedade atual, e sob a égide da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 isto não deve mais existir (GRANDE JUNIOR, 2011).

No que se refere aos filhos adotivos, Grande Junior (2011) demonstra que:

Um exemplo demonstra claramente a inconstitucionalidade da regra. Suponhamos que uma pessoa faleça sem deixar descendentes. Não tendo mais ascendentes e sendo solteiro e descompromissado, são chamados à sucessão seus colaterais (CC, art. 1839). Os mais próximos são seus irmãos: um bilateral, outro unilateral e um

terceiro adotivo. Ao pé da letra, o unilateral receberia metade do que coubesse ao germano. Mas e o adotivo? Receberia igual ao bilateral em franca discriminação em desfavor do unilateral? Ou o mesmo tanto que este, sendo discriminado em face do bilateral? Não há solução para o problema utilizando-se das prefaladas regras do Código Civil porque elas são simplesmente inconstitucionais!

Assim, torna-se dificultoso chegar-se a um entendimento certo, de a norma do artigo 1841 afrontar o princípio da igualdade ou não, por existir grande divergência na doutrina a respeito, inclusive grande parte dela resta silente, e a jurisprudência é bastante carente de decisões a este respeito.

A análise do preceito constitucional da igualdade frente ao artigo 1841 do Código Civil vigente traz divergências no momento da observância de sua inconstitucionalidade ou não, sendo verdadeiramente complexo e dificultoso se chegar a conclusão se referida norma é inconstitucional ou, se se trata apenas de uma questão meramente interpretativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho conclui-se ser o princípio da igualdade de suma importância para o ordenamento jurídico atual, sendo que deve ser observado tanto pelos entes públicos quanto pelos particulares; não podendo se utilizar de parâmetros desiguais absurdos ou injustificáveis perante determinadas pessoas.

No tocante ao direito sucessório, observa-se que o mesmo inicia-se com a morte de alguém, passando seus bens logo de pronto para seus herdeiros necessários, bem como para os herdeiros ou legatários testamentários, em caso de existência de disposição de última vontade daquele que veio a falecer.

Observa-se ainda, no presente estudo, que a sucessão pode ocorrer tanto na forma legítima quanto testamentária ou na ocorrência de ambas as modalidades no mesmo caso concreto. Vindo a ser os herdeiros necessários aqueles estabelecidos pelo Código Civil como tal e concorrendo entre eles no momento da sucessão.

No tocante a sucessão dos colaterais, os irmãos, observou-se diferenciação no momento da partilha entre os irmãos, quando estes concorrem na sucessão de outro irmão, em caso de serem irmãos unilaterais ou bilaterais uns dos outros, vindo a receber aqueles, metade do que cabe a estes.

A doutrina é divergente nos casos de concorrência sucessória entre irmãos unilaterais e bilaterais, ao passo que, para alguns existe discriminação e afronta ao princípio da igualdade exposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 227 § 6º, o qual extingue qualquer discriminação entre os filhos, independente da origem e da forma que se deu sua filiação, taxando a norma do artigo 1841 do Código Civil que presume a diferenciação nas cotas sucessórias como inconstitucional.

Por outro lado, outra parte doutrinária entende que o disposto no artigo 1841 do atual Código Civil não afronta de forma alguma o princípio da igualdade, não sendo assim inconstitucional, pois seria um tratamento de desiguais de acordo com suas desigualdades, sendo, no entanto, os tipos de desigualdade em que é permitido que se faça diferenciações, sendo igualdades permitidas, por ser justificável o fato de os filhos que possuem parentesco bilateral receberem proporcionalmente mais que os são parentes apenas unilateralmente, justamente pelo duplo grau do parentesco que aqueles tem enquanto esses não.

Pode-se entender que, no mesmo sentido da doutrina majoritária, quando se fala em igualdade em relação aos filhos, independente da forma em que foram concebidos e de sua filiação se está falando de igualdade destes para com os pais e vice-versa, e não sobre relações de irmãos com irmãos.

Nota-se aí que não há que se falar em desigualdade, pois o art. 1841 do Código Civil de 2002 não confronta o princípio da igualdade, já que está tratando de forma desigual pessoas que se encontram de fato, em situação desigual, mas dentro dos limites permitidos.

Sabe-se que o princípio da igualdade deve ser observado acima de tudo, mas em contrapartida se tem a ideia de que tal princípio no momento que dispõe sobre igualdade no tocante à filiação refere-se a relação entre pais e filhos e não entre os filhos exatamente. Resta duvidosa a conclusão, se trata-se apenas de questão interpretativa e que o princípio deve ser respeitado genericamente em qualquer situação, ou se nesses casos não se aplica, como entende grande parte da doutrina.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva- 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade**: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOSCARO, Marcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>; acesso em 30 abr 2011-A.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>; acesso em 05 mar 2011-B.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de direito civil: **Direito das Sucessões**. [coordenação Everaldo Augusto Cambler]. 2. ed. rev. e atual. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO. Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra, Portugal: Almeida, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. Introdução ao Direito das Sucessões *in*: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coord). **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 22- 34.

_____, Vocação Hereditária *in*: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coord). **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 49- 55.

_____. **A constitucional discriminação entre irmãos germanos e unilaterais na sucessão dos colaterais**. disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto729.rtf>; acesso em 21 mai 2011.

_____; FUGIE, Érica Harumi. Novo código civil comparado e comentado: **Direito das Sucessões**. 2.ed., v. VII. Curitiba: Juruá, 2003.

CASSETTARI, Christiano. Sucessão Legítima *in*: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coord). **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 94- 116.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, volume 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSER, José Reinaldo. **Direito das Sucessões**- do Inventário e da Partilha. 2. ed. CL São Paulo: EDIJUR, 2006.

CRUZ, Paulo Marcio. Os princípios constitucionais. *In* CRUZ, Paulo Marcio, GOMES Rogério Zuel (Coords.). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 09-36.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**- 19. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **A inconstitucional discriminação entre irmãos germanos e unilaterais na sucessão dos colaterais**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/brun-44.pdf>; acesso em 21 mai 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**- tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1998.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, volume 5: **Direito de família e das sucessões**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional-** tomo IV direitos fundamentais- 3.ed.rev. e atual.- Coimbra, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: **Direito das Sucessões.** 35. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional-** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Inventários e partilhas: **direito das sucessões:** teoria e prática. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:** a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Direito de Família.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito das sucessões. vol. 7. 26.ed. rev. e atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil: Direito de família:** volume 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo:

Saraiva, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. Igualdade in: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: São Paulo: RT, 2009, p.346-371.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. Direito fundamental à igualdade in: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: São Paulo: RT, 2009, p. 323-345.

SANT'ANNA, Guilherme Chaves. Sucessão Testamentária *in*: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coord). **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.154- 158.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros: 2008

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VELOSO, Zeno. **Herança do meio-irmão**. Disponível em:
<http://www.soleis.adv.br/artigoherancademeioirmao.htm>; acesso em 23 mai 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnold. Curso de direito civil brasileiro: **Direito das Sucessões**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.