

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A PRESUNÇÃO DE COMORIÊNCIA

Um trabalho de resistência contra o simplismo epistemológico

CRITICAL CONSIDERATIONS REGARDING THE PRESUMPTION OF SIMULTANEOUS DEATH

An academic work of resistance against epistemic oversimplifications

HENRIQUE RABELO QUIRINO¹

Resumo: A presunção da comoriência é um instituto jurídico bastante antigo, que remonta a períodos históricos diversos, sendo que, em diversos tempos e ordenamentos, foi utilizado como meio para se solucionar grandes embaraços jurídicos, garantindo a segurança jurídica e a estabilização de expectativas sociais. Este breve artigo tem por objetivo principal analisar, a partir de perspectivas sérias e contra-hegemônicas, o instituto jurídico da presunção de comoriência, inclusive comparando-o com outros, de finalidade similar, instituídos em ordenamentos de diferentes lugares e épocas. Pretende-se, além disso, analisar, mais a fundo, o instituto no contexto do Código Civil de 2002, desafiando as clássicas e supersimplificadas interpretações normalmente encontradas nos manuais de Direito Civil. Nesse sentido, será buscada uma análise crítica do tratamento que comumente se dá a este instituto em certas partes da doutrina e na prática jurídica, inclusive em provas de alguns certames públicos.

Palavras-chave: Comoriência, Presunção, Epistemologia.

Abstract: The presumption of simultaneous death is an ancient legal institute, which can be traced back to diverse historical periods; it has been used, in multiple juridical systems, to solve hard legal and procedural problems, and to ensure legal certainty and the stability of social expectations. This short essay is endowed with the main purpose of analysing, through serious and counterstream perspectives, the institute of presumption of simultaneous death, also comparing it to other institutes with similar purposes, made official in legal systems of different times and places. The article also defies the oversimplified explanations commonly found in the mainstream works of civil law, while turning its attention to the institute inside the context of the 2002 Brazilian Civil Code. By and large, it can be said that a more critical analysis of the presumption of simultaneous death will be chased in this work; and it also includes the treatment of the institute usually used by some public tender organizers.

Keywords: Presumption, Simultaneous, Death, Epistemology.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: hrquirino@outlook.com.

Introdução

O estudo das pessoas e da personalidade jurídica é, em geral, compreendido como uma das mais interessantes e complexas áreas de estudo do Direito Civil. Em geral, pensa-se assim em razão da complexidade de seus casos-limite. O estudo da personalidade e da capacidade jurídicas, normalmente, toma páginas e mais páginas de manuais de Direito Civil, além de dissertações de Mestrado e teses de Doutorado – e não apenas no Brasil, mas, também, no exterior.

A despeito de todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que perpassam o momento de aquisição da personalidade jurídica das pessoas naturais, com embates permanentes entre a interpretação literal dos natalistas, a interpretação sistemática dos concepcionistas e a interpretação apaziguadora dos defensores da personalidade condicional, o momento de extinção da personalidade jurídica não parece trazer maiores problemas.

Por determinação expressa da Lei 10.406/2002, em seu art. 6º, “a existência da pessoa natural termina com a morte”. Dessa forma, portanto, extingue-se, também, a personalidade jurídica da pessoa natural. A doutrina costuma distinguir duas espécies jurídicas da morte: real e presumida (ou ficta).

A morte real é aquela que se relaciona ao conceito biológico de morte, e que deve ser aferida e atestada por médico, através do atestado de óbito, ou, não havendo médico no lugar, confirmada por duas pessoas qualificadas que houverem presenciado a morte (art. 77 da Lei 6.015/73). A característica principal da morte real é a de ser, portanto, certa.

Já a morte presumida, muito embora não possa ser confirmada, é aceita pelo ordenamento jurídico como havendo ocorrido, tendo em vista, sobretudo, a alta probabilidade de ter-se desenrolado, em vista das circunstâncias fáticas. São dois os tipos de morte presumida: com declaração de ausência e sem declaração de ausência. Cada um desses tipos de morte presumida é determinado de acordo com o rito necessário à consideração definitiva do término da personalidade jurídica.

Já a presunção de comoriência é uma presunção legal, estatuída, no Direito Brasileiro, pelo art. 8º do Código Civil. Trata-se, a rigor, de uma ficção, mas que, como toda presunção, é plenamente capaz de produzir importantes e fundamentais efeitos jurídicos. Como ainda se verá, a presunção da comoriência não é um tipo de morte presumida, mas

uma presunção relacionada a um dos aspectos temporais da morte (simultaneidade), podendo incidir sobre mortes reais ou sobre mortes presumidas.

Vejamos o que dispõe o atual diploma material:

“Art. 8º - Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.”

A despeito de sua aparente simplicidade, a interpretação do dispositivo legal em comento sujeita numerosas questões controversas e, também, inúmeras conclusões precipitadas ou imprecisas. Por isso, o presente artigo tem por objetivo desmistificar o instituto, a partir de análises racionais, rigorosas e de caráter científico, em consonância com o que se espera de uma verdadeira Ciência do Direito.

Algumas análises epistêmicas e técnicas sobre este instituto hão de ser retomadas *a posteriori*. Antes, porém, para fins de contextualização, é importante analisar, de maneira sintética – e, por isso, incompleta – como alguns outros ordenamentos, historicamente, lidaram com situações semelhantes.

1. Uma breve retrospectiva histórica

No Direito Romano (remete-se aqui, em especial, ao *Corpus Iuris Civilis*), em caso de mortes na mesma situação, não se podendo averiguar quem havia precedido aos demais, a regra era a da presunção da premoriência, fundada em premissas com nível de racionalidade questionável. A primeira morte era atribuída à pessoa que ostentasse menor resistência: o ascendente, no caso de descendente púbere, ou o descendente, se esse fosse impúbere. Vale dizer que o ordenamento romano favorecia (em consonância com o modelo hierarquizado de sociedade vigente) as elites patrícias detentoras de escravos: se o ascendente fosse um ex-escravo liberto, aplicava-se a presunção da comoriência. Assim, o filho do ex-escravo não herdaria de seu genitor, e eventual patrimônio do *pater familias* liberto deveria ser herdado pelo seu ex-patrão.

Na mesma esteira, agora na França, com o Código Civil Napoleônico, a premoriência também era a regra geral. A codificação civilista estabelecia critérios de idade e, subsidiariamente, de gênero, para resolução dos problemas. Era determinado que, "havendo dúvida sobre o momento da morte dos indivíduos, presumia-se a premoriência

do mais idoso, ou, caso a diferença de idade entre eles não fosse superior a um ano, a premoriência da mulher" (BONSI JÚNIOR, 1966, p. 248). Essa disposição francesa foi revogada apenas em 2001, quando foi substituída pela presunção de comoriência, que passou a ser a regra geral, ainda que o texto legal não mencione explicitamente essa palavra.

Alguns países de *common law*, como Inglaterra, País de Gales e a Austrália, ainda utilizam a regra da premoriência, impondo que, não se podendo determinar a ordem das mortes, será considerado premoriente o mais idoso. Nesse sentido, como exemplo, pode-se citar a seção 184 da *Law Of Property Act 195*, editada pelo Parlamento Inglês:

Section 184. Presumption of survivorship in regard to claims to property.

In all cases where, after the commencement of this Act, two or more persons have died in circumstances rendering it uncertain which of them survived the other or others, such deaths shall (subject to any order of the court), for all purposes affecting the title to property, be presumed to have occurred in order of seniority, and accordingly the younger shall be deemed to have survived the elder.

Em livre tradução:

Seção 184. Presunção de sobrevivência em relação a demandas de propriedade.

Em todos os casos em que, após a vigência deste ato, duas ou mais pessoas tiverem morrido em circunstâncias que tragam incerteza sobre qual delas sobreviveu à outra ou às outras, essas mortes devem ser (sujeitando-se à decisão da corte), para todos os propósitos relacionados à titularidade da propriedade, presumidas como tendo ocorrido segundo a ordem de senioridade, e, nesse sentido, os mais novos devem ser tidos como tendo sobrevivido aos mais velhos. (Law Of Property Act 195, tradução nossa)

Entretanto, nestes países, é facultada às pessoas capazes a modulação de alguns efeitos jurídicos da presunção de premoriência, através de uma disposição testamentária específica denominada *survivorship clause*. Por exemplo, é possível que se disponha que, no caso de um herdeiro morrer antes de decorridos 28 dias da morte do *de cujus*, a morte desse herdeiro seja tida, para todos os fins patrimoniais, como ocorrida antes da morte do testador. Assim, modulam-se os efeitos da herança, condicionando-a à sobrevivência do herdeiro por um determinado período de tempo, contado a partir da morte do testador.

Uma das funções da *survivorship clause* é a de impedir que os herdeiros do herdeiro original recebam o patrimônio sem que este herdeiro original tenha aproveitado ou tirado algum razoável proveito dos bens. Embora extremamente interessante, o aprofundamento nesse assunto não está, de fato, dentre os objetivos desse texto, motivo pelo qual se sugere um estudo mais específico e íntimo.

Na atualidade, conforme já visto, a regra adotada no Brasil é a da presunção de comoriência, sempre que as mortes se derem nas condições focalizadas pela lei, desde que estejam cumpridos todos os requisitos normativos para que se opere a presunção.

A mesma solução (comoriência) foi adotada, pelo menos na idade contemporânea, por países como Alemanha, Portugal e Itália. O art. 68º do Código Civil Português, por exemplo, ao tratar do termo da personalidade jurídica da pessoa natural, enuncia a regra da comoriência no item “2” da redação legal:

ARTIGO 68º (Termo da personalidade)

1. A personalidade cessa com a morte.
2. Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo.
3. Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela. (g.n.)

Interessante notar que o ordenamento jurídico brasileiro (Código Civil Brasileiro, art. 8º), ao contrário do lusitano (Código Civil Português, art. 68º, item 2, *in limine*), não condicionou a ocorrência da presunção de comoriência à existência outro efeito jurídico concreto, diverso da própria existência da presunção. Entretanto, esse tema há de ser retomado mais à frente (item 2.5).

Entretanto, em todo trabalho que se pretenda acadêmico e científico, é necessário que se proceda de maneira ordenada, expondo as devidas razões e argumentos, sem atropelamentos.

Portanto, findas as considerações históricas, passar-se-á à análise mais criteriosa das funções, objetivos e natureza da presunção legal positivada no art. 8º do Código Civil Brasileiro.

2. Notas críticas sobre a presunção de comoriência: morte real ou presumida?

Conforme já mencionado, a presunção de comoriência não é um tipo de morte presumida. Na verdade, é uma presunção que incide sobre etapa posterior.

As mortes presumidas (ou presunções de morte) são criadas pelo ordenamento jurídico para fazerem presumir a morte da pessoa natural. A presunção de comoriência, por outro lado, presume que, *dadas as mortes de duas ou mais pessoas*, não se podendo averiguar qual delas precedeu às demais, considerar-se-ão mortas simultaneamente.

Daí dizer que é uma presunção que ocorre em momento posterior. Só é possível analisar a simultaneidade das mortes se essas mortes tiverem ocorrido no mundo jurídico, seja por presunção, seja por constatação real. E, por se tratar de presunção que incide em momento posterior, parece correto dizer que a presunção de comoriência pode operar tanto quando as mortes dadas forem reais, quanto quando forem presumidas.

Nesse sentido, suponha que, no caso de um grande desastre humano e ambiental, duas pessoas que estavam no local da tragédia tenham sido dadas por desaparecidas e, após findas todas as buscas, não foram encontradas.

Aplica-se, *in casu*, a morte presumida sem decretação de ausência, prevista no art. 7º, inciso I, da codificação material: “Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida. (*omissis*)”.

Portanto, considerando que, no caso imaginário apresentado, havia grande perigo de vida e a morte das duas pessoas é extremamente provável, pode-se presumir que estão mortas. E a morte presumida será enunciada através de procedimento judicial simplificado, sem necessidade de decretação de ausência.

Como estão mortas, e não foi possível averiguar qual delas premorreu, não há óbice para a incidência plena do art. 8º do Código Civil (presunção de comoriência). Assim, as duas pessoas, que estavam no local da tragédia e foram consideradas mortas (por presunção), também devem ser, por presunção, consideradas simultaneamente mortas.

Em conclusão, pode-se dizer que a presunção de comoriência, quando satisfeitos os requisitos legais, incidirá sobre a situação de morte de duas ou mais pessoas, não importando se se cuidam de mortes reais ou presumidas.

3. Notas críticas sobre a presunção de comoriência: da necessidade de incerteza científica

É claro e evidente que as presunções – sejam de comoriência, sejam de premoriência – surgiram para conferir maior segurança jurídica, estabilizar as expectativas sociais e garantir a celeridade na garantia do direito. Isso porque, desde suas concepções iniciais, a finalidade das presunções relativas ao fim da pessoa natural era a de solucionar questões probatórias, evitando discussões judiciais muito longas e incertas, que

prejudicassem a garantia dos direitos, em especial os hereditários (inclusive as aquisições *causa mortis*). Nas palavras de BONSI (1966, p. 246):

O "momentum mortis" e, por vêzes, de problemática fixação, tendo mesmo Polaco, ao tratar dêsse tema, sido levado à comparação do falecimento da pessoa com os números fracionais, "que se não podem exprimir com algarismos precisos, mas somente, com aproximações." (g.n.)

Dessa forma, como a finalidade precípua da presunção era a de ser um meio de solucionar questão aparentemente “sem resposta” (a premoriência de uma ou outra pessoa), para que possa operar a presunção da comoriência é necessário que não haja meios seguros, eficazes e científicos capazes de comprovar a morte anterior de uma pessoa em relação às outras.

Dessa forma, consoante autorizada doutrina e redação explícita do dispositivo legal, *para que opere a presunção de comoriência, deve haver insegurança científica sobre qual das pessoas primeiro veio a falecer, caso em que a presunção legal (que é, digamos, subsidiária) é chamada a agir.*

Vale ressaltar, também, que provas sem um nível adequado de segurança e tecnicidade são desconsideradas para a definição do momento das mortes, não sendo suficientes para afastar a presunção da comoriência. A jurisprudência pátria parece apontar nesse sentido. E é forçoso reconhecer a pertinência de tal colocação. Afinal, ao contrário do que antes ocorria na Idade Média, quando o “proto-direito” se fundamentava no *telos* (como descrito por Tomás de Aquino), desde a Idade Moderna o Direito busca sua legitimação fundamental pela razão. E, em especial, pela razão científica, que deve permear toda e qualquer operação jurídica, como fundamento de sua própria existência.

Assim, apesar de tratar-se de presunção iuris tantum, ou seja, vencível por prova em contrário, pode-se dizer que trata-se de presunção forte. Apenas a prova científica e racional poderá ser utilizada contra a presunção.

Nesse sentido, depoimentos e testemunhos de pessoas leigas ou de agentes policiais sem conhecimento técnico não são suficientemente críveis, se, junto deles, não houver prova científica que possa embasar as afirmações. O professor Flávio TARTUCE (2016, p. 148) ensina que "essa presunção [a da comoriência] é relativa, podendo ser afastada por laudo médico ou outra prova efetiva e precisa do momento da morte real, conclusão reiteradamente seguida pela jurisprudência".

Corroborando com a tese geral, TARTUCE (2016, p. 148) menciona, a título de exemplo, a Apelação Cível 9179145-82.2008.8.26.0000, do TJSP, julgada pela 25ª Câmara

de Direito Privado, em 20/06/2012, e relatada pelo Des. Hugo Crepaldi, da qual transcrevem-se ementa e trechos importantes:

APELAÇÃO AÇÃO DE COBRANÇA SEGURO DE VIDA NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO DA “CLÁUSULA DE CÔNJUGE”.

Pacto acessório que determina o pagamento ao cônjuge de indenização no caso de falecimento prévio do segurado Recusa no pagamento diante da comoriência. A presunção relativa que resulta da comoriência (artigo 8º do Código Civil) pode ser afastada mediante comprovação idônea e segura do momento exato da morte de cada um dos cônjuges. Testemunho ofertado em sede de Inquérito Policial, por pessoa sem conhecimentos técnicos, sobre o momento da morte de cada um dos genitores dos autores não pode ser levado em conta para, por si só, afastar a presunção de morte ocorrida no mesmo instante. Inviável, neste momento, o julgamento da lide, porquanto os autores requereram em inicial a instrução probatória, sendo que o julgamento antecipado resultaria em cerceamento de defesa e evidente “error in procedendo” Recurso provido Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos à Instância ordinária. (g.n.)

Afastar a presunção prevista no art. 8º do Código Civil com fundamento em mero depoimento de testemunha, sem conhecimento técnico, que afirmou, perante o Delegado de Polícia, ter conhecimento dos momentos das mortes, parece violar o preceito fundamental da racionalidade científico-jurídica. Portanto, a prova a ser produzida para afastar tal presunção deve ser segura e eficaz.

Ainda que não seja absolutamente científica, deve a prova ser racional, o que significa que deve estar blindada de dúvidas e de considerações emocionais. Como exemplo, pode-se mencionar um vídeo que demonstre, com obviedade, que uma das pessoas está certamente morta e, a outra, certamente viva. Entretanto, casos tais são bastante raros, uma vez que, usualmente, nessas situações, a prova científica consegue obter respostas conclusivas.

E, por óbvio, todo o conjunto probatório deve ser submetido ao convencimento racional do juiz, que é, em última análise, operador do Direito em nome e a rogo do Estado-científico.

4. Notas críticas sobre a presunção de comoriência: da natureza da presunção

Em continuação, é necessária uma análise da verdadeira natureza da presunção de comoriência, de forma a corrigir imprecisões técnicas muito comuns de se encontrar na prática jurídica (ou mesmo em alguns setores da doutrina). Como se sabe, a comoriência é uma presunção legal, pois está prevista expressamente em nossa codificação material civil,

sem necessidade de intervenção da vontade das partes (como poderia ocorrer com uma *survivorship clause*, conforme já comentado).

Entretanto, a que aspecto da morte essa presunção se dirige? É muito comum se afirmar que a comoriência é uma presunção relativa ao "tempo da morte" de duas pessoas, ou, com ainda maior imprecisão, que é relativa ao "tempo da morte simultânea" de duas pessoas. Contudo, esses apontamentos não são corretos; na verdade, são confusas e indevidas reduções, conforme há de ser sugerido a seguir.

A presunção de comoriência, na realidade, faz dialogar três aspectos relacionados à temporalidade: *situação*, *tempo* e *simultaneidade*.

4.1. Situação

A *situação* se refere ao caso que gerou a morte; está relacionada ao evento-contexto específico que causou o falecimento dos comorientes. Conforme o Código Civil, a morte na mesma situação (exemplos: um determinado acidente automobilístico; um determinado incêndio) é condição necessária para que se possa presumir a comoriência. Entretanto, na mesma linha de pensamento de BONSI (1966, p. 250-252), parece ser possível – e epistemologicamente racional – afastar, conforme as condições do caso concreto, a necessidade desse requisito.

A unicidade da ocasião geradora das mortes é requisito logicamente adequado à aplicação das presunções de comoriência. Afinal, para que se suponha, por exemplo, que a morte da pessoa mais velha precedeu à da mais nova, é logicamente importante que exista uma identidade de causas, de forma a se usar a idade como fator determinante. Por outro lado, no caso da presunção de comoriência, como a presunção é de que as pessoas morreram no mesmo instante, a unicidade da situação não se apresenta como requisito lógico à subsistência da presunção.

É perfeitamente lógico que, por exemplo, tendo marido e mulher falecido em países diferentes, mas, não se podendo averiguar, por meios científicos, qual dos dois foi premoriente, se presuma que morreram simultaneamente. Como não há critério ficto de precedência (baseado, por exemplo, na resistência física), não há necessidade de ser uma a causa das mortes. Nas palavras de BONSI (1966, p. 251), *ipsis litteris*:

É lógico que o direito francês limite a aplicação das presunções de premoriência à hipótese de mortes produzidas por uma causa única, porque somente assim é que se embasam logicamente aquelas suposições derivadas da maior ou menor resistência vital de uma pessoa. O mesmo não se dá quando a regra é de comoriência, porque aqui a unidade do evento carece de qualquer sentido para ser admitida como pressuposto de sua aplicação. (g.n.)

4.2. Tempo

O *tempo* é o momento em que as mortes ocorreram, e pode ser expresso por um valor numérico de horas, minutos e segundos. O tempo da morte é importante em muitas situações do Direito, mas, para o caso específico da presunção da comoriência, este não é substancialmente relevante.

4.3. Simultaneidade

Já a *simultaneidade* é a condição de coincidência entre os tempos das mortes de duas ou mais pessoas.

4.4. Do verdadeiro objeto da presunção da comoriência

Como não é difícil de perceber, pela análise literal do art. 8º da codificação material, *a presunção da comoriência se dirige à simultaneidade da morte de duas pessoas. Em outras palavras, a presunção da comoriência é a presunção da coincidência dos tempos das mortes de duas pessoas.* Ainda que as mortes tenham ocorrido em tempos diferentes, se não for possível averiguar a premoriência por meios científicos, presumir-se-á, por uma ficção jurídica, que os tempos são coincidentes, ou seja, que as mortes foram simultâneas.

E por que dizer que a presunção se dirige ao tempo da morte é inadequado? Ora, o instituto da comoriência não presume o tempo; o tempo é irrelevante. Ainda que as mortes tenham ocorrido em tempos diferentes (não importando quais sejam os valores numéricos destes tempos), a presunção é a da coincidência dos tempos, ou, melhor, da simultaneidade.

Para ilustrar tal questão, pode-se imaginar uma disposição legal fictícia como a seguinte: "encontradas uma ou mais pessoas mortas em uma mesma situação, e não se podendo averiguar com segurança o momento das mortes, presumir-se-ão mortas no

momento em que forem encontradas". Uma disposição como essa, ao contrário do que ocorre com a presunção do art. 8º do Código Civil, estabeleceria uma presunção do tempo da morte. *A comoriência não faz presumir um tempo; faz presumir a coincidência de tempos (simultaneidade), quaisquer que sejam esses tempos.*

Apesar de tais considerações parecerem, a princípio, óbvias, vários são os casos de confusões e impropriedades, cometidos tanto na *práxis* jurídica quanto em exposições em sala de aula e, por que não?, também em provas de concursos público e processos seletivos privados.

5. Notas críticas sobre a presunção de comoriência: do seu âmbito de incidência

Em último lugar, porém não menos polêmica, se encontra a definição do âmbito de incidência da presunção da comoriência. Uma parte considerável da doutrina e das bancas de concursos públicos parece considerar como condição necessária à presunção de comoriência que os comorientes “sejam reciprocamente herdeiros”, ou, ainda, que “tenham relação sucessória”. Alguns juristas, com certa prepotência, chegam a afirmar que a comoriência seria um "instituto de direito de sucessões perdido na parte geral do Código Civil", ou que o legislador teria "errado" quando confeccionou a codificação civil.

Conforme se procurará demonstrar, asserções como essas são indevidos reducionismos, que beiram o simplismo epistemológico, e que pouco têm em comum com a forma mais adequada de se abordar o estudo do Direito, enquanto verdadeira e legítima ciência jurídica.

Diante disso, é importante comentar dois aspectos fundamentais.

Em primeiro lugar, o texto do art. 8º do Código Civil menciona expressamente a palavra "indivíduos" para caracterizar os sujeitos-alvo da presunção de comoriência. Uma escolha linguística como essa, relativamente à norma jurídica, atua como limitadora das tentativas de redução do âmbito de incidência da norma.

Se o legislador quis abranger, com a presunção de comoriência, todas as situações em que dois ou mais indivíduos quaisquer morram na mesma situação, sem se poder, por meios seguros, atestar qual deles precedeu aos outros, não pode outra fonte do direito, presunçosamente, querer modificar a escolha linguística do legislador, incluindo a condição de "herdeiros recíprocos", não prevista nem desejada pelos representantes do povo.

Em segundo lugar, o legislador produtor da codificação material optou, para reforçar a abrangência ampla da presunção de comoriência, positivá-la na Parte Geral, no capítulo referente à personalidade e à capacidade, em detrimento de positivá-la nas seções referentes ao Direito das Sucessões. Dizer que o legislador “se enganou” é desconsiderar toda essa interpretação e reduzir, de maneira que parece beirar o simplismo, a abrangência desse instituto.

Ora, é fato que a presunção da comoriência tem especial utilidade em matéria sucessória, mais especificamente quando os comorientes são herdeiros entre si. Entretanto, conforme já comentado, o Direito – e também a ciência jurídica – precisa fundamentar-se em interpretações de ordem racional, evitando generalizações e reduções que prejudiquem a operação do direito e a efetivação da verdadeira vontade do ordenamento.

Nesse sentido, em consonância com o que foi apresentado, não se pode admitir a recorrente confusão entre a *existência*, a *utilidade* e a *efetiva utilização* de uma presunção mobilizada pelo Direito. Esses três aspectos são escalonados: existência primeiro, utilidade em segundo, e utilização em terceiro.

Existir significa suprir as condições necessárias e suficientes de sua existência. Dessa forma, pode-se dizer que há uma verdadeira relação de *determinação* entre o suprimento das condições e a existência de uma presunção. Estando presentes todas as condições determinadas pela lei (ou pelo contrato) para que se opere a presunção, ela existe.

Como exemplo disso, pode-se mencionar a presunção absoluta que decorre da efetivação do Registro Torrens, previsto nos arts. 277 a 288 da Lei 6.015/73. Tendo sido regular o procedimento, transitada em julgado a sentença que deferiu o pedido de inscrição e inscrita na Matrícula do imóvel rural o julgado em questão, passa a operar a presunção *iuris et de iure*, independentemente de tal presunção ser útil ou ter sido efetivamente utilizada para algum fim.

No mesmo sentido, pode-se mencionar a presunção relativa de paternidade que opera quando o suposto pai se recusa à submissão ao exame médico de investigação de paternidade, nos termos da Súmula 301 do Tribunal da Cidadania. Satisfeitos os requisitos exigidos pela lei, em especial os previstos nos arts. 231 e 232 do Código Civil, a presunção *iuris tantum* existe, independentemente se será útil ou se foi utilizada. Pode ser que opere a presunção, por exemplo, mas o autor do processo, desde que maior, desista da ação de investigação de paternidade; nesse caso, não há que se falar em inexistência da presunção,

tampouco em inutilidade, mas em não-utilização, uma verdadeira renúncia à utilidade no caso concreto.

A presunção relativa da paternidade, nesse caso, existe (os requisitos foram preenchidos) e tinha utilidade potencial no caso concreto, mas o autor deixou de utilizá-la.

Como já mencionado, pode-se falar que existe *utilidade* quando a presunção existente é capaz de produzir, ainda que em abstrato, efeitos no caso analisado. Utilidade, portanto, significa potencial de operacionalização. A presunção útil é aquela possível de ser efetivamente utilizada.

Por fim, a presunção *efetivamente utilizada* é a presunção existente e útil que, no caso concreto, foi utilizada em proveito de uma pessoa ou de uma situação jurídica. Não se pode considerar utilizada a presunção revertida em proveito do próprio ordenamento jurídico, pois o ordenamento se satisfaz por completo no momento em que, satisfeitos os requisitos, a presunção se torna existente. Portanto, sob pena de se tornar inócua a classificação, fala-se em efetiva utilização como sinônimo de operacionalização concreta visando à produção de efeitos jurídicos diversos da própria existência da presunção.

Um instituto pode existir em muitos cenários, mas ser útil apenas em alguns. Pode, ainda, ser efetivamente utilizado, nas práticas jurídicas, em todas as situações em que é útil. Ou pode acabar nunca sendo utilizado, mesmo existindo e sendo útil.

O que **não** se pode conceber, por questões puramente lógico-jurídicas, é a utilidade de um instituto inexistente (motivo lógico), ou, ainda, a utilização um instituto que não é útil (motivo jurídico). No primeiro caso, estaríamos diante de uma verdadeira aberração lógica. Afinal, o *ser* precede todas as faculdades. Já no segundo caso, estaríamos diante da invocação desordenada de um instituto jurídico, caso em que o juiz, como operador racional do ordenamento jurídico a rogo do Estado, teria o dever de desconsiderar o argumento. Afinal, a condição jurídica fundamental para que um instituto produza efeitos jurídicos é a de que tenha, em abstrato, o potencial de fazê-lo.

Assim, apesar de a comoriência ser habitualmente invocada em matéria sucessória (e ser muito útil e utilizada nesse sentido), sua existência não se limita por sua utilidade principal ou por seu uso mais comum na atualidade.

Para exemplificar, suponha que dois amigos, sem relação sucessória ou de parentesco, morram juntos em acidente automobilístico, não se podendo precisar qual deles morreu primeiro. Parte considerável da doutrina irá se pronunciar no sentido de que não

há de ocorrer presunção de comoriência, uma vez que não se tratam de sujeitos reciprocamente herdeiros. Tal manifestação mostra-se, como já visto, descabida e excessivamente reducionista, ao passo que confunde fatalmente existência, utilidade e utilização. O fato de a presunção de comoriência, nesse caso, ser inútil (suponhamos que o seja, no caso concreto) não a torna inexistente nem faz com que ela deixe de operar.

A presunção de comoriência ocorre nesse caso; **ela existe**. Afinal, estão cumpridos todos os requisitos de existência previstos pelo ordenamento brasileiro (em Portugal, com diferentes requisitos, ter-se-ia uma situação distinta). Para todos os fins, os dois amigos hão de ser considerados simultaneamente mortos. Se essa presunção é útil, ou se será efetivamente utilizada, gerando efeitos patrimoniais, é uma questão totalmente distinta.

Fato é que o legislador civilista decidiu, por meio do posicionamento do instituto no Código e por meio de suas escolhas léxicas, manter as possibilidades em aberto, fazendo com que o importante instituto da presunção de comoriência tenha abrangência ampla.

O operador do Direito, dentro da sua existência temporal e espacial limitadas, não consegue prever todas as situações de fato que, em qualquer tempo e espaço, podem requerer a aplicação de determinada norma. Por isso, deve se abster da tentativa de fazer reduzir o âmbito de incidência dela, sob pena de se prejudicar a concretização da vontade do ordenamento, em um verdadeiro simplismo epistemológico.

Alguns países, como Portugal, conforme já comentado, tiveram intenção distinta daquela do legislador brasileiro, e condicionaram expressamente a existência da presunção de comoriência à verificação de utilidade. Assim, a utilidade passou a ser requisito legal para que exista a presunção. E não há problema algum com isso. A ordem *existência-utilidade-utilização* se mantém, tendo-se, apenas, copiado a *utilidade* e utilizado-a como um dos requisitos intrínsecos da *existência*.

O problema epistêmico é gerado quando, havendo o ordenamento previsto existência mais ampla (como no Brasil), o operador do Direito, irresponsavelmente, pretende reduzir, de maneira arbitrária e desprovida de fundamentos, seu âmbito de incidência.

Em suas “Notas sobre a Comoriência”, o Professor Luiz BONSI Júnior (1966, p. 255-256) parece manifestar-se da mesma maneira, ainda que suas considerações sobre o tema sejam breves:

Costuma-se limitar a aplicação da regra de comoriência aos casos de sucessão legítima. Não há razão alguma para que se pense assim. Sempre que da prioridade da morte de uma pessoa em relação a outra dependa a produção de quaisquer efeitos jurídicos, haverá incidência do artigo 11. Assim, por exemplo, não só quando entre os falecidos existe uma relação hereditária, mas ainda no caso de se finarem o disponente e o legatário, o doador e o donatário, quando a doação é clausulada de reversibilidade -, na condição "se falecer sem prole" ("*si sine liberos decesserint*"), na cláusula de sobrevivência, etc.

Entretanto, com toda a vênia, mesmo o célebre autor parece ter se envolvido em alguma confusão, ao mencionar que “Sempre que da prioridade da morte de uma pessoa em relação a outra dependa a produção de quaisquer efeitos jurídicos, haverá incidência do artigo 11” (BONSI, 1966, p. 256).

Quando BONSI (1966, p. 256) condiciona a existência da presunção de comoriência à produção de efeitos jurídicos diversos da própria presunção, ele parece misturar existência e utilidade. E, nesse ponto, faz-se necessário discordar. Se estiverem satisfeitos os requisitos legais ou convencionais da existência de qualquer presunção, ela pode-se considerar existente, ainda que dela não decorra qualquer efeito jurídico diverso da própria existência da presunção. Como já mencionado, se essa presunção será útil para produzir efeitos (ou mesmo se será efetivamente utilizada) é questão diversa e posterior.

Entretanto, dá-se destaque aos exemplos de incidência útil da presunção de comoriência mencionados pelo autor (BONSI, 1966, p. 255-256), os quais, ainda que não sejam requisitos da existência da presunção, são hipóteses de utilidade frequentemente ignoradas, especialmente pelos autores que defendem o requisito implícito de “vocaçãõ hereditária recíproca”.

Dessa forma, parece ser mais correto concluir que sempre que duas ou mais pessoas naturais morrerem na mesma ocasião (muito embora haja alguns problemas com esse requisito), sem que se possa averiguar, por meios científicos, qual delas precedeu às demais, presumir-se-ão simultaneamente mortas.

Considerações conclusivas

Todo o estudo que se buscou conduzir neste breve trabalho acadêmico teve como principal objetivo desafiar as interpretações clássicas dadas ao instituto jurídico da presunção de comoriência. Além disso, buscou-se comparar as presunções de comoriência

às presunções de premoriência, analisando, ainda que de maneira breve, como se manifestavam e se manifestam os institutos em alguns ordenamentos-paradigma.

Considera-se ter havido relativo sucesso na mencionada missão. O presente trabalho parece ter revelado, com suficiente exposição argumentativa e rigor técnico, algumas inconsistências e inadequações sobre o tratamento dado à presunção de comoriência.

É possível dizer que é discutível a utilidade momentânea de algumas das considerações. Entretanto, em resposta, posso dizer que é de interesse geral, coletivo e multitemporal que sejam garantidas as melhores explicações para os fenômenos jurídicos, de forma a preservar a vontade do ordenamento jurídico e a pureza da Ciência do Direito Civil.

Com sorte, o presente trabalho encontrará seu lugar como novas e atualizadas notas sobre o mencionado instituto, central para o estudo do estatuto jurídico da pessoa natural.

Referências

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Direito e Justiça em São Tomás De Aquino*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=2ahUKEwjwI_YjbDiAhVWHLkGHaOQDAkQFjAEegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdusp%2Farticle%2Fdownload%2F67407%2F70017&usg=AOvVaw2cXebvBx367MafiyhBJmSI>. Acesso em: 30 maio 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2014.

BONSI JÚNIOR, Luiz. Notas Sobre a Comoriência. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 1, p. 247-257, jan./jul. 1966. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20648>>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HEWITT, Edward. The problem with survivorship clauses. *LawSkills: Reading legal minds*, 2017. Disponível em: < <https://www.lawskills.co.uk/articles/2017/03/problem-survivorship-clauses/>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. A presunção de comoriência à luz da Constituição Federal e do direito comparado. *JUS.com*. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51194/a-presuncao-de-comorienciaaluz-da-constituicao-federaledo-direi...>> Acesso em: 27 ago. 2018.

NOERNBERG, Lucas Voigt; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Tipificando a racionalidade jurídica. *JURIS*, Rio Grande, v. 27, n. 2, p. 189-201, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PARENTONI ADVOGADOS, Roberto. O Direito Romano. *JUSBRASIL*, 2012. Disponível em: <https://robertoparentoni.jusbrasil.com.br/artigos/121939941/o-direito-romano>. Acesso em: 30 maio 2019.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 47.344*, de 25 de Novembro de 1966. Código Civil Português, atualizado até à Lei 59/99, de 30/06.

REINO UNIDO. *Law of Property Act 1925*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20/section/184>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. Noções Gerais de Família no Direito Romano. *JUS.com*, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58063/nocoes-gerais-da-familia-no-direito-romano>>. Acesso em: 30 maio 2019.

SANTA CATARINA. TJSC, 1ª Câm. Cível. *Apelação Cível n. 0004045-22.2012.8.24.0054*, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, julg. 13 jul. 2017.

SÃO PAULO. TJSP. 25ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 9179145-82.2008.8.26.0000*, Rel. Des. Hugo Crepaldi, julg. 20/06/2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THE LODDERS BLOG. Survivorship Clauses - use with caution. *The Loddery Blog*, 2017. Disponível em: <https://www.loddery.co.uk/blog/survivorship-clauses-use-caution/>. Acesso em: 27/08/2018.