Ordem de vocação hereditária no Código Civil brasileiro: comparação com o direito romano

Maria Vital
Lara Mapurunga
Universidade Federal do Ceará (Brasil)

I. INTRODUÇÃO

O direito à sucessão surge como uma continuidade do direito de propriedade. Com a morte, extingue-se a relação do morto com as coisas das quais era dono, mas estas não se tornam *res nullius*[1], porque são transmitidas aos seus sucessores, por última vontade (*ex testamento*) ou pela vontade do legislador (*ab intestato*)[2].

No direito romano, o *pater* era o ente que deveria designar quem perpetuaria seu direito à propriedade[3]. Por isso, a sucessão testamentária tinha prioridade na sociedade de Roma. Somente ante a ausência de testamento ou de fato que o invalidasse, era que surgia a necessidade da sucessão legítima.

A ordem de vocação hereditária consiste na sequência em que serão chamados os sucessores, para recebimento da herança deixada pelo *de cujus*. É utilizada quando ocorre a sucessão legítima, ou seja, aquela em que os bens são deferidos de acordo com os ditames legais, sendo desconsiderada a vontade do morto.

É importante discorrer, também, sobre como eram as relações de parentesco no direito romano, o que poderia se dar por agnação ou por cognação. O parentesco por agnação era o elo entre aqueles que estavam

---

[1] P. Nader, *Curso de Direito Civil: direito das sucessões,* 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 4.

[2] Gaio, *Inst.* 2,9,6

[3] «A autonomia da família romana era tamanha, que sua projecção no futuro, com a morte do pater famílias, devia depender mais da vontade deste do que da vontade do Estado, através da *lex*». A. Tabosa, *Direito Romano*, 3.ª ed., Fortaleza, FA7, 2007, p. 322.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

sob o poder do mesmo *pater*. Já os cognados eram os parentes ligados por laços de sangue. É o parentesco baseado na consanguinidade[4].

No presente trabalho, serão abordadas as formas de sucessão legítima, previstas no direito romano e o seu regramento no atual Código Civil Brasileiro, mediante o estudo comparativo entre essas duas realidades. Objetiva-se entender como se deu a influência romana no diploma legal brasileiro e fazer uma análise crítica dos institutos contrapostos, com base no exame das fontes romanas, no Código Civil Brasileiro e em textos doutrinários.

O trabalho é dividido estruturalmente da seguinte forma: o primeiro tópico trata da ordem de vocação hereditária no direito romano e sua evolução histórica. A seguir, discorre-se sobre a forma como o Código Civil Brasileiro contempla a sucessão legítima, na atualidade. Por fim, far-se-á uma análise crítica, entre ambas as sistemáticas apresentadas.

II. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO DIREITO ROMANO

Os romanos davam preferência à sucessão testamentária, porque a vontade do defunto devia prevalecer sobre a vontade do legislador[5]. Desse modo, a sucessão legítima (*intestatus*), também chamada *legitima hereditas* ou *ab intestato*, sempre esteve subordinada à sucessão testamentária, de forma subsidiária.

Mas, na hipótese de uma pessoa morrer sem deixar testamento ou, mesmo o fazendo, quando o testamento não era válido ou, de algum modo, o herdeiro instituído não pudesse ou não quisesse receber a herança, fazia-se necessária uma solução. Neste cenário, a sucessão legítima ganhava importância em Roma, onde foi regulamentada inicialmente pelo *jus civile*, com base na Lei da XII Tábuas e, posteriormente, pelo *jus honorarium* e outras normas, até a época de Justianiano[6].

Ao contrário do direito brasileiro, o direito romano proibia que a sucessão testamentária e a legítima existissem, simultaneamente*: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Assim, a parte da herança não contemplada no testamento, não iria para os herdeiros legítimos, porque era acrescida aos demais herdeiros testamentários, na proporção de suas respectivas cotas[7].

Neste tópico, será abordada a evolução da sucessão *ab intestato* no Direito Romano, de acordo com a sua regulamentação.

---

[4] A. Tabosa, *cit.*, p. 173.

[5] Lei das XII Tábuas, V,1: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*». Isto é, as disposições testamentárias de um pai de família sobre os seus bens, ou a tutela dos filhos, terão a força de lei. Cfr. S. A. B. Meira, *A Le idas XII Tábuas - Fonte do Direito Público e Privado*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961.

[6] J. Iglesias, *Derecho romano - Instituciones de Derecho privado*, 2.ª ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1953, p. 345.

[7] M. Kaser, *Derecho romano privado* (tradução de J. Santa Cruz Teijeiro), 2.ª ed., Madrid, Reus, 1982, p. 304.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

1. *Jus Civile* - Lei das XII Tábuas

As primeiras regras acerca da sucessão *ab intestato* no Direito Romano estavam presentes na Lei das XII Tábuas.

Na *Tabula* V, *De hereditatibus et tutelis*, que tratava das heranças e das tutelas, estabeleceu-se que «se o pai de família morrer intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado mais próximo seja o herdeiro. Não havendo agnados, que a herança seja entregue aos gentis» [8].

Observa-se que, baseada no parentesco por agnação, a ordem de chamamento era a seguinte: heres *sui*, *agnatus proximus* e *gentiles*.

Heres sui (et necessarii), eram os primeiros na ordem de vocação hereditária, correspondiam às pessoas livres que se encontravam imediatamente sob o pátrio poder do *de cujus* quando de sua morte ou que se encontrariam sob este poder se não fosse a morte do *pater* [9]. Com a morte deste, tornavam-se *sui juris,* acarretando uma divisão do grupo familiar (*consortium*) em tantas quantas fossem as pessoas que adquirissem o novo *status familiae* [10].

Em decorrência, a herança era dividida em partes iguais entre o número de famílias [11]. Cada filho do autor da herança e a sua *uxor in manu* forma uma família e a cada um deles correspondia uma cota parte da herança. Havendo filho premorto ou sem vínculo com a família, seriam chamados os seus filhos e a sua *uxor in manu,* que dividiam, entre si e por igual, a parte que caberia ao falecido [12]. Nesse caso, a divisão se fazia por estirpe. Assim, se o defunto teve dois filhos e um morreu antes dele, deixando dois netos, a sua herança será dividida em duas partes, onde a metade ficaria com o filho vivo e a outra metade seria dividida entre os dois netos [13].

A sucessão dos *heres sui* era automática, não havendo possibilidade de renúncia [14].

---

[8] Lei das XII Tábuas, V,4-5: «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*».

[9] Gaio, 3,1-8; D. 28,2,11, Ulpiano; *Inst.,* 2,19,2. *Vid.* também: A. di Pietro, *Gayo Institutas,* 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 305.

[10] «Assim, eram *heredes sui* [...] os filhos vivos, inclusive se adotivos, e não emancipados, do de cuiús, seus netos (se o pai deles, que era filho do *de cuius*, estivesse morto ou tivesse sofrido *capitis deminutio maxima*, *media* ou *mínima*); seus bisnetos (se o mesmo tivesse ocorrido com o avô e o pai deles); sua mulher *in manu*, as mulheres *in manu* de seus filhos —e, se fosse o caso, de seus netos— mortos; e o póstumo, isto é, o filho que, ao falecer do *de cuius*, está no ventre da esposa deste, desde que nasça vivo posteriormente». Cfr. J. C. Moreira Alves, *Direito Romano*, 15.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 744.

[11] M. Kaser, *cit.*, p. 305.

[12] Note-se que à *uxor in manu* era dada a condição de filha (*in loco filiae*). S. Buján, «Uma cierta compensación de este discriminatório trato de la esposa se produce en aquellos casos em las que ésta sobrevive a su marido dado que, em este supuesto, a la mujer se le reconoce um pleno derecho hereditário sobre el patrimônio familiar, conforme a su posición jurídica de hija de família». A. Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, 5.ª ed., Madrid, Iustel, 2012, p. 298.

[13] J. Iglesias, *cit.*, p. 346.

[14] A. S. Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 618-619.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

Inexistindo herdeiros da categoria dos *sui*, chamava-se, na sequência, os *adgnati* mais próximos. Tal condição era aferida no momento em que se constata a falta de testamento e se aplicava a regra de que os mais próximos excluem os mais remotos[15]. A princípio, não se fazia distinção entre homens e mulheres, entre os agnados, mas, provavelmente em 169 a. C., através da Lex Vaconia, esse direito ficou limitado, para que somente as irmãs do *de cujus* pudessem participar da herança dele[16].

Por fim, na falta dos agnados próximos, seriam convocados os *gentiles*, ou seja, aqueles que pertenciam à mesma *gens* do *de cujus*. As *gens* eram formadas pelas famílias advindas do mesmo descendente comum. Aos gentílicos eram aplicadas as mesmas normas dos *heres sui*[17].

2. *Jus Honorarium* ou *Jus Praetorium*

No período da república, com o objetivo de corrigir iniquidades do sistema de sucessão *ab intestato* da Lei das XII Tábuas, intervieram os pretores, com o sistema *ius honorarium* ou *ius praetorium*. Desejavam inovar no sentido de se fazer justiça ao vínculo de sangue[18], considerando o parentesco cognatício, já que, até então, dava-se maior importância aos cognados.

Foi criado o sistema da *bonorum possessio*, de modo que os chamados pelo pretor adquiriam a posse dos bens do *de cujus* (b*onurum possessio intestati*), pois o pretor não podia nomear herdeiros. Havia um prazo certo para o pedido de aquisição da *bonorum possessio*. Um ano, para os pais e filhos do morto e 100 dias, para os demais herdeiros. Expirado o prazo, chamava-se a nova classe[19].

Entretanto, o *ius honorarium* não substituiu totalmente o *ius civile*, pois somente se aplicava a nova regra, nas seguintes situações:

> «*a)* Quando o chamado pelo pretor, que não é também herdeiro civil, não faz valer o seu direito contra o herdeiro civil; *b)* quando o pretor dá apenas uma *bonurum possessio sine re* a quem chamou, o qual tem de ceder perante o direito sucessório civil. *c)* Finalmente, o próprio pretor remete para o regime civil, chamando os herdeiros civil à *bonorum possessio* na classe *unde legitimi*»[20].

Nesse contexto, eram quatro classes de *bonorum possessores*, ocorrendo a delação de forma sucessiva, ou seja, se uma das classes fosse contemplada, as outras já não tinham mais possibilidade de herdar[21].

---

[15] J. C. Moreira Alves, *cit.*, p. 744.

[16] Gaio, *Inst.,* 3-14; J. Iglesias, *cit.*, p. 346; M. Kaser, *cit.*, p. 306.

[17] Gaio, *Inst.,* 3,19-24; R. Panero Gutiérrez, *Derecho romano*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 765-766.

[18] Gaio, *Inst.,* 3,32; A. S. Justo, *cit.*, p. 621.

[19] D. 38,9,1,8, Ulpiano; M. Kaser, *cit.,* p. 306.

[20] M. Kaser, *cit.,* p. 306.

[21] Gaio, *Inst.,* 3,32; D. 37,1,3,3, Ulpiano.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

Os primeiros a serem convocados pelo pretor eram os da classe *unde liberi*, que incluía os *heres sui*, os filhos emancipados *sui iuris* e seus descendentes, além dos póstumos e dos filhos dados em adoção pelo *de cujus* e depois emancipados[22].

Em seguida, a classe dos *unde legitimi*, que eram os herdeiros do *ius civile*. Como os *heres sui* já haviam sido invocados, podiam herdar os *adganatis* próximos e os gentiles. Sendo ambas as categorias ausentes, era chamada a classe dos *unde cognati*, quando podiam herdar todos os parentes consanguíneos até o 6.º grau e, do sétimo grau, se tratasse dos filhos dos netos dos irmãos (sobrinho neto). Os mais próximos afastavam os mais remotos. Aos de igual grau, a herança era distribuída por cabeça[23].

Por fim, inexistindo herdeiros das categorias supracitadas, teria a posse dos bens o cônjuge supérstite que tivesse o *iustum matrimonium* com o falecido no momento da morte[24], porque este determinava a classe *unde vir et uxor*. E, nesse caso, ficou instituída a sucessão recíproca entre os cônjuges.

3. *Jus Novum - Senatusconsulta Tertulianum* e *Orphitianum*

No período imperial, continuou o vento reformista, no sentido de impor maior relevância ao parentesco consanguíneo. Foram as chamadas reformas do *ius novum,* decorrentes, especialmente, de dois *senatusconsulta*: O *Tertulianum*, da época de Adriano e o *Orphitianum*, da época de Marco Aurélio[25].

De acordo com o *senatusconsultum tertulianum*, a mãe sucede depois dos *heres sui*, do pai e dos irmãos consanguíneos; divide a herança com as irmãs consanguíneas, precedendo aos demais agnados. Para o *senatusconsultum Orphitianum,* os filhos têm o direito de suceder preferencialmente, em relação aos agnados[26].

São normas avançadas que incluíram mãe e filho como sucessores segundo o *ius civile*, ao invés de *bonorum possessores*[27].

4. *Imperatoris Iustiniani Novellae*

Outra reforma acerca da sucessão legítima em Roma foi a introduzida pelas Novelas 118 e 127, produzidas no império de Justiniano, nos anos

---

[22] R. Panero Gutiérrez, *cit.*, p. 766.
[23] D. 38,8,1,3-10, Ulpiano.
[24] E. Volterra, *cit*., p. 777.
[25] Adriano, foi imperador romano de 117 a 138; Marco Aurélio, de 161 até sua morte, em 180.
[26] M. Kaser, *cit.,* p. 308.
[27] R. Panero Gutiérrez, *cit.*, p. 769.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

543 e 548 d. C., respectivamente. Neste momento, impõe-se, definitivamente, o parentesco cognatício frente ao agnatício, de forma legítima, pois é a lei quem determina a ordem de chamamento, e de forma subsidiária, pois só ocorre na falta de testamento[28].

Assim sendo, prevalecem os laços sanguíneos, como pode ser atestado pela nova ordem de vocação hereditária.

Em primeiro lugar, eram chamados os descendentes[29]. Isto é, filhos, sejam legítimos, adotivos ou emancipados, que herdavam por cabeça. Aqui, nota-se uma evidente mudança ante os regimes anteriores, pois apesar de os descendentes se encontrarem submetidos a diferentes *patria potestas*, herdam em razão do vínculo cognatício. Netos tinham direito de representação na herança do pai morto antes do *de cujus* e herdavam por estirpe.

Não sendo contemplada a classe dos descendentes por falta de herdeiro, eram chamados os ascendentes[30] e os irmãos germanos[31], que eram os nascidos do mesmo pai e mesma mãe do morto. Os mais próximos excluíam os mais remotos. Então, se vivos os pais, os avós não herdavam.

Na circunstância de não existirem irmãos para concorrer com os ascendentes, a sucessão se dava por linhas, sendo uma metade para a materna e outra para a paterna. Caso remanescesse apenas um dos pais, este herdava todo o patrimônio sozinho.

Se ocorresse a referida concorrência, todos herdariam por cabeça, sendo a herança dividida igualmente entre o ascendente mais próximo e os irmãos germanos.

Moreira Alves discorre sobre os casos em que restam apenas os irmãos germanos e seus filhos ou então somente os sobrinhos do *de cujus*. Na primeira situação, ocorre divisão *per capita* ou *per stirpes*. Na segunda, revela que os textos não contemplaram essa possibilidade, não se sabendo, com certeza, se a sucessão se daria por cabeça ou por estirpe[32].

Nesse contexto, Max Kaser parece trazer a solução, indicando que os filhos dos irmãos, se sozinhos, herdarão por estirpe, em razão da prevalência da opinião de Azo sobre a de Acúrcio, durante a Idade Média[33].

A categoria seguinte é a dos irmãos unilaterais[34] (os apenas paternos eram chamados de consanguíneos e os maternos, de uterinos)[35] que herdavam por cabeça. Caso houvesse concorrência com filhos, estes herdariam por estirpe.

---

[28] *Ibid.*, p. 770.
[29] Novela 118,1.
[30] Novela 118,2.
[31] Novela 118,3.
[32] J. C. Moreira Alves, *cit.*, p. 750.
[33] M. Kaser, *cit.*, p. 310.
[34] Novela, 118,3.
[35] A. Tabosa, *cit.*, p. 332.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

A última categoria prevista nas Novelas é a dos colaterais[36]. Aqui, os mais próximos afastavam os mais remotos, mas, se houvesse mais de um colateral do mesmo grau, a herança seria dividida por cabeça entre todos desse nível de parentesco.

Na mesma ordem de vocação exposta na Novela 118, Edoardo Volterra inclui o cônjuge supérstite como herdeiro, justificando a sua posição pelas disposições em favor do cônjuge pobre, previstas nas Novelas 53,6 e 117,5[37].

De todas as fontes romanas acima examinadas, constatou-se que não havia previsão de direitos sucessórios para as relações concubinárias, que eram comuns em Roma, já que as justas núpcias, advindas do *jus civile*, só podiam ser realizadas entre os cidadãos romanos. Logo, o concubinato não se confundia com matrimônio. Era a união estável entre homem e determinadas mulheres, sem *affectio maritalis*[38]. Em época clássica não teve disciplina jurídica. Porém, em época pós clássica, passou a ser a união estável do homem com mulher de qualquer condição, exigindo-se, para tal, os requisitos do casamento. Alguns autores afirmam que são desta época, as iniciativas normativas sobre expectativa hereditária dos filhos naturais, decorrentes destas relações e da possibilidade de a concubina herdar 1/24 do patrimônio do varão com quem vivia[39].

III. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

No direito brasileiro, a ordem de vocação hereditária assemelha-se, em muitos aspectos, à sistemática das Novelas de Justiniano, do Direito Romano. Ela defere-se na forma dos arts. 1.829 a 1.844 do CC pátrio.

Segundo o art. 1829, a ordem de chamamento dos herdeiros se dá nesta sequência: 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.

Cada categoria será tratada pormenorizadamente.

A sucessão dos descendentes é deferida por cabeça, tendo os filhos do *de cujus* preferência sobre os demais descendentes, em razão da proximidade do parentesco. Sendo os filhos, netos e bisnetos a «continuidade da

---

[36] Novela 118,3,1.

[37] E. Volterra, *cit.*, pp. 779-780.

[38] J. Iglesias, *cit.*, pp. 228-229.

[39] A. Tabosa, *cit.*, p. 186. *Vid.* também: A. V. Azevedo, *Do concubinato ao casamento de fato*, 2.ª ed., Belém, CEJUP, 1987, p. 116.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

pessoa natural no tempo»[40], é normal que o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária seja daqueles que descendem, diretamente, do morto.

No que concerne os outros descendentes, por exemplo, os filhos de pré-mortos e de indignos, a sucessão se dá por estirpe, recebendo os herdeiros um quinhão que equivale a cabeça do pré-morto/indigno, o qual será dividido entre os sucessores destes, que o representarão (art. 1.855)[41].

Ainda no âmbito da sucessão dos descendentes e ascendentes, a concorrência foi considerada umas das grandes novidades trazidas pelo Código Civil de 2002. Ela consiste na inclusão do cônjuge na primeira e na segunda classes de preferência, concorrendo com os descendentes e ascendentes na sucessão do falecido (art. 1.829).

No regime do Código atual, a concorrência se dá da seguinte forma: o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, se não for casado no regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, ou, se casado no regime legal, o falecido não tenha deixado bens particulares (art. 1.829.I).

Portanto, só haverá concorrência com os descendentes se o morto tiver sido casado no regime de comunhão parcial de bens e tenha deixado bens particulares ou se tiver contraído matrimônio no regime da separação convencional (absoluta). Se for casado no regime da separação obrigatória ou no regime da comunhão total de bens, o cônjuge nada herdará. Quanto à participação final nos aquestos, o Código é omisso. Na prática, aplica-se, por analogia, a regra relativa a comunhão parcial de bens.

A sucessão dos ascendentes se dá por linhas, que é quando são chamados à sucessão parentes do mesmo grau, mas de linhas diferentes. Caso haja descendentes de graus diferentes, somente o mais próximo herda, sem haver a separação em linhas (art. 1.836, § 1.º). Existem dois tipos de linhas, a materna e a paterna. Se restarem só ascendentes a herdar, 50% da herança vai para cada linha. Contudo, se houver apenas um ascendente vivo no grau mais próximo, a herança lhe será dada inteiramente, pois na sucessão em linhas, o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Quando o cônjuge concorre com ascendentes, é irrelevante o regime de bens. A sucessão, nesse contexto, se dá na forma do art. 1.837 do CC/2002[42]. Se concorrer com o pai e mãe do falecido, caberá 1/3 da herança para cada um, inclusive o cônjuge. Se concorrer apenas com o pai ou a mãe, ao cônjuge e ao ascendente caberá 1/2 da herança.

Mas, se concorrer com outros ascendentes de grau mais distante, sempre caberá ao cônjuge 1/2 da herança, sendo a outra parte dividida

---

[40] P. NADER, *Curso de Direito Civil: direito das sucessões,* 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 162.

[41] Art. 1.604. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem, ou não, no mesmo grau.

[42] Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

em linha para os ascendentes. A regra é a mesma se os ascendentes que existirem forem de grau mais distante. A divisão por linha só opera uma única vez. O cônjuge ficará com 50% da herança, cada avô materno ficará com 12,5% e ao avô paterno 25% da herança, pois havendo igualdade em graus e diversidade em linhas a herança partir-se-á entre as duas linhas pelo meio.

Historicamente, a sucessão do cônjuge já passou por diversas configurações, no Brasil. Antes do Código Beviláqua (Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916), o cônjuge ocupava o quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, que eram chamados até o 10º grau, donde se conclui que era quase impossível que o cônjuge vivo efetivamente herdasse. Com a lei Feliciano Pena (Lei 1.839 de 1907), o cônjuge sobrevivente foi elevado ao terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, precedendo os colaterais[43].

Pelo Código Civil de 1916, o cônjuge herdava na falta de descendentes e de ascendentes e, somente, se não estivesse legalmente separado do *de cujus* ao tempo da morte[44]. O desquite e a anulação do casamento também eram fatos que extinguiam o direito de herança do cônjuge[45].

Não havia qualquer tipo de concorrência. Portanto, o cônjuge sempre ocupou posição desprivilegiada na ordem de vocação hereditária em relação aos descendentes e ascendentes. O Código Civil de 2002 é pioneiro nesse aspecto. Os descendentes e os ascendentes perderam um pedaço de suas fracções hereditárias para o cônjuge e o companheiro, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[46].

O cônjuge, a partir de 2002, é considerado herdeiro legítimo e necessário. A meação, se devida, não faz parte do direito de herança, mas é proveniente do regime de casamento, acordado pelos nubentes. Logo, não é incluída nem na parcela da legítima nem da testamentária.

O art. 1.830[47], que extingue o direito sucessório do cônjuge que, ao tempo da morte do *de cujus*, estava separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos, salvo prova de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Analisando o dispositivo, temos, primeiramente, a separação judicial ou divórcio. Aqui, o cônjuge é excluído da sucessão porque cônjuges não são parentes entre si e rompida a sociedade ou o vínculo matrimonial, são

---

[43] C. M. da S. Pereira, *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 6, 19.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, pp. 117-118.

[44] Art. 1.611. A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

[45] C. Beviláqua, *Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1982, p. 153.

[46] C. Ch. de Farias e N. Rosenvald, *Curso de Direito Civil: Sucessões*, vol. 7, São Paulo, Atlas, 2015, p. 209.

[47] Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

inexistentes os motivos jurídicos que justificariam a chamada do cônjuge supérstite à sucessão.

Quanto à separação de fato há mais de 2 anos, o cônjuge só não será herdeiro se não conseguir provar que a separação não se deu por sua culpa. Evidenciam-se os problemas que poderiam ser gerados em se tratando de matéria probatória, já que o falecido não poderia mais se defender. Doutrinadores dizem que não há porque se discutir a culpa, pois independente desta, houve o rompimento da sociedade conjugal, que não tem mais efetividade. Logo, também desaparece a comunidade de esforços e interesses e, em consequência, o direito sucessório. É o que entende Rolf Madaleno, quando afirma que

> «importa o fato da separação e não a sua causa, pois a autoria culposa não refaz o vínculo e nem restaura a coabitação, mote exclusivo da hígida comunicação de bens. A prova judicial de o cônjuge sobrevivente haver sido inocentemente abandonado pelo autor da herança ou sair pesquisando qualquer causa subjetiva da separação fatual para caçar a culpa de uma decisão unilateral é, mais uma vez, andar na contramão do direito familista brasileiro, que desde a Lei do Divórcio de 1977 já havia vencido estes ranços culturais» [48].

Mas, há opinião divergente, como a de Regina Beatriz Tavares da Silva, que ao defender que a culpa deve ser decretada no divórcio e na separação, diz:

> «Infidelidades, agressões físicas ou morais, dissipação de bens, dentre outros graves descumprimentos de deveres conjugais não podem ficar sem consequências em nosso ordenamento jurídico, sendo relevante a manutenção, ao lado das demais espécies dissolutórias, da possibilidade de decretação da culpa na separação e, após a Emenda Constitucional n. 66/2010, também no divórcio, como demonstramos no livro "Separação e divórcio após a EC 66/2010"» [49].

São teorias completamente opostas que, no entanto, são utilizadas pela jurisprudência, indiferentemente [50].

---

[48] R. Madaleno, *O Novo Direito Sucessório Brasileiro*. Disponível em: *http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=42*. Acesso em: 25 fev. 2017.

[49] R. B. T. da Silva, *Culpa deve ser decretada no divórcio e na separação*. Disponível em: *http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/02/2013_02_01579_01595.pdf*. Acesso em: 29 março 2017

[50] DISCUSSÃO DE CULPA NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS Ocorrendo a morte de um dos cônjuges após dois anos da separação de fato do casal, é legalmente relevante, para fins sucessórios, a discussão da culpa do cônjuge sobrevivente pela ruptura da vida em comum, cabendo a ele o ônus de comprovar que a convivência do casal se tornara impossível sem a sua culpa.

Assim, em regra, o cônjuge separado há mais de dois anos não é herdeiro, salvo se ele (cônjuge sobrevivente) provar que não teve culpa pela separação.

STJ.4· Turma. REsp 1.513-252-SP, Rei. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 3111/2015 (lnfo 573), *http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160112-03.pdf*.

FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PERQUIRIÇÃO DA CULPA. ENTRADA EM VIGOR DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66. SUPRESSÃO DOS DISPOSITIVOS CONCERNENTES À SEPARAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO INÓCUA. PARTILHA. REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO EM SUB-ROGAÇÃO DE OUTRO ADQUIRIDO ANTES DO CASAMENTO. BEM PARTICULAR DA VIRAGO.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

Ao cônjuge também é deferido, independentemente do regime de bens, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Trata-se de direito personalíssimo e vitalício e que o beneficiário deve usufruir do bem como residência, não podendo aliená-lo[51].

Em se tratando da sucessão na união estável[52], primeiramente, é importante ressaltar que o convivente não é herdeiro necessário, estando ausente da ordem de vocação hereditária do art. 1.829. Assim, sua sucessão se dá de modo diferenciado e é regrada pelo art. 1.790[53], que, estranhamente, não está presente no título relativo a sucessão legítima, mas no que versa sobre a sucessão em geral.

Pelos ditames do art. 1.790, o companheiro só herdará em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (aquestos), ou seja, foi privado de herdar sobre os bens particulares (bens adquiridos anteriormente a relação, a qualquer título, ou durante, a título gratuito) do *de cujus*. Ressalta-se também que as regras do art. 1.790 se aplicam às uniões estáveis sob qualquer regime de bens, pois o próprio artigo se furtou de fazer qualquer tipo de restrição quanto a esse aspecto.

DÍVIDA CONTRAÍDA NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. I. Embora possua a testemunha parentesco, por afinidade, com as partes, deve ser comprovado o alegado interesse na causa para o deferimento de contradita, uma vez que, nas ações de estado, admite-se o depoimento de parentes das partes, por ser difícil a comprovação, por outros meios, dos fatos ocorridos no âmbito familiar. Agravo retido desprovido. II. Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66/2010, que revogou os dispositivos concernentes à separação judicial, mostra-se inócua a discussão acerca da culpa pela separação do casal. III. Conquanto se admita a comunicabilidade dos bens adquiridos após o casamento celebrado pelo regime da separação legal de bens, nos termos da Súmula 377 do STF, esta não abrange os bens que cada cônjuge possuía ao casar, bem como os sub-rogados em lugar destes. IV. Não há litigância de má-fé quando a parte lança mão de via processual legalmente prevista, em que observados os princípios do contraditório e ampla defesa. (Fernando Botelho - Apelação Cível 1.0480.08.112169-5/001 - Julgado em 05/05/2011 - Publicado em 03/08/2011, *https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120492475/agravo-de-instrumento-cv-ai-10707110253705001-mg/inteiro-teor-120492525*.

[51] W. de B. Monteiro e A. C. de B. M. F. Pinto, *Curso de direito civil: direito das sucessões*, vol. 6, 38.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 113.

[52] A Constituição Brasileira, no art. 226, § 3.º dispõe que «para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento». Em palestra proferida no VI Congreso Internacional y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, realizado em Huelva, Espanha, de 30 a 31.01.2003, Agerson Tabosa mostrou as semelhanças e diferenças entre o concubinato romano e a união estável brasileira. *Vid.* A. T. Pinto, *A União Estável Brasileira e suas Raízes Romanística*. *Revista Jurídica da UNI7* [S.l.], vol. 4, pp. 65-79, abr. 2007. ISSN 2447-9055.

Disponível em: *http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/201*. Acesso em 03 abril 17.

[53] Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I. Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho.

II. Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.

III. Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

IV. Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

Além de herdar somente os aquestos, o companheiro sobrevivente o fará sob as seguintes condições:

I. Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho.

Desse modo, o companheiro equivale (em relação aos aquestos), como mais uma cabeça na divisão da herança. Por exemplo, se forem 3 filhos e mais o companheiro, cada um receberá 25% dos aquestos, sendo os bens particulares do de cujus divididos apenas entre os filhos.

II. Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe -á a metade do que couber a cada um daqueles.

No caso dos filhos não comuns, cada um restará com o dobro da cota que couber ao companheiro. Por exemplo, se forem 2 filhos não comuns concorrendo com a companheira, cada um receberá 40% dos aquestos, enquanto ela restará apenas com 20%. Novamente, os bens particulares não entram nessa divisão, sendo destinados exclusivamente aos filhos.

No que tange à concorrência com filiação híbrida (companheiro concorrendo concomitantemente com filhos comuns e filhos exclusivos), Caio Mário entende que o companheiro herda tal qual os filhos, assemelhando-se aos ditames do art. 1.729.I[54]. Alguns discordam[55] afirmando que o companheiro herda quota equivalente à metade do que cada filho receberia individualmente, assim como no art. 1.729.II.

III. Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

Em relação aos demais parentes (descendentes que não sejam filhos, ascendentes e colaterais até o quarto grau), o companheiro fará jus a 1/3 dos aquestos, enquanto os 2/3 restantes serão divididos de acordo com a ordem de vocação hereditária. Os bens particulares também ficam com os demais parentes.

IV. Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O companheiro pode concorrer com os filhos comuns, com os descendentes só do autor da herança e com outros parentes sucessíveis, na forma do art. 1.790.

Quanto a concorrência com a Fazenda Pública, há divergência doutrinária. Alguns entendem[56] que o companheiro, na situação em que não há mais nenhum parente sucessível vivo do *de cujus*, tem direito à integralidade dos bens, inclusive os particulares, do morto, o que excepciona o caput do 1790, que restringe a herança do companheiro apenas aos

---

[54] C. M. da S. Pereira, *cit.*, p. 142.

[55] F. Tartuce e J. F. Simão, *Direito Civil: Direito das Sucessões,* 6.ª ed. rev. e atual, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2013, vol. 6, *online*.

[56] *Ibid*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

aquestos. O pensamento, com o qual concordamos, assim se sintetiza: já que a Fazenda Pública somente herda quando o *de cujus* não deixa nenhum herdeiro, como poderia herdar os bens particulares, se há herdeiro vivo (o companheiro)?

Na contramão, vem Francisco Cahali e Giselda Hironaka[57] afirmando que a Fazenda Pública tem direito a recolher os bens particulares, já que a herança em relação a eles seria vacante. Ao companheiro, então, restariam somente os bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável.

Caso a União Estável não esteja registrada, o companheiro supérstite deverá provar sua qualidade de companheiro para poder ter direito a sucessão, e poderá fazer isso por quaisquer meios hábeis de prova, dentro do próprio inventário. O procedimento, entretanto, deverá ser levado as vias ordinárias, se for necessária dilação probatória extensa para constatar a existência e duração da união estável.

É salutar mencionar, ainda, que o companheiro sobrevivente tem direito real de habitação (um legado *ex lege*, conforme mencionado anteriormente) sobre o imóvel residencial destinado a morada da família, de acordo com entendimento tanto do STJ (REsp 821.600/DF, rel. Min. Sidnei Beneti) quanto do enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil, que assim relata: «O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6.º, caput, da CF/88».

Continuando, no quarto lugar da ordem de vocação hereditária estão os colaterais até o 4.º grau. Quando os colaterais herdam, continua, ainda de forma mais veemente, a regra de que os mais próximos excluem os mais remotos (art. 1.840), com exceção do direito de representação dos filhos dos irmãos (sobrinhos). Ou seja, se vivo o irmão, os sobrinhos e os tios não herdam. Entretanto, se vivos sobrinhos e tios, aqueles herdam, por clara previsão legal (art. 1.843). Se todos os colaterais de segundo e terceiro grau estiverem mortos, herdam os primos.

O direito de representação dos filhos dos irmãos (art. 1.840)[58] é uma forma de aproximar, por ficção, os parentes mais afastados[59]. Exemplificando, esse artigo se aplica quando o *de cujus* tem como herdeiros apenas irmãos, porém algum deles é pré-morto e tem filhos. Estes, então, herdarão por estirpe.

Em relação à concorrência entre irmãos, há, primeiramente, de se verificar, se são bilaterais (germanos, que vem da mesma mãe e do mesmo

---

[57] F. J. Cahali e G. M. F. N. Hironaka, *Direito das Sucessões*, 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

[58] Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

[59] C. M. da S. Pereira, *cit.*, p. 157.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

pai) ou unilaterais —meio irmãos—, que são irmãos ou pelo lado da mãe ou pelo lado do pai, somente. Na forma do art. 1.841, os irmãos unilaterais herdam metade do que os bilaterais herdarem. Isso ocorre porque estes são irmãos «duas vezes», sendo o vinculo parental duplicado e, por isso, o irmão bilateral recebe o dobro[60]. Se não houver irmãos bilaterais, os unilaterais herdam igualmente entre si (art. 1.842)[61].

Finalmente, na falta de irmãos, herdam seus filhos. Se estes também não existirem, herdam os tios (art. 1.843, caput)[62]. Restando só sobrinhos, herdarão por cabeça e não por estirpe, já que toda a classe anterior é prémorta, não havendo o que representar. Herda-se por cabeça e por direito próprio. Se tais sobrinhos forem filhos tanto de irmãos unilaterais quanto bilaterais, os filhos dos bilaterais, em consonância com o art. 1.841[63], herdam o dobro do que os unilaterais receberão. Se só restarem sobrinhos, filhos de irmãos unilaterais ou só de bilaterais, a divisão é por igual.

É essencial notar que, como os colaterais não são herdeiros necessários, se o morto não tiver nenhum parente com preferência na ordem de vocação hereditária do art. 1.829, ele poderá dispor de toda a sua herança em testamento, porque os colaterais não têm obrigatoriamente reserva legal da herança legítima. Portanto, colaterais só herdam caso os descendentes, ascendentes e cônjuge estejam mortos e, ainda, o morto não tenha disponibilizado todo o seu patrimônio em testamento.

IV. ANÁLISE CRÍTICA

Expostos os regramentos da sucessão legítima no Direito Romano e no Código Civil Brasileiro, passa-se à comparação crítica entre as duas sistemáticas.

Inicialmente, constata-se que o direito brasileiro teve nítida inspiração no direito romano das Novelas de Justiniano, no que se refere à ordem de vocação hereditária. O chamamento inicial dos descendentes é comum a ambas, exatamente porque estes são a extensão sanguínea de seus progenitores, havendo prevalência desse parentesco.

No Brasil, porém, existe o instituto da concorrência. Assim sendo, concorrem com os descendentes o cônjuge, 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.

---

[60] Z. Veloso, Art. 1.841. *In* R. B. Tavares da Silva (coord.), *Código Civil Comentado*, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 2075.

[61] Art. 1.842. Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais.

[62] Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

[63] Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

Em seguida, os ascendentes, que estão em segundo lugar na ordem de vocação no direito brasileiro, mas no direito romano concorrem também com os irmãos germanos. Temos, então, a primeira diferença entre os regramentos, pois no CCB, os irmãos, junto dos demais colaterais, nem são herdeiros necessários nem concorrem com os ascendentes, sendo convocados para herdar em quarto lugar, na condição de colaterais.

No que concerne aos ascendentes, é comum nos sistemas estudados, a adoção da sucessão por linhas, a qual é considerada justa, porque busca contemplar tanto a família materna quanto a paterna, de forma igualitária.

A partir da terceira posição na ordem de convocação dos herdeiros começam a surgir as diferenças mais evidentes entre o direito romano justinianeu e o direito civil brasileiro atual. No primeiro, após os ascendentes e irmãos germanos, eram os irmãos unilaterais quem eram convocados; no Brasil, é o cônjuge que é chamado para herdar, neste caso.

Como mencionado, a sucessão do cônjuge foi objeto de significativa evolução desde o Direito Romano até os dias atuais. Naquele tempo, a participação do consorte supérstite na ordem de vocação hereditária se deu de forma prioritária quando o parentesco por agnação era o utilizado para definir a ordem de distribuição da herança.

Após tal período, a presença do cônjuge na ordem de vocação hereditária foi se tornando cada vez mais incipiente, chegando ao momento em que houve sua completa exclusão (período das Novelas).

Por sua vez, no direito brasileiro corrente, o cônjuge não só é categoria prevista na ordem de vocação hereditária, como também, a depender do regime de bens adotado no casamento, concorrerá com os descendentes, em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária. Assim sendo, concorrem com os descendentes o cônjuge, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

A última categoria de herdeiros tanto no direito romano quanto no direito brasileiro abrange os colaterais. Contudo, enquanto em Roma persistiu dúvida quanto ao grau limite de sucessão (6.º ou 7.º grau)[64], no Brasil resta bem definido que o grau limítrofe para herdar é o 4.º (primos, sobrinhos-netos e tios-avós). Inexistindo parentes em tais graus, a herança resta jacente e posteriormente pode ser declarada vacante, ocasião em que será deferida à Fazenda Pública municipal ou ao Distrito Federal.

[64] E. Volterra, *cit.*, p. 779.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, enquanto é possível vislumbrar uma evidente inspiração do legislador brasileiro no direito romano das Novelas de Justiniano, vê-se também que houve sensível evolução deste, com relação àquele, em certos aspectos, como na sucessão do cônjuge e na dos colaterais.

No que tange o direito à sucessão dos descendentes e ascendentes, o ordenamento brasileiro praticamente copia o romano, com ambas as categorias ocupando as mesmas colocações na ordem de vocação hereditária. As diferenças pontuais são a ausência da concorrência com o cônjuge e a presença dos irmãos bilaterais no segundo nível, junto dos ascendentes.

Com relação ao consorte, houve uma benevolência bem maior do legislador brasileiro, com a previsão da concorrência com os descendentes e também da concessão do terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

No que tange aos colaterais, a situação é diversa, pois o regramento brasileiro é, de fato, mais prejudicial, pois diminui o grau de parentesco passível de receber a herança até o quarto, enquanto em Roma, era possível que um parente de sexto ou de sétimo grau herdasse.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0787