

SUCESSÃO ENTRE IRMÃOS BILATERAIS E UNILATERAIS PRESENTE NO ART. 1841 DO CÓDIGO CIVIL

SUCCESSION BETWEEN BILATERAL AND UNILATERAL BROTHERS PRESENT IN ART. 1841 OF THE CIVIL CODE

Giselle Detman¹

Marcela Nunes da Vitória²

Victória Bimbato Vieira³

Resumo: A Constituição de 1988 trouxe como um de seus princípios principais a igualdade de todos perante a lei. Em consequência, garante também a igualdade entre os filhos, por meio do princípio da igualdade familiar. Porém o Código Civil de 2002, no que tange a sucessão entre irmãos unilaterais e bilaterais, na hora da divisão da herança, delimitou um quinhão maior aos

irmãos bilaterais em detrimento dos irmãos unilaterais, uma vez que a Lei Maior não trata sobre este assunto. Deveria o art. 1841 do Código Civil de 2002 ser alterado para que garanta igualdade na sucessão entre os irmãos bilaterais e unilaterais?

Palavras chaves: Sucessão. Constituição Federal. Irmãos. Bilaterais. Unilaterais. Código

1 Bacharela em Direito pela Faculdade Multivix Vitória/ES.

2 Bacharela em Direito pela Faculdade Multivix Vitória/ES

3 Bacharela em Direito pela Faculdade Multivix Vitória/ES

Civil.

Abstract: The 1988 Constitution brought as one of the main principles that all citizens are equal before the law. In consequence, it ensures the equality between sons, through the principle of family equality. However, the 2002 Civil Law, regarding the succession between unilateral and bilateral brothers, on the inheritance division, it was determined that bilateral brothers should receive a bigger share than the unilateral brother, seeing that the Constitution does not talk about this matter. Should the article 1841 from the 2002 Civil Law be changed to guarantee the equality on the succession between unilateral and bilateral brothers?

Keywords: Succession. Federal Constitution. Bilateral brothers. Unilateral brothers. Civil Law

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, tem como enfoque a sucessão abordada pelo Código Civil de 2002, na qual, ocorrendo a morte de alguém, haverá a transmissão de sua herança aos herdeiros legítimos, testamentários ou até mesmo colaterais.

O ordenamento jurídico Brasileiro, entende que a sucessão causa mortis deve seguir a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil, que em seu inciso IV elenca a sucessão dos colaterais, parte esta, que será delineada nesta pesquisa.

O Código Civil, em seu artigo 1.841, trata de forma desigual os irmãos bilaterais, dos unilaterais e devido esta diferenciação imposta, existe divergência doutrinária acerca da cons-

titucionalidade presente neste artigo.

A legislação civilista faz distinção entre os irmãos unilaterais e bilaterais na ordem de vocação hereditária, da mesma forma como fazia no Código Civil de 1916, sendo o unilateral afetado em razão do bilateral, razão pela qual viola, o princípio constitucional da isonomia.

Logo, diante das divergências encontradas entre os doutrinadores, é apresentado um questionamento acerca da constitucionalidade deste artigo, haja vista que a redação do artigo 1841 do Código Civil afirma que concorrendo na herança os irmãos bilaterais com os unilaterais, o irmão bilateral terá direito ao dobro da quota parte que o irmão unilateral herdar.

Desta forma, os autores ao defender ou criticar o artigo citado, se utilizam da constitu-

cionalidade, ou não do referido artigo. Portanto, este estudo tem como propósito verificar os argumentos utilizados por ambas as correntes para defender seu posicionamento, uma vez que ambas as posições doutrinárias se utilizam da constitucionalidade ou falta dela para embasar suas alegações.

A metodologia aplicada à presente pesquisa foi realizada através do método indutivo (LAKATOS, 2003), por meio do qual seus argumentos são embasados por pesquisas bibliográficas das obras dos principais civilistas brasileiros, bem como do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

O DIREITO SUCESSÓRIO ENTRE IRMÃOS

EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO ENTRE IR-



MÃOS NO DIREITO BRASILEIRO

Encontrando fundamento na Constituição Federal de 1988, o direito sucessório possui status de direito fundamental, integrando o rol do art. 5º, mais precisamente, no inciso XXX da Magna Carta, sendo-lhe atribuído grande valor axiológico. O reconhecimento do direito à herança dos filhos, mais precisamente, dos filhos unilaterais, levou longos séculos para serem reconhecidos como sujeitos de direito à herança.

Os filhos unilaterais, frequentemente estigmatizados no leito familiar, eram considerados ilegítimos, sendo vítimas do preconceito social. Por não serem frutos do casamento, eram vulgarmente chamados de “bastardos”, um filho nascido do erro dos pais. Mas para compreender

o que levou a serem vistos de tal forma, inclusive no Brasil, é essencial que se compreenda a construção histórica do direito à herança.

Nas remotas famílias de Roma, a influência religiosa era extremamente forte (TAVARES, 2009). O filho varão era muito valorizado, exercendo papel de grande importância junto ao seu pater, guardião vitalício do lar, senhor e representante dos seus antepassados. O primogênito deveria ser homem e fruto do casamento religioso, reto e legítimo, sendo responsável pela manutenção do culto doméstico, função essa que jamais poderia ser atribuída ao filho ilegítimo, pois o pater não assumia nenhum vínculo moral ou religioso com este, de forma que, tanto em Roma quanto na Grécia e na Índia, o filho ilegítimo não era integrante da família. A única relação mais

próxima que o filho ilegítimo possuía de seu ascendente, era o simples vínculo físico.

Situação esta que prevaleceu, ainda na Roma Antiga, durante a vigência da Lei das XII tábuas, que nenhuma providência fora tomada a respeito da filiação ilegítima, perdurando desde o império romano até a época de Constantino, de forma que os filhos ilegítimos não possuíam amparo legal sobre a sucessão e alimentos (TAVARES, 2009). Foi apenas com Justiniano, chamado “último imperador romano”, que os interesses da filiação concubinária foram ligeiramente tutelados, trazendo disposições legais quanto a sucessão ab intestato e o direito aos alimentos para o filho unilateral, através do corpus juris civilis (TAVARES, 2009).

Com o fortalecimento do Cristianismo a evolução sobre os direitos da filiação não me-

lhoraram, de forma que o concubinato e os filhos ilegítimos passaram a ser novamente, oprimidos, abrindo-se a possibilidade de legitimar a prole através do casamento de seus pais (TAVARES, 2009). E, na última fase do Direito Romano, já era possível legitimar os filhos havidos em união concubinária, entretanto, os “bastardos” ou “espúrios”, cujos pais não decidiam por unir-se pelo matrimônio, não foram alcançados pela lei.

Dessa forma, nasce a necessidade de se diferenciar o que vem a serem filhos naturais, legítimos, legitimados, espúrios e incestuosos. Os filhos naturais eram aqueles concebidos fora da constância do casamento, mas por pessoas desimpedidas de casar-se, adquirindo a legitimidade à filiação através do casamento, de forma que se tornavam legitimados. Os filhos legítimos eram

os aqueles concebidos na constância do casamento. Já os espúrios tratavam-se dos filhos concebidos por pessoas impedidas de unir-se pelo matrimônio, em razão de uma delas, ou ambas, serem casadas, sendo, portanto, filhos do adultério da mãe ou do pai (TAVARES, 2009). E, por último, os filhos incestuosos, eram aqueles adquiridos por pessoas impedidas de casar-se em virtude de laços consanguíneos ou afins, na linha reta até o infinito e na linha colateral até o 3º grau (BRASIL, 1916).

Assim, o Código Civil de 1916 tratou da matéria de forma a repudiar os filhos ilegítimos e incestuosos, de forma que os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, tornando-se legitimados, enquanto os filhos espúrios e os incestuosos, não poderiam ser beneficiados pelos direitos da filiação, conforme dispunha o ar-

tigo 358 (BRASIL, 1916).

Assim, é cristalina que a matéria tratada em sede de Direito Romano, atribuiu forte influência no Código Civil Brasileiro, a mencionar, o diploma de 1916, que tratou um capítulo sobre a legitimação dos filhos naturais através do casamento, dispondo no artigo 352 a possibilidade de equiparação dos filhos havidos antes do casamento nos mesmos direitos dos filhos concebidos após as núpcias (TAVARES, 2009).

Entretanto, a situação mudava de status no momento da sucessão dos descendentes, conquanto os filhos legítimos e os filhos naturais e adotivos possuíam direitos diversos. Isto porque, apesar de o Código de 1916 ter conferido reconhecimento entre os filhos legitimados e legítimos, nos exatos termos do artigo 1.605, os filhos adotivos e os filhos natu-

rais havidos antes do casamento e não legitimados possuíam direito de herança de seu genitor, apenas metade do que coubesse aos seus irmãos legítimos ou legitimados, conforme parágrafo primeiro do aludido artigo (BRASIL, 1916).

A justificativa aceita socialmente quanto tal diferença dos quinhões, tratava-se de que, porventura o filho natural concebido antes do casamento e que viesse a ser reconhecido após as núpcias, representaria surpresa para o outro cônjuge, de forma que, com o reconhecimento, aquele concorreria com o filho legítimo e, buscando zelar pela proteção à prole legítima, defendia-se que o filho legítimo deveria receber posição privilegiada sobre o filho reconhecido a posteriori, que deveria ser colocado em posição inferior ao seu irmão, recebendo metade da herança que lhe coubesse, o que

representou nítida discriminação do legislador sobre o descendente ilegítimo (TAVARES, 2009).

Ou seja, o filho natural somente receberia herança no mesmo quinhão do filho legítimo se fosse reconhecido antes do casamento, enquanto o filho espúrio poderia ser reconhecido apenas com a dissolução da sociedade conjugal do genitor adúltero, e ainda, se este fosse casado sob o regime da separação de bens e não houvesse deixado testamento.

Os interesses do filho espúrio foram facilitados com o advento da Lei 883 de 1949 (BRASIL, 1949), que revogou o artigo 358 do Código Civil, passando a prever a possibilidade de ser reconhecido após a dissolução da sociedade conjugal de seu genitor, cabendo-lhe metade do que coubesse aos filhos legítimos e legitimados. Com o advento da

Lei do Divórcio (BRASIL, 1977), a Lei 883/49 sofreu alterações de modo a acrescer direitos ao filho espúrio, prevendo-se a possibilidade de quaisquer dos genitores, ainda que casados com outrem, reconhecessem seus filhos concebidos na constância do casamento, desde que por testamento cerrado, também igualou o direito de herança aos filhos consanguíneos. Posteriormente, a Lei 7.250/84 (BRASIL, 1984) conferiu alterações à Lei 883/49 de forma a prever o reconhecimento judicial da filiação pelo cônjuge separado judicialmente à mais de 05 anos ininterruptos.

Assim, a tutela dos interesses pela igualdade entre os filhos havidos ou não na constância do casamento foi reafirmada pelo advento da Constituição Federal (BRASIL, 1988), prevendo em seu artigo 227, parágrafo 6º, atribuindo-lhes a isonomia das

disposições e oferecendo repúdio a qualquer tratamento discrepante.

SUCCESSÃO LEGÍTIMA

Antes de adentrar ao tema, faz necessário tecer algumas considerações.

Rege-se o direito sucessório pelo princípio “Droit de Saisine”, oriundo do Código Francês de 1724, sendo adotado pelo direito brasileiro, onde preceitua que há a transferência da herança com a abertura da sucessão, que ocorre automaticamente com a morte do de cujus, conforme disposto no art. 1784 do Código Civil.

Assim, aberta a sucessão, confere-se automaticamente a herança por força de lei a qualquer dos herdeiros, seja necessários, legítimos ou testamentários e a todos que tenham legitimida-

de para receber, inclusive os legatários, parentes, fazenda pública e credores, independentemente de anuência e consentimento dos beneficiários, ainda que não tenham conhecimento da abertura da sucessão, passando a ter legitimidade ad causam.

Segundo entendimento de Paulo Lobo (2016), o que uma pessoa herdou com a abertura da sucessão, mesmo ainda não sabendo, isto já ingressou em seu patrimônio.

O ordenamento brasileiro adota duas formas de sucessão, a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Contudo, neste momento abordaremos somente a sucessão legítima, haja vista o conteúdo abordado neste trabalho.

A sucessão legítima, também chamada de ab intestato ou legal, decorre da lei, enunciando a ordem de vocação

hereditária, tendo como base o vínculo sentimental e afetivo estabelecido pelo núcleo familiar, independentemente de qualquer declaração do autor da herança, entendendo-se, que por não haver testamento, o autor da herança tem a intenção de beneficiar seus familiares com a transmissão de seu patrimônio em sua totalidade.

Nesse mesmo sentido, explica Lôbo (2016, p.70):

“A sucessão legítima ou legal é a que se dá em observância à ordem de vocação e aos critérios estabelecidos na legislação. A sucessão legítima divide-se em sucessão necessária e sucessão legítima em sentido amplo. Os beneficiários da sucessão são os herdeiros definidos em lei, denominados legítimos, que se distinguem dos herdeiros

ros testamentários, estes dependentes de nomeação pelo testador, nos limites legais. A legitimidade no direito das sucessões tem sentido distinto do que é empregado em outras áreas do direito; coincide com o legal, porque fundada na lei, razão por que poderia ser denominada sucessão hereditária legal. A expressão sucessão legítima tem, igualmente, função de distinção com a sucessão testamentária (quando o de cujus tiver deixado testamento). Portanto, não se confunde essa expressão com o significado de legitimidade que marcou a família matrimonial, discriminando como ilegítimas as demais entidades familiares, até o advento da Constituição de 1988.”

Assim, a referida sucessão, iniciará, via de regra, quando o autor da herança falecer sem deixar testamento, ou seja, sem deixar suas declarações de última vontade, onde, através da ordem de vocação hereditária, modo pelo qual a lei elenca as pessoas sucessíveis a herdar, os herdeiros por meio da escala de preferência, serão chamados a herança.

Importante frisar que ocorrendo a transmissão da herança, no momento do falecimento do instituidor, os herdeiros terão prazo de 60 dias para ajuizar Ação de Abertura de Inventário e Partilha, que caso não ocorra no prazo estipulado pela lei, serão penalizados com multa, que será recolhida através do ITCMD (imposto de transmissão causa mortis ou doação).

ORDEM DE VOCAÇÃO HE-

REDITÁRIA

A vocação hereditária é a ordem de preferência de legítimos a herdar o patrimônio do de cujus. Dessa forma, a ordem de vocação hereditária se trata da disposição dos sucessores que irão herdar por força da lei.

As pessoas presentes no artigo 1829 do Código Civil foram escolhidas pelo legislador para compor a ordem de vocação hereditária, conforme explica o autor Cristiano Chaves (CHAVES, 2015): “As pessoas que figuram na ordem de vocação sucessória são escolhidas por critério de política legislativa e jurídica, decorrendo dos anseios sociais e influxos familiares próprios de cada tempo e lugar.”

Verifica-se que de acordo com o art. 1829 do Código Civil, a ordem de vocação hereditária é composta pelos descen-

dentes, cônjuge ou companheiro sobrevivente, e por último os colaterais. Deste modo, temos que a classe seguinte só herdará a quota parte da anterior caso faltem herdeiros desta classe, tendo em vista que o parente mais próximo exclui o mais remoto.

Cabe mencionar que antes do Código Civil de 2002 a Fazenda Pública era sucessora legítima do de cujus, porém com a vigência do referido Código ela passou a herdar apenas quando ausentes todos os sucessores anteriormente citados, conforme expressa o art. 1844 do Código Civil.

Dentro da ordem de vocação hereditária dos herdeiros legítimos, há outra divisão: os herdeiros legítimos necessários e facultativos. São considerados herdeiros necessários, nos termos do art. 1845 do Código Civil, os descendentes, os ascendentes

e o cônjuge, sendo a eles devido a metade da legítima, que corresponde à metade dos bens da herança do de cujus (BRASIL, 2002).

Por consequência, os colaterais são os herdeiros legítimos facultativos da ordem de vocação hereditária, sendo devido a eles a parte disponível da herança que corresponde a parcela restante do patrimônio que o de cujus pode dispor, como explica Paulo Lobô: “Pode ser inferior à metade do patrimônio líquido, pois é o que sobra depois de somadas a metade legítima dos herdeiros necessários e os valores dos adiantamentos das legítimas (liberalidades feitas em vida)” (LOBÔ, 2016).

Portanto, temos assim que os irmãos, por serem parentes colaterais, não são herdeiros necessários, não sendo devidos a eles à legítima. Eles são herdeiros

por força de lei, porém não necessariamente irão receber a herança, uma vez que o de cujus pode escolher se irá dispor parte de seu patrimônio a eles.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

DIREITO POSITIVO E JUS NATURALE

O Jusnaturalismo possui função de ordenar e sustentar o Direito Positivo, de forma que este último não é autossuficiente, necessitando da legitimidade encontrada no Direito Natural (KLOPPEL, 2013). Assim, o Direito Positivo estabelece ações a cumprir, de forma a não se observar cada indivíduo, mas simplesmente, regulando suas ações através da norma posta. Assim, afirma Norberto Bobbio que o

positivista estuda o Direito tal como ele é, e não como ele o deve ser, ou seja, o direito ideal (BOB-BIO, 1995).

Desta forma, podemos observar a evolução dos interesses sociais nas relações familiares. Nos dizeres de Rolf Madaleno (MADALENO, 2018), é possível afirmar que família é um fato natural, que ocorre independentemente do sacramento pela união de homem e mulher pelo matrimônio. Todo formalismo que tradicionalmente acompanhava o casal, trata-se meramente de uma convenção social, cuja existência da família prescinde o casamento, de tal forma que subsiste sem a referida convenção (MADALENO, 2018).

Neste raciocínio, cabe mencionar quanto à evolução das relações familiares. Isto porque, existe um encolhimento que caminha rumo à extinção sobre

as famílias extensas, que outrora envolviam pais, tios, irmãos, primos, entre outros agregados, em que todos interferiam nas relações entre si. Modernamente, o número de divórcios tem expressado um aumento de 52%, conforme dados do IBGE (MADALENO, 2018), representando um interesse cada vez menor na sociedade no que tange a manutenção dos casamentos, causados por fatores diversos, tais como, a emancipação da mulher do seu tradicional papel de procriadora e dona de casa para se inserir no mercado de trabalho, a tecnologia de reprodução assistida por genitores desconhecidos que leva o afastamento do fator genético das relações familiares e a redução da natureza tríplice da filiação, o controle de natalidade pelas motivações de interesse econômico, entre outros fatores (MADALENO, 2018).



Assim, a constante mutação social ante a legislação disponível é clarividente, de forma que, em que pese à falta de acompanhamento do direito positivo pelo legislador, há de se observar que as convenções legais não devem se sobrepuser aos interesses sociais, mas o contrário. Isto porque, sendo família um fenômeno natural, o legislador não deve vincular pelo casamento os direitos da prole, mas a simples e pura maternidade e paternidade causada pelo fenômeno natural da filiação, que antecede a disposição sobre quaisquer convenções.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1841 DO CC/02

O Código Civil de 2002 disciplinou em seu art. 1841 sobre a partilha da herança entre irmãos bilaterais e unilaterais. De acordo com o artigo, os irmãos bilaterais têm direito a receber o

dobro do quinhão que os irmãos unilaterais receberam.

Essa discriminação presente no art. 1841 do Código Civil não condiz com este princípio fundamental presente na Constituição, o princípio da isonomia, pois distingue os irmãos germanos dos irmãos uterinos. Irmãos germanos, são aqueles que possuem o mesmo pai e a mesma mãe, já os uterinos ou consanguíneos são aqueles que possuem o mesmo pai ou a mesma mãe.

O princípio Constitucional da igualdade se encontra no art. 5, caput, da Constituição Federal. Trata-se de um princípio que tem como objetivo o tratamento igualitário entre os indivíduos na medida de suas desigualdades. Por causa disso, veda qualquer diferenciação não justificável pela Constituição a qualquer pessoa.

A igualdade pressupõe

que as normas jurídicas não devem distinguir as pessoas, exceto quando autorizada pela própria Constituição. Sendo tratado por vários artigos ao longo da mesma. Sobre isso, diz o ministro do Superior Tribunal Federal, Alexandre de Moraes em seu livro Direito Constitucional (MORAES, 2016):

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a 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. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento

desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.”

Além deste princípio, este artigo também fere o art. 227, §6º da Constituição Federal, que concretiza a igualdade entre filhos havidos ou não do casamento, assim como os havidos por adoção, proibindo qualquer tipo de discriminação.

O princípio da igualdade de filiação, assim como no geral, tem como objetivo dispor igualdade àqueles que estiverem

em posição de desigual, na medida das suas desigualdades. O art. 227, §6º da Constituição Federal dispõe sobre a vedação de tratamento desigual entre os filhos havidos fora do casamento, filhos adotivos e filhos havidos do casamento. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 trouxe a isonomia entre os filhos independentemente de sua origem.

O referido artigo do Código Civil fere o texto constitucional ao dispor sobre a desigualdade na divisão de herança entre irmãos germanos e consanguíneos, uma vez que a própria Constituição proíbe tratamento discriminatório entre filhos havidos ou não do casamento, assegurando a eles os mesmos direitos e deveres. Sobre isso diz Maria Berenice Dias (DIAS, 2016):

“A diferenciação entre o parentesco consanguíneo e o civil que repercute na

classificação dos filhos em naturais e civis, funda-se em distinção que não mais se justifica. É tida como discriminatória, principalmente em face da regra constitucional (CF 227 § 6.º): 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. Ou seja, filhos são filhos, sem qualquer adjetivação.”

Portanto, não há justificativa para que haja diferenciação no direito sucessório de ambos.

O PROJETO DE LEI 7.722/17

CRÍTICAS AO ARTIGO 1.841

DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Conforme explicitado em capítulo anterior, é possível perceber a classificação de duas espécies de irmãos pela simples leitura do artigo 1.841, qual seja: os chamados bilaterais e os unilaterais. Sinteticamente, os irmãos bilaterais são aqueles em que, na constância do casamento ou convivência dos pais, a filiação daquele é ligada a ambos os conviventes, ou seja, de mesmo pai e mãe (TONELLO, 2017). Ao passo que o irmão unilateral na situação em epígrafe, não possui filiação com um dos pais conviventes, sendo filho apenas do pai ou apenas da mãe, provenientes de relacionamentos pretéritos (TONELLO, 2017).

Desta forma, é inegável a existência de maior tutela ao filho bilateral pelo códex civilista,

de forma que, em termos práticos, o filho unilateral herdará 1/3 da herança, enquanto o bilateral, terá direito sobre 2/3.

O dispositivo em questão tem sido alvo de críticas em demasia, posto sua patente inconstitucionalidade, no que diz respeito ao artigo 227 §6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Isto porque, o posicionamento doutrinário engatinha lentamente quanto ao posicionamento adotado, sendo muito prematuro afirmar uma predominância.

Existem muitos doutrinadores que não apresentam um posicionamento explícito quanto à constitucionalidade ou não do art. 1.841 (PEREIRA, 2011), como é o caso de Fábio Ulhôa Coelho (COELHO, 2006), e Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim (OLIVEIRA e AMORIM, 2008) dispendo

em suas doutrinas tão somente a simples regra adotada pelo código.

Em contrapartida, os que entendem pela constitucionalidade do referido dispositivo, baseiam seu entendimento no fato de que tal forma de suceder oferece aos irmãos unilaterais a forma cabível de tratamento, posto a situação que se encontram perante os irmãos bilaterais, devendo estes últimos receber em dobro em razão da simples “bilateralidade” de filiação (PEREIRA, 2011). Tal entendimento é o adotado por alguns doutrinadores, tais como, Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2006) e Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (CAHALI e HIRONAKA, 2007).

Entretanto, alguns juristas, tais como, Roberto Senise Lisboa (LISBOA, 2006),

Maria Berenice Dias (DIAS, 2010) e Cláudio Grande Júnior (GRANDE JÚNIOR, 2011) ou- sam divergir do posicionamento tradicional adotado, entendendo pela total inconstitucionalidade no tratamento inferior dispensado ao filho unilateral, atribuindo superioridade do princípio da igualdade no tratamento dos irmãos em questão, sendo para tais autores, irrelevante considerar para fins de sucessão, a unilateralidade ou bilateralidade da filiação, representando total afronta a tutela constitucional o artigo 1.841 (PEREIRA, 2011), pois o legislador ao fazê-lo, não observou os preceitos constitucionais, trazendo ideais discriminatórios herdados do Código Civil anterior, de 1916, conforme fundamenta Maria Berenice, in verbis:

“(...) 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, 2010)

No entendimento de Cláudio Grande Júnior, defende o autor que o aplicador da lei deve saber interpretar o artigo 1.841 do CC/02 ao caso concreto, pois, em que pese tal distinção fora admitida no códex anterior de 1916 (BRASIL, 1916), a distinção fora abolida com o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) e que, por isso, não deve mais ser aplicada, por serem tais preceitos, antigos e ultrapassados, inexistindo no quadro social atual (GRANDE JÚNIOR, 2011).

Dessa forma, ante tantas divergências, e uma omissão por parte de alguns autores, a jurisprudência permanece silente sobre decisões neste sentido, em razão de tratar-se de tema dificultoso em demasia quanto a sua real inconstitucionalidade ou simples questão interpretativa.

CUMPRIMENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

A discriminação presente no art. 1841 do Código Civil é incompatível com a norma constitucional existente no art. 227, §6º da Constituição Federal que veda a desigualdade entre filhos havidos ou não do casamento, uma vez que essa relação advém da filiação. (LÔBO, 2016). Desta forma, temos que a ordem constitucional foi descumprida por lei infraconstitucional.

Para que haja o cumpri-

mento da ordem constitucional o Congresso Nacional deve alterar o art. 1841 do Código Civil respeitando o art. 227, §6º da Constituição Federal por meio de um projeto de lei. Um projeto de lei para ser aprovado pelo Congresso Nacional deve passar por três fases: a fase introdutória, fase constitutiva, e a fase complementar.

A fase introdutória ocorre por meio da iniciativa de lei que pode ser proposta por membros do Congresso Nacional, chefe do poder executivo, tribunais superiores Ministério Público, cidadãos ou a vários legitimados de uma vez, como explica Alexandre de Moraes (MORAES, 2016):

“Iniciativa de lei é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo, podendo ser parla-

mentar ou extraparlamentar e concorrente ou exclusiva. Diz-se iniciativa de lei parlamentar a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei. Diz-se, por outro lado, iniciativa de lei extraparlamentar aquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei). Por sua vez, a iniciativa concorrente é aquela pertencente a vários legitimados de uma só vez (por exemplo: parlamentares e Presidente da República), enquanto iniciativa exclusiva é aquela reservada a determinado cargo

ou órgão (por exemplo: CF, art. 61, § 1º).”

A função principal da iniciativa de lei, por meio da apresentação do Projeto de Lei ao Congresso Nacional, é definir qual das casas analisará primeiro o assunto e irá revisar o projeto de lei (MORAES, 2016).

Na fase constitutiva o objetivo é a discussão e votação em ambas as casas, delimitando o objeto a ser aprovado ou rejeitado pelo Legislativo, a chamada deliberação legislativa. Após, haverá o veto ou sanção por meio do Chefe do Executivo, chamada de deliberação executiva (MORAES, 2016). Por fim, na fase complementar tem-se a promulgação e a publicação da lei.

ALTERAÇÕES PREVISTAS PELO PROJETO DE LEI °

7.722 DE MAIO DE 2017 E ANTINOMIA DE NORMAS

O projeto de lei nº 7.722/17 proposto pela Deputada Federal, Sra. Laura Carneiro, propõe que seja o texto art. 1.841 do Código Civil alterado, de forma a estabelecer a igualdade sobre o direito dos irmãos unilaterais e bilaterais sobre a herança, com justificativa no art. 227 §6º da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a não-discriminação dos filhos havidos fora da constância do casamento ou por adoção, estando os filhos em situação de igualdade, independentemente dos preceitos de filiação, passando a propor novo texto de redação ao art. 1.841 do Código Civil.

Desta forma, o projeto de lei justifica sua pertinência em razão da afronta direta que representa o art. 1.841 do CC/02



à Constituição Federal, cuja posição axiológica atribuída ao texto constitucional observa a pirâmide de kelsen no que tange a hierarquia das normas (TARTUCE, 2005). Observada a dissonância direta havida entre a Constituição e o Código Civil no que tange aos direitos dos filhos, deve prevalecer o preceito constitucional, eis que goza de superioridade normativa perante o códex civilista, em observância às regras do ordenamento jurídico brasileiro para a resolução de antinomias de normas (TARTUCE, 2005), que são elas: I. Critério cronológico; II. Critério da especialidade; III. Critério da hierarquia.

Sinteticamente, o critério cronológico é o menos relevante, ao passo que o critério da especialidade tem peso médio, possuindo maior relevância o critério hierárquico. Este último atributo preserva o valor axioló-

gico que gozam as normas Constitucionais. Ainda, há de se conceituar as antinomias de 1º e 2º graus para dirimir quaisquer dúvidas quanto a aplicável ao caso em tela. Isto porque, a antinomia de 1º grau, o conflito existe entre apenas um dos três quesitos (cronológico, especialidade e hierarquia), por exemplo, antinomia existente entre uma norma geral e uma norma especial, prevalece à norma especial. Em contrapartida, a antinomia de 2º grau, ocorrerá entre dois quesitos, sendo este último, aplicável no caso em questão, pois ocorre conflito entre norma geral anterior (art. 227 §6º da CF/88) versus norma especial posterior (art. 1.841 do CC/02), assim, o projeto de lei prevê, em seu artigo 1º, a prevalência do princípio da igualdade, preservando dessa forma, a prevalência da norma geral anterior, pelo fato de sê-la constitucional.

In verbis:

“Art. 1º Esta Lei prevê a divisão em partes iguais da herança para irmãos bilaterais e unilaterais.” (BRASILIA, 2017)

Neste sentido, é o que conceitua Maria Helena Diniz como sendo o caso em questão, antinomia real, da qual inexistente uma forma sistêmica de solução do conflito, devendo ser observada a preservação dos princípios constitucionais, posto que uma norma constitucional geral deva prevalecer sobre a norma inferior especial, de forma a preservar seus princípios fundamentais (TARTUCE, 2005), in verbis:

“No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral,

preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo.” (Conflito de normas, cit., p. 50) (DINIZ, 2014)

Dessa forma, é tangível a cristalina dissonância do Código Civil quanto a sua aplicabilidade em questão, devendo a matéria ser analisada com atenção em demasia, estando ainda distante o fim da discussão sobre a antinomia real posta, assunto em epígrafe. Atualmente, o projeto de lei foi arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASÍLIA, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa buscou-se tecer considerações acerca da constitucionalidade, ou não, do artigo 1.841 do Código Civil, no qual é tratado a forma de recebimento do quinhão da herança entre os irmãos bilaterais e unilaterais.

Fora exibido e analisado os entendimentos doutrinários,

onde se é possível perceber divergência de posicionamentos, não sendo possível delinear predominância entre a constitucionalidade, ou não, do dispositivo legal. Em determinadas doutrinas, é possível notar a omissão quando o assunto é a divisão de herança de irmãos unilaterais e bilaterais.

Após tecer críticas sobre a divergência acerca da predominância da constitucionalidade do artigo discorrido, foi analisado o Projeto de Lei nº 7.722, de maio de 2017, no qual é posposto a alteração da forma de estabelecer a igualdade sobre os irmãos bilaterais e unilaterais sobre a herança a ser recebida. Tal projeto, tem como escopo a prevalência ao preceito constitucional, haja vista a superioridade normativa perante a *códex* civilista.

Desta forma, conclui-se que a ordem constitucional foi descumprida por uma lei infra-

constitucional, sendo o art. 1841 do Código Civil incompatível com a norma constitucional existente no art. 227, §6º, da Constituição Federal que impede a distinção dentre filhos tidos ou não do casamento, uma vez que essa relação decorre da filiação.

Tal distinção de filiação, viola o princípio constitucional da isonomia, sendo este, direito e garantia fundamental dos indivíduos, ocasionando a inconstitucionalidade do referido artigo apresentado na presente pesquisa.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL, Lei 883 de 21 de Outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Acesso em 25 set. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0883.htm>

BRASIL. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL, Lei nº 7.250 de 14 de novembro de 1984. Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7250.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Código Civil, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 17/10/2019.

BRASIL. Constituição da Re-



pública Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 7.722 de 2017. Altera a redação do art. 1.841 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer a igualdade entre irmãos bilaterais e unilaterais na herança do falecido. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139049>>. Acesso em: 08 out. 2019. Texto Original.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. Coleção Elementos de Direito.

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.

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

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

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4º ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de Normas. Editora Saraiva, 10ª ed. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Nelson Rosenvald. Curso de direito civil: Sucessões. 3. ed. Salvador. JusPodivm, 2017.

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 07 out. 2019.

KLOPPPEL, Angelina. DIREITO NATURAL X DIREITO POSITIVO. Jusbrasil. Disponível em: <<https://angellina.jusbrasil.com.br/artigos/111840164/direito-natural-x-direito-positivo>>, Acesso em: 06 out. 2019

LAKATOS, Eva Maria; Marconi, Maria de Andrade. Fundamentos da metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

LÔBO, Paulo. Direito civil: sucessões. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. Direito de família. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32ª Edição. Editora Atlas. 2016.

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, Tatiane. SUCESSÃO ENTRE IRMÃOS UNILATERAIS E BILATERAIS OBSERVANDO O ART. 1841 DO CÓDIGO CIVIL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. Disponível em: < <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/435/1/Tatiane%20Pereira.pdf>>. Acesso em 07 out. 2019

TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7585>. Acesso em: 7 out. 2019.

TONELLO, ALEXANDRE. HERANÇA EM DOBRO PARA O IRMÃO BILATERAL EM DETRIMENTO DO IRMÃO UNILATERAL. REVISTA

JUSBRASIL. DISPONÍVEL

EM: <[HTTPS://ALEXANDRETONELLO.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/561224810/HERANCA-EM-DOBRO-PARA-O-IRMAO-BILATERAL-EM-DETRIMENTO-DO-IRMAO-UNILATERAL](https://ALEXANDRETONELLO.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/561224810/HERANCA-EM-DOBRO-PARA-O-IRMAO-BILATERAL-EM-DETRIMENTO-DO-IRMAO-UNILATERAL)>. ACESSO EM 07 OUT. 2019

TAVARES, Anna Livia Freire. A Evolução do Direito Sucessório Quanto a Origem da Filiação no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Uma análise à Luz da Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3333>. Acesso em: 25 set. 2019.