



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

RÁGILA PINTO DE CARVALHO

COMORIÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

FORTALEZA-CE
2012

RÁGILA PINTO DE CARVALHO

COMORIÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Sucessório

Orientador: Professor Doutor Francisco Régis Frota Araújo

FORTALEZA-CE
2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- C331c Carvalho, Rágila Pinto de.
Comoriência na sucessão hereditária / Rágila Pinto de Carvalho. – 2012.
47 f. : il. color., enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2012.
Área de Concentração: Direito Sucessório.
Orientação: Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo.
1. Herança e sucessão - Brasil. 2. Direito civil - Brasil. 3. Direito de família - Brasil. I. Araújo, Francisco Régis Frota (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

RÁGILA PINTO DE CARVALHO

COMORIÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Área de Concentração em Direito Sucessório.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Francisco Régis Frota Araújo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Mestranda Ana Karoline dos Santos Pinto
Universidade Federal do Ceará

Mestrando Tibério Carlos Soares Roberto Pinto
Universidade Federal do Ceará

AGRADECIMENTOS

A Deus, em sua plenitude.

Aos meus pais, Paulo e Socorro Carvalho; meus avós, Gerardo e Francisca Pinto; tia Vanda, tia Aparecida e meu irmão, Pablo Carvalho; pelo amor e apoio incondicionais.

Ao professor Régis Frota, pela honra de me ter aceitado como sua orientanda neste projeto.

Aos mestrandos Karoline Santos e Tibério Pinto, pela disponibilidade e consentimento em compor a banca avaliadora.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, seus professores, alunos e funcionários, pelos agradáveis anos de estudo em suas dependências e minha valiosa formação acadêmica, voltada para a construção de uma sociedade justa e solidária.

Aos meus colaboradores João Fernandes, Lays Girão, Giovanni Paparelli e Renan Espíndola, amigos a quem dedico grande apreço.

À Isabela Lombardi, por sua ternura, exemplo e incentivo constante.

Sou grata a todos que acreditaram e de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho aborda a comoriência na sucessão hereditária brasileira, analisando-a historicamente e dando atenção especial aos casos controversos. Constatou-se que a atribuição da intransmissibilidade de heranças como efeito inerente à comoriência gera, em algumas hipóteses, evidentes iniquidades. Destarte, fez-se mister reavaliá-la criticamente, demonstrando, através da análise de casos concretos, as injustiças que produz. Ademais, apresentou-se interpretação mais arrazoada, mediante a utilização de elementos da hermenêutica clássica, como o método literal, sistemático e teleológico. Nesse sentido, houve enfrentamento de questões atinentes ao início e fim da personalidade civil, momento das mortes (premoriência, pós-moriência e comoriência) e lógica da lei sucessória *causa mortis*. O método empregado foi o descritivo-analítico, o qual teve por base, além de referências bibliográficas de civilistas renomados, o uso de jurisprudência, para substanciar as afirmações e inferências necessárias ao longo de todo o trabalho. A título conclusivo, confirmou-se que a solução atual aplicada aos comorientes, construída pela doutrina e perfilhada por decisões judiciais mais pragmáticas que jurídicas, por vezes, afronta a justiça, valor essencial ao Direito. Assim, propôs-se uma nova interpretação para o instituto em pauta.

Palavras-chave: Comoriência; Sucessão Hereditária; Intransmissibilidade de heranças.

ABSTRACT

This monograph discusses about the hereditary succession by simultaneous death in Brazil, analyzing it historically and giving special attention to controversial cases. The attribution of the non-transferability of inheritance to simultaneous death generates, in some cases, obvious inequities. In this manner, it was needful to reevaluate it critically and present a more rational interpretation, by using elements of classical hermeneutics, as the literal method, systematic and teleological. In this sense, there was coping with issues related to the beginning and end of civil personality, time of death and logic of the law of succession by death. The method used is descriptive and analytical, which is based on references of renowned authors and the use of jurisprudence to substantiate the statements and inferences necessary throughout the work. It was concluded that, in some hypothesis, the current solution applied to simultaneous death, built by the doctrine and jurisprudence, is an affront to the principle of justice. Thus, we propose a new interpretation for the institute in question.

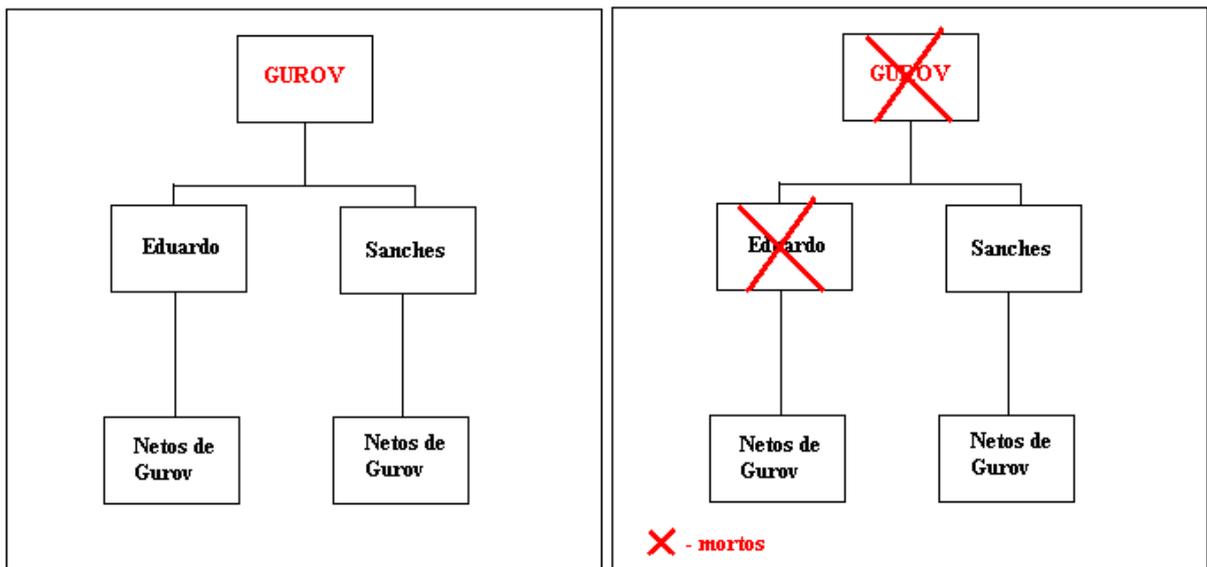
Keywords: Simultaneous death; Hereditary Succession; Non-transferability of inheritance

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. NOÇÕES DE DIREITO SUCESSÓRIO.....	13
2.1. Sucessão.....	13
2.2. Sucessão Hereditária.....	13
2.3. Abertura da Sucessão.....	14
2.4. Personalidade: Nascimento e Morte.....	14
2.5. Herança.....	16
2.6. Herdeiros Legais.....	17
2.7. Legítima.....	18
2.8. Sucessão Legítima.....	19
2.9. Contagem dos Graus de Parentesco.....	20
3. COMORIÊNCIA.....	22
3.1. Conceito.....	22
3.2. Histórico da Comoriência.....	22
4. COMORIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL.....	26
4.1. Código Civil de 2002.....	26
4.2. Incidência.....	26
4.3. Efeito jurídico da comoriência: intransmissibilidade.....	28
4.4. Importância da comoriência.....	30
5. CASUÍSTICA DA INTRANSMISSIBILIDADE DE HERANÇAS: INIQUIDADES.	38
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
7. REFERÊNCIAS.....	47

1. INTRODUÇÃO

Gurov é pai de Eduardo e Sanches. Eduardo possui filhos. Sanches também. Gurov e Eduardo morrem em um acidente aéreo, não se podendo comprovar qual das mortes precedeu à outra. Qual o rumo da herança de Gurov? Quem são seus herdeiros e o que herdam? Eduardo e Sanches herdarão de seu pai falecido? Os filhos de Eduardo herdarão do avô Gurov?



Quando duas ou mais pessoas sucessíveis entre si morrem na mesma ocasião (não necessariamente no mesmo fato ou lugar), sem que se possa comprovar, pelos meios legalmente aceitos, a ordem das mortes, o que acontece com a herança dessas pessoas?

Situações de indeterminação da cronologia das mortes são comuns. Em acidentes aéreos, naufrágios e acidentes automobilísticos, por exemplo, não se pode, por vezes, precisar o momento exato dos óbitos.

Com vistas a solucionar tais casos, o Código Civil Brasileiro de 2002 traz uma presunção legal de comoriência (simultaneidade dos óbitos): “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.”.

Portanto, comoriência é a presunção legal de defunção conjunta.

A doutrina e jurisprudência dominantes, consoante se mostrará ao longo do trabalho, ao interpretarem sistematicamente o supracitado dispositivo civil, atribuem-lhe, como inerente, a intransmissibilidade de heranças, ou seja, tratam os comorientes (os mortos simultâneos) como se jamais tivessem existido um em relação ao outro; assim, não herdam entre si.

A sucessividade das defunções (premoriência ou pós-moriência) tem por efeito a transmissibilidade de heranças. Os mortos sucessivos herdam entre si.

É surpreendente a diferença de destino da herança em razão da declaração de comoriência (mortes simultâneas) ou premoriência e pós-moriência (mortes sucessivas).

São espantosas as flagrantes injustiças que a aplicação da intransmissibilidade, oriunda do reconhecimento da comoriência, gera na sucessão hereditária, em algumas hipóteses.

O caso que introduziu o tema é uma hipótese de comoriência. Ser-lhe-á aplicado o efeito da intransmissibilidade de heranças. Assim, Eduardo nada herda de Gurov, pois os comorientes são tratados como se jamais tivessem existido um em relação ao outro, é como se Eduardo jamais tivesse sido filho de Gurov. O patrimônio de Gurov vai todo para Sanches (seu filho sobrevivente) e, após a morte deste, para sua descendência (filhos de Sanches). A descendência de Eduardo nada herdará do avô, em virtude da decretação da comoriência; herdando tão somente o patrimônio de Eduardo, que, na sua constituição, não tem nada da herança de Gurov.

Na situação abordada, essa tradicional e cristalizada interpretação da comoriência consagra a injustiça de beneficiar alguns netos em detrimento de outros, sem que haja motivo justo e legal para excluí-los da herança do avô.

Se fosse decretada a sucessividade dos óbitos (premoriência ou pós-moriência), ou se declarada a comoriência, mas, em nome da justiça, não fosse aplicada a intransmissibilidade patrimonial; outro seria o rumo da herança do avô Gurov, a qual beneficiaria todos os netos, por fim. Não aplicado o efeito da intransmissibilidade, Eduardo seria herdeiro de Gurov, juntamente com Sanches. Desse modo, os filhos do falecido Eduardo, no seu lugar, por direito de representação, herdariam do avô.

O presente estudo busca demonstrar, através de uma análise interpretativa, a equivocidade, em certos casos, da corrente interpretação da comoriência na sucessão hereditária. Para tanto, os seguintes caminhos serão trilhados:

- I. Na sondagem do espírito da lei sucessória, aclarar os critérios, a lógica e a intenção do legislador ao disciplinar a herança e os herdeiros;
- II. Demonstração da variedade de soluções e interpretações dos institutos da comoriência e premeriência, no direito comparado, ao longo da história;
- III. Exposição de casos concretos que tornam evidentes as injustiças geradas pela aplicação acrítica e generalizada da intransmissibilidade de herança entre os comorientes;
- IV. Por síntese, oferecer uma nova interpretação acerca da comoriência e seu efeito na sucessão *causa mortis*.

2. NOÇÕES DE DIREITO SUCESSÓRIO

Para a compreensão do tema em pauta, é indispensável ter, primeiramente, certas noções de Direito Sucessório.

2.1. Sucessão

Sucessão é a transmissão de relações jurídicas entre pessoas, conforme aduz Mauro Antonini:

Sucessão significa, em sentido amplo, a transmissão de uma relação jurídica de uma pessoa a outra. Pode ser de direitos e obrigações, ter conteúdo obrigacional ou real. Há relações jurídicas intransmissíveis, não sujeitas à sucessão, como ocorre, por exemplo, com os direitos da personalidade que, salvo nas exceções legais, são, em regra, intransmissíveis, por expressa previsão do art. 11. Em sentido estrito, sucessão se subdivide em *inter vivos* ou *causa mortis*. A *inter vivos* se opera, por exemplo, por meio de negócio jurídico, tal como na compra e venda (o comprador sucede o vendedor na propriedade da coisa adquirida), na sub-rogação, na cessão de crédito etc. A sucessão de que trata o presente livro do Código Civil é exclusivamente a *causa mortis*: a transmissão do patrimônio de uma pessoa por ocasião de sua morte. (PELUSO, 2010, p.1933).

No presente estudo, interessa apenas a sucessão *causa mortis*, disciplinada pelo Livro V do Código Civil de 2002.

Sucessão *causa mortis* é a sucessão ocasionada pelo evento morte. Nela, a transmissão de relações jurídicas se dá de uma pessoa morta a uma ou mais pessoas vivas.

2.2. Sucessão Hereditária

Sucessão hereditária é a sucessão de uma herança.

Orlando Gomes de forma mais completa e precisa informa:

A expressão sucessão hereditária emprega-se nos sentidos *objetivo* e *subjetivo*. No sentido *objetivo*, é sinônimo de herança, massa de bens e encargos, direitos e obrigações que compunham o patrimônio do defunto. No sentido *subjetivo*, equivale a direito de suceder, isto é, de recolher os bens da herança. (GOMES, 2008, p. 5).

2.3. Abertura da sucessão

A sucessão em foco é *causa mortis*. A morte é o fato que consuma a abertura da sucessão. Por a sucessão ser aberta com a morte, o momento exato dos óbitos é relevante, em razão do preceituado no art. 1.784 do Código Civil que assevera: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”.

Perfeita a abertura da sucessão ocasionada pela morte, a herança passa, de logo, aos herdeiros. O texto legal é claro ao nos informar sua ideia de em momento algum deixar a herança sem dono.

A transmissão imediata da herança aos herdeiros, a partir da morte do *de cuius* (autor da herança), tem importantes sanções jurídicas; pois pode haver substancial alteração no fado do patrimônio deixado, se declarada a premissão ou comoriência. Na premissão, há a transmissibilidade de patrimônio entre os falecidos; na comoriência, há a intransmissibilidade de patrimônio. O assunto será aprofundado, oportunamente.

2.4. Personalidade: Nascimento e Morte

De acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/02), a existência das pessoas naturais se inicia do nascimento com vida, resguardado os direitos do nascituro, e se finda com a morte:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Mas o que significa nascer com vida? Significa que a fase de nascituro chegou ao fim, o bebê não mais se encontra no útero da mãe, em sua total dependência existencial. A personalidade civil existe a partir do momento em que o bebê respira independentemente da mãe, considerando-se que possui vida autônoma. Há diferença entre um bebê nascer morto (natimorto) e ele nascer e, em seguida, morrer. O primeiro, jamais adquiriu personalidade; o segundo sim, pois nasceu com vida. Existem exames periciais para se averiguar se o bebê nasceu ou não com vida.

Ter personalidade civil significa ser capaz de direitos e deveres na ordem jurídica.

A partir de que momento o ser humano é considerado morto? A morte real é a cessação plena e irreversível das funções vitais, pela parada das funções cerebral, respiratória e circulatória. Determinar com precisão o momento da morte não é tarefa fácil, porque a cessação ocorre de modo sucessivo nas regiões vitais do organismo humano, não ocorre de uma vez só. Modernamente, considera-se o indivíduo morto a partir de sua morte cerebral. A tanatologia médico-forense tem declarado os óbitos, após constatar a morte encefálica.

Além da morte real, o Código Civil contempla casos em que será decretada a morte presumida e aberta a sucessão:

Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Art. 7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

A morte civil consistia na perda da personalidade civil do indivíduo ainda biologicamente vivo, em virtude de crime por ele cometido. Civilmente morto, o indivíduo biologicamente vivo não mais possuía direitos políticos e civis, podia ter sua sucessão aberta e seu cônjuge era considerado viúvo. Clóvis Bevilacqua nos instrui sobre a morte civil: “No direito romano, a *capitis minutio máxima* importava em aniquilamento da personalidade. O condenado à morte incorria, a princípio, nessa perda de personalidade, mas essa consequência da condenação à pena última desapareceu no direito imperial.” (BEVILAQUA, 2007, p.141). A tendência da modernidade jurídica foi no sentido de se afastar do instituto da morte civil. No Brasil, há resquícios da morte civil na legislação, apenas como uma forma de solucionar problemas de ordem lógica - como o artigo 1.816 do CC/02, que reputa os excluídos da herança por indignidade como se mortos fossem, fazendo com que sua descendência herde.

Sinteticamente, a personalidade civil abrange o período entre o nascimento com vida (existência de vida pós-parto) e a morte (morte real ou morte presumida).

O momento do nascimento e da morte das pessoas naturais é fundamental no Direito Sucessório, pois a abertura da sucessão e a transmissão da herança se dão exatamente quando da morte do *de cuius*. O tempo do nascimento é importante, porque a lei prevê

diferente situação jurídica para o bebê nascido com vida e para o natimorto. Por exemplo, suponha-se um caso em que um homem morre deixando uma mulher grávida. A herança em foco é a do homem. Se o bebê nasce com vida, por um segundo que seja, tem personalidade civil e figura como herdeiro - já que a herança se transmite, de pleno direito, quando do falecimento do *de cuius*. Nesta hipótese, falecido o bebê, a mãe lhe sucederá nos seus bens, os quais são oriundos da herança de seu pai falecido. Se o bebê nasce morto (natimorto), ele não herdará os bens do pai - pois jamais adquiriu personalidade civil e, assim, nunca figurou como herdeiro. Se ele não foi herdeiro, sua mãe não lhe sucederá nos bens do falecido progenitor.

2.5. Herança

Falar de sucessão *causa mortis* é tratar da herança deixada pelo falecido. Mas o que é herança?

Herança é o patrimônio total deixado por um defunto.

O patrimônio da herança compõe-se de ativo e passivo (dívidas), porém os herdeiros só se responsabilizam pelas dívidas vindas da herança na medida dela, consoante o art. 1792 do CCB/2002 que dispõe: “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”.

Nem todo patrimônio deixado pelo falecido é considerado herança. É o caso, por exemplo, do seguro de vida ou de acidentes pessoais que, por força da lei, não é considerado herança, segundo o disposto no art. 794 do CCB/2002: “No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”. Em virtude disso, o seguro constitui uma ótima forma de se deixar patrimônio, pois não recaem sobre o valor recebido pelo segurado as suas dívidas; bem como, por não ser considerado herança, não se submete ao passivo que dela faz parte.

A herança pode se constituir de duas partes. Uma sujeita à livre disposição do falecido, mediante testamento válido. Outra indisponível, denominada legítima. Na sequência, o tema será examinado.

2.6. Herdeiros legais

De acordo Orlando Gomes, herdeiro legal ou legítimo é:

[...] é a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança.

Contrapõe-se-lhe o herdeiro testamentário, que é o sucessor a título universal nomeado em testamento.

Na classificação dos herdeiros legítimos, distinguem-se os necessários, também designados legitimários “reservatários”, dos facultativos. (GOMES, 2008, p. 40).

A combinação dos arts. 1829, 1790 e 1839 do CCB/2002 informa a lista dos herdeiros legais:

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

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

II - aos **ascendentes**, em concorrência com o cônjuge;

III - ao **cônjuge** sobrevivente;

IV - aos **colaterais**.

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os **colaterais até o quarto grau**.

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.

Portanto, descendentes, ascendentes, cônjuge herdeiro (que é aquele cujo regime de casamento permita figurar como herdeiro) ou companheiro e colaterais até o quarto grau são herdeiros legais.

Há herdeiros legais obrigatórios e facultativos.

Os herdeiros legais obrigatórios são os herdeiros necessários, para os quais a lei reserva patrimônio (a legítima). São herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e cônjuge herdeiro ou companheiro, consoante os arts. 1845 e 1790 do Código Civil.

Os parentes colaterais até quarto grau são herdeiros legais facultativos, pois, de acordo com o art. 1850 do Código Civil, “para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

2.7. Legítima

A herança tem duas partes: a disponível e a indisponível.

A indisponível é chamada legítima e sobre ela o autor da herança não pode dispor:

Art. 1789 Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Art. 1846 Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 1847 Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação. (CCB/2002).

A legítima, portanto, constitui uma reserva legal obrigatória de patrimônio, destinada a certos herdeiros, em razão da sua situação pessoal em relação ao falecido. Como herdeiros da legítima figuram tão somente os herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e o cônjuge herdeiro ou companheiro). Assim, percebe-se a intenção do legislador de proteger a entidade familiar, avaliada segundo proximidade de parentesco e casamento ou união estável.

A parte disponível da herança pode ser regrada mediante testamento válido. O *de cujus*, por ato de última vontade, pode decidir o rumo do patrimônio disponível. Não havendo herdeiro necessário, não há legítima e toda a herança do falecido pode ser por ele disposta. Havendo, subtraída a legítima, o restante será parte disponível.

Tanto o herdeiro necessário quanto o facultativo são herdeiros legais. Todavia, o herdeiro necessário goza de regalia que o facultativo não goza: a reserva de bens (legítima). A existência de herdeiros necessários invalida disposição testamentária do *de cujus* que ultrapasse os limites da parte disponível da herança; entretanto, a existência de herdeiros facultativos de forma alguma invalida disposições testamentárias sobre parte ou totalidade da herança.

2.8. Sucessão Legítima

Sucessão legal, legítima ou *ab intestato* “[...] deriva imediatamente da lei, ao contrário da sucessão testamentária que resulta, consoante permissão legal, de uma disposição de última vontade, denominada *testamento*.” (GOMES, 2008, p. 40).

Consoante art. 1788 do Código Civil, há sucessão legítima quando: a) tem o autor da herança herdeiros necessários; b) o testamento não dispôs sobre todos os bens que poderia dispor validamente (testamento parcial); c) o testamento caducou ou foi declarado inválido.

Existem quatro classes sucessórias: classe dos descendentes (1ª classe); classe dos ascendentes (2ª classe); classe do cônjuge herdeiro ou companheiro (3ª classe); classe dos colaterais (4ª classe).

A ordem de chamamento das classes sucessórias é bem explicada por Orlando Gomes: “[...] Uma classe sucessível só é chamada quando faltam herdeiros na classe precedente; [...] na mesma classe, os parentes mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação” (GOMES, 2006, p. 42).

Na sucessão legítima, os primeiros chamados a suceder são os descendentes em concorrência com cônjuge herdeiro ou companheiro. Inexistindo descendência, os ascendentes em concorrência com o cônjuge herdeiro ou companheiro são chamados. Não havendo descendência nem ascendência, tão somente o cônjuge herdeiro ou o companheiro é chamado a suceder. Não havendo herdeiros necessários, os colaterais é que sucedem na herança. Inexistindo herdeiros legais e testamento válido, a herança caberá ao Estado. O Estado foi excluído do art. 1829 do CCB/2002, por não receber a herança na condição de herdeiro.

A ordem de vocação hereditária se dá não somente pela preferência entre classes de herdeiros, mas também, dentro de cada classe, pela preferência entre graus de parentesco. Dentro da classe dos parentes, há graus de parentesco. Os graus de parentesco influenciam na ordem da vocação hereditária, o grau mais próximo exclui os mais remotos em cada classe - de tal sorte que, por exemplo, filho vem antes do neto, pai antes do avô, irmão precede o sobrinho (GOMES, 2008, p. 42) -, salvo o direito de representação (arts. 1.833; 1.836, § 1º e 1.840 do CCB/2002).

O direito de representação (arts. 1851 a 1856 do CCB/2002) é uma criação do legislador com o fito de possibilitar que, em uma mesma classe, parentes mais remotos concorram na herança junto aos herdeiros imediatos. Esses parentes mais remotos sucedem no lugar do parente imediato que representam. Na lei brasileira, os descendentes e, na classe dos colaterais, apenas os filhos de irmãos têm direito de representação.

Mauro Antonini a clara o direito de representação com exemplos:

Ressalve-se, somente, no caso dos descendentes, a possibilidade do direito de representação, tratado no art. 1851 e seguintes, em que descendentes de graus diversos poderão concorrer à herança. É o caso, por exemplo, do autor da herança que tinha três filhos, um que morreu antes dele. Os filhos desse herdeiro pré-morto, netos do *de cujus*, herdaram a parte que caberia na herança ao pai deles, como se vivo fosse (art. 1851). A herança, nesse exemplo, é dividida em três partes, duas cabendo aos filhos que sobreviveram e a terceira aos netos, filhos do herdeiro pré-morto (PELUSO, 2010, p.2001).

Na sucessão dos colaterais, em regra, não há direito de representação, salvo na única hipótese, contemplada no art. 1840, em favor dos sobrinhos. Por conseguinte, se o autor da herança tinha três irmãos, um deles pré-morto, que por sua vez tinha dois filhos, sobrinhos do *de cujus*, a herança será dividida em três partes iguais, duas delas que ficarão para os irmãos sobreviventes, que herdaram por cabeça, e a terceira a ser repartida entre os sobrinhos, que herdaram por estirpe, por direito de representação, recebendo a parte que caberia ao pai deles se vivo estivesse. (PELUSO, 2010, p. 2004).

Analisada a ordem de vocação hereditária legal (arts. 1829 a 1844 e 1790 do CCB/2002), extrai-se que o critério adotado pela lei foi o da proximidade dos laços familiares (GOMES, 2008, p. 40). Nas discussões que serão trazidas adiante é importante a lembrança dessa opção legislativa, pois não é intenção do legislador, sem legítima causa, excluir da herança herdeiros necessários.

2.9. Contagem dos Graus de Parentesco

Parentes em linha reta são os ascendentes e descendentes, segundo o art. 1591 do CCB/2002.

Quem são parentes colaterais? O art. 1592 do CCB/2002 afirma: “São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.” Em outras palavras, colaterais são aqueles que possuem um ancestral comum; porém não são descendentes, nem ascendentes entre si. São exemplos de colaterais: irmãos, tios, sobrinhos, primos-irmãos, tios-avós e sobrinhos netos.

A lei sucessória só considera os colaterais até o quarto grau (art. 1.839 do CCB/2002). Os irmãos são colaterais de segundo grau; sobrinho é colateral de terceiro grau; no quarto grau, temos os tios-avós, os primos-irmãos e os sobrinhos-netos.

Para fazer a contagem dos graus na linha colateral, é preciso primeiro encontrar um ancestral comum entre os parentes cujo grau se pretende saber. O Código Civil determina que, na linha colateral, sejam contados os graus pelo número de gerações, é dizer, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. (art. 1.594 do CCB/2002). Sendo assim, não existe, pois, colateral de primeiro grau. Uma dica para não errar a contagem é subir ao máximo (até o ancestral comum), para depois descer, na árvore da família.

Irmãos são parentes colaterais em 2.º grau. Temos que partir de um irmão até chegar ao outro, na árvore genealógica. Por exemplo, Aliócha e Dimitri são irmãos, seu pai é Fiódor. Um grau separa o irmão Aliócha de seu pai Fiódor (ancestral comum), e outro grau separa o pai Fiódor do irmão Dimitri. Assim, são contados dois graus.

Sobrinho é parente colateral em terceiro grau de seu tio. Temos que partir do sobrinho e chegar ao tio, na árvore familiar. Entre o sobrinho e seu pai há um grau; entre seu pai e seu avô outro grau e, por fim, entre o avô (ancestral comum) e o tio há mais um grau. Repetimos aqui a dica de subir ao máximo, para depois descer, na contagem de graus na árvore da família, de modo a não cometer erros. São três graus que separam o tio do sobrinho, portanto.

Os colaterais de quarto grau são: os tios-avós (o irmão do meu avô é meu tio-avô), os primos-irmãos (os filhos do irmão de meu pai são meus primos) e os sobrinhos-netos (sobrinhos em relação aos netos). Entre primos-irmãos, há um grau do primo um para o pai, outro do pai para o avô (ancestral comum), outro do avô para o tio, outro do tio para o primo dois.

3. COMORIÊNCIA

3.1. Conceito

Comoriência é a concomitância, de fato ou presumida, da morte de pessoas.

Há situações - desastres aéreos, naufrágios, acidentes automobilísticos, etc. - em que, por vezes, não é possível se comprovar a precedência de uma morte em relação à outra. Para os casos em que haja importância jurídica em se saber os momentos das mortes, as legislações, de longa data, disciplinam o tempo das mortes.

3.2. Histórico da Comoriência

3.2.1. Legislação Romana

Segundo Orlando Gomes (GOMES, 1999, p. 53.): “O estudo histórico do Direito Civil inicia-se no Direito Romano, quando mais não fosse porque continua a ser o substrato do Direito Privado dos nossos dias. Dele se diz que foi a razão escrita”. Assim, o estudo histórico da comoriência, voltado para as influências sobre o Direito do Brasil, passa pelo Direito Romano.

Em Roma, o sistema jurídico afirmava que não comprovada a premoriência, seria declarada a comoriência. Entretanto, dada as enormes dificuldades em se comprovar a premoriência, o legislador romano abrandou a presunção de comoriência, ao trazer diversas presunções de premoriência, cuja incidência, inicialmente, limitava-se aos casos que envolvessem ascendentes e descendentes mortos, no mesmo infortúnio. Outros laços de parentesco não eram contemplados pelas presunções de premoriência, aplicando-se a comoriência.

Falecidos ascendente e descendente, no mesmo evento; caso o descendente fosse púbere, considerava-se pós-morto, pois o púbere era tido por fisicamente mais resistente; se fosse impúbere, presumia-se pré-morto. (BEVILAQUA, 2007, p. 145; BONSAI JR., 1966, p.247).

Morrendo, na mesma situação, pai liberto e seu descendente, aplicava-se a comoriência, para resguardar os interesses patronais. O patrão era legitimado a suceder na herança do seu liberto, quando este falecesse sem deixar descendência. Decretada a comoriência e aplicada a intransmissibilidade de heranças entre pai liberto e seu descendente, este não figuraria como herdeiro de seu ascendente imediato (pai liberto); e, não havendo nenhum outro descendente, restaria apenas o patrão como herdeiro. (BONSAI JR., 1966, p.247).

A interpretação romana acerca desses episódios de óbito foi evoluindo. Se, no começo, era exigida a unidade fática (é dizer, que as defunções houvessem ocorrido no mesmo evento e lugar), para aplicar as presunções de comoriência e premoriência; bem verdade é que, em seguida, o entendimento se alargou. Não mais se exigia unidade de acontecimento, requeria-se tão somente a indeterminação do momento dos óbitos. Ademais, há defesa da incidência das presunções de premoriência mesmo em relações que não fossem de parentesco (BONSAI JR., 1966, p.247 e 248).

3.2.2. Legislação Francesa

O Código Civil da França, originalmente, tratou o tema através de presunções de premoriência, conforme se depreende da leitura de seus dispositivos:

Artigo 720: - Se várias pessoas, respectivamente chamadas à sucessão uma da outra, perecerem em um mesmo acontecimento, sem que se possa reconhecer qual morreu em primeiro lugar, será a presunção da sobrevivência estabelecida pelas circunstâncias de fato e, na falta delas, em consequência da idade e do sexo.

Artigo 721: - Se aqueles que pereceram juntos tiverem menos de quinze anos, presumir-se-á que o mais velho tenha sobrevivido. Se uns tiverem menos de quinze anos e os outros mais de sessenta, presumir-se-á que os primeiros tenham

sobrevivido. Se todos tiverem mais de sessenta anos, presumir-se-á que o mais moço tenha sobrevivido.

Artigo 722: - Se aqueles que pereceram juntos tiverem quinze anos completos e menos de sessenta, presumir-se-á sempre que tenha o homem sobrevivido à mulher, quando as idades forem iguais ou quando a diferença que existe não passar de um ano. Se eram do mesmo sexo deverá ser admitida a presunção de sobrevivência que dá abertura à sucessão na ordem da natureza assim o mais moço presume-se ter sobrevivido ao mais velho. (BONSAI JR, 1966, p. 248-249)

3.2.3. Legislações Modernas

As legislações modernas afastaram-se das sistemáticas de presunções romanas e francesas. Optaram por simplesmente presumir a comoriência, nas situações de premoriência incomprovada.

Dentre essas legislações, há a italiana, alemã, austríaca, espanhola, chilena, colombiana, portuguesa, argentina, holandesa e americana (BEVILAQUA, 2007, p.145).

Na Itália, por exemplo, assim dispõe o art. 4º, do Primeiro Livro, do Código Civil: “Art.4: Commorienza. Quando um effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale diesse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento”.

A opção por presumir a comoriência e abandonar as presunções de premoriência fundamenta-se na simplicidade em se declarar a simultaneidade dos óbitos, bem como na falta de fundamento científico dos critérios adotadas nas presunções de premoriência, tidas como totalmente arbitrárias.

Apesar da moderna tendência das legislações em optar por presumir a comoriência nos referidos casos, há quem defenda as presunções de premoriência em razão da justiça de seus resultados.

3.2.4. Legislação Brasileira

Antes do primeiro Código Civil, o direito civil pátrio era regulado pelas Ordenações do Reino e por várias normas esparsas. A totalidade desses regramentos era insuficiente diante da realidade. Para suprir as lacunas legislativas, o aplicador do direito, por vezes, valia-se das fontes romanas. (BONSAI JR., 1966, p. 250).

Diante da ausência de normatização própria acerca das situações em que morriam várias pessoas na mesma ocasião, por um tempo, aplicou-se as normas do *Pandectas* (também chamadas de Digesto, o qual é uma reunião de trechos de obras jurídicas clássicas romanas e compõe o *Corpus juris civilis*). (BONSAI JR., 1966, p. 250; GOMES, 1999, p.54-55).

Superada a época de endeusamento do Direito Romano e chegada a fase de valorização das legislações européias, reputadas como exemplo de civilização, os silêncios legislativos passaram, em algumas situações, a ser solucionados por tais leis. Assim, no Brasil, o assunto da comoriência passou a ser regido pelo Digesto de Portugal, o qual conjugava as disposições romanas e as napoleônicas. (BONSAI JR., 1966, p. 250)

O primeiro Código Civil do Brasil (Código Civil de 1916), seguindo a tendência das leis modernas, optou pela presunção de concomitância das mortes, nos casos em que não houvesse a comprovação da premoriência. Leia-se o art. 11 do Código Civil de 1916: “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”.

4. COMORIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

4.1. Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 regulou o tema no seu art. 8º, repetindo na íntegra a disposição do legislador de 1916: “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.”.

4.2 Incidência

Quando será aplicada a presunção de comoriência?

Primeiramente, sua aplicação só tem cabimento e relevância, quando a determinação da ordem das mortes tem consequência jurídica:

Quando duas pessoas morrem em um determinado acidente, somente interessa saber qual delas morreu primeiro se uma for herdeira ou beneficiária da outra. Do contrário, inexistente qualquer interesse jurídico nessa pesquisa. (GONÇALVES, 2007, p. 18)

Às vezes, morrem no mesmo desastre diversas pessoas, e, como entre elas pode haver relações de direito, ou como, do fato da morte, pode resultar direito para uma delas, há interesse em saber, se alguma sobreviveu à outra. (BEVILAQUA, 2007, p. 144)

Em segundo lugar, é preciso que a premoriência não seja comprovada. Comprovada a premoriência, não cabe a incidência da regra de morte simultânea:

Na dúvida sobre quem tenha falecido primeiro, o Código presume o falecimento conjunto (...). Assim, enquanto a premoriência, isto é, a morte precedente, e a pós-

moriência, isto é, a morte subsequente, devem ser comprovadas, a comoriência é presumida. (BARROS, 2009, p. 63)

A premoriência pode ser comprovada de diversas formas: a) através da exibição das certidões dos óbitos, as quais especifiquem dia e hora das mortes; b) na ausência da certidão de óbito, por meio de perícia médico-legal, ou de testemunhas, etc. É fundamental apenas que a prova seja conclusiva:

Para efeitos de comoriência, não interessa que as mortes tenham se dado em locais diversos. A presunção legal de comoriência estabelecida quando houver dúvida sobre quem morreu primeiro só pode ser afastada ante a existência de prova inequívoca de premoriência. (NEGRÃO; GOUVÊA, 2008, p.47)

Não é requisito que as mortes decorram do mesmo fato. A regra alcança tanto as hipóteses em que os indivíduos faleceram em razão do mesmo fato (ex: mesmo acidente aéreo), quanto aquelas em que faleceram em lugares distintos e por acontecimentos independentes (ex: duas pessoas desaparecidas em data e hora desconhecidas, uma na guerra do Iraque, outra na selva amazônica brasileira), desde que atendidos os dois requisitos supracitados. Portanto, para a aplicação da regra de morte simultânea, importa a indeterminação do momento das mortes (critério temporal), não o lugar e o fato gerador da morte:

Parece não ter sentido a afirmação que comumente se faz de que a aplicação do artigo 11, do Código Civil Brasileiro (de 1916), está subordinada à unidade do acontecimento gerador da morte de duas ou mais pessoas. A aceitação desse entendimento não se justifica, principalmente porque inúmeras hipóteses podem surgir de ocorrência de duas ou mais mortes em lugares distintos e por causas independentes, sem que só por isso se altere a relevância jurídica da fixação da ordem em que se teriam verificado as defunções. (BONSAI JR., 1966, p.251)

Para os mais consagrados civilistas italianos a unidade do fato é irrelevante. Assim é que Ferrara acentua que os efeitos da premoriência ou da comoriência "non solo si ha quando piú persone siano perite nello stesso disastro, ma anche se abbiano trovato la morte in luoghi e circostanze diverse. Una persona e scomparsa in una spedizione polare, l'altra in un viaggio d'esplorazione nel centro dell'Africa, d'entrambi s'ignorano notizie e momento della morte". (BONSAI JR., 1966, p.253).

Assim é, também, a orientação doutrinária portuguesa, expressa na lição que Luiz da Cunha Gonçalves retirou da análise do artigo 1.738, do Código Civil português: "... não é essencial que duas ou mais pessoas morram no mesmo desastre; essa presunção será aplicável também se elas morreram em lugares e circunstâncias

diversos, por exemplo, se uma morrer em uma expedição polar, em dia e hora ignorados, e outra numa viagem de exploração ao centro da África, em idênticas condições; ou uma num acidente de avião e outra num naufrágio; ou se uma se afundou com o navio e outra foi tragada pelas ondas no bote em que saltara a fim de se salvar; e até quando, havendo registos de óbito, não consta destes a hora do falecimento, ou quando os registos não forem lavrados, embora as pessoas morressem de doença, não se podendo provar por testemunhas o dia e a hora da morte de cada uma". (BONSAI JR., 1966, p.253).

Para que configure a comoriência não é mister que as mortes tenham ocorrido no mesmo lugar. Washington de Barros Monteiro cita, a propósito, hipótese ventilada por Carvalho Santos, em que se aplica, por analogia, a regra do art. 8º: "dois indivíduos falecem na mesma ocasião, mas em lugares diferentes, por exemplo um na Europa e outro na América. Não há meio de verificar qual deles morreu primeiro. Resolve-se o impasse com a invocação do questionado dispositivo, se existe mútuo direito sucessório entre os falecidos. (GONÇALVES, 2007, p. 19).

4.3. Efeito jurídico da comoriência: intransmissibilidade

Conforme doutrina e jurisprudência dominantes, o principal efeito jurídico da comoriência é a intransmissibilidade de patrimônio jurídico entre os comorientes, é dizer, os patrimônios não se comunicam, não passam de um a outro, em virtude de as mortes serem consideradas concomitantes:

1. [...] para que haja sucessão é necessário que o herdeiro sobreviva ao hereditando. Há casos, no entanto, em que ambos falecem em condições que impossibilitem precisar qual deles morreu primeiro e se ocorreu ou não a sobrevivência do herdeiro. Essas hipóteses de morte simultânea recebem a denominação de comoriência, disciplinada no art. 8º do Código Civil. (GONÇALVES, 2007, p. 18).

O principal efeito da presunção de morte simultânea é que, não tendo havido tempo ou oportunidade para a transferência de bens entre os comorientes, um não herda do outro. (GONÇALVES, 2007, p. 18).

Não há, pois, transferência de bens e direitos entre os comorientes. (GONÇALVES, 2007, p. 19).

2. COMORIÊNCIA - Acidente de carro - Bebê de onze meses - Parada cardiorrespiratória - Existência de ligeira sensibilidade das pupilas ("foto reagentes" - Transporte para o hospital, sem que fosse atestado o óbito pelo corpo de bombeiros - Mãe e avó que faleceram no mesmo acidente - Presunção legal não afastada pelas provas - Recurso não provido. [...] A teor do disposto no art. 8º do CC, na dúvida, presume-se a comoriência, ficção jurídica que, no caso, implica a perda dos direitos sucessórios com relação aos avós. (TJSP. Apelação Cível nº: 192.759.4/5-00- SP. Apelante: Carlos Weber Ortega Sanches. Apelado: Rubens Figueiredo Conrado e

Outra. Relator: Joaquim Garcia. Comarca: São Paulo. Data do julgamento: 4/03/2009).

3. Imperioso apenas consignar que a ilegitimidade do apelante ao recebimento das verbas deixadas por Cleonice não só decorre da inexistência de sociedade conjugal à época do óbito, ocorrido aos 19/9/1998, como também pela ausência de sua qualidade de herdeiro de Cleonice bem como do filho Leonardo, já que, ante a ausência de provas acerca da ordem cronológica do óbito de mãe e filho, presume-se que ocorreram simultaneamente, configurando o fenômeno da comoriência, não havendo direito sucessório entre eles. (TJSP. 1 - Apelação com Revisão 4488454800. Relator(a): José Carlos Ferreira Alves. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 30/01/2008 *apud* MAIER, 2008, p. 48).

4. [...] conforme Francisco Cahali: Não se podendo identificar a ordem cronológica exata, serão considerados simultaneamente mortos, tratando-se um comoriente em relação ao outro como se jamais tivesse existido. Ou, como escreve Itabaiana de Oliveira: Nenhum direito, fundado na precedência da morte, pode ser transferido de uma para outra pessoa, sendo, então, chamado à sucessão aquele que tem de herdar, na falta dos que falecerem no desastre comum. (CAHALI, 2003, p.49 *apud* MAIER, 2008, p.51).

5. Tal discussão ainda tem fôlego em matéria de seguro de vida [observe-se que seguro de vida não é herança, cf. art. 794 do CCB/2002], pois o beneficiário indicado, para recebimento do valor da apólice, precisa estar vivo ao tempo do sinistro. Se sobreviver ao segurado, ao menos um rápido instante, seus herdeiros receberão a quantia, caso contrário, verificando-se a comoriência, o beneficiário considera-se não existente no momento do sinistro, privando seus sucessores do benefício. Neste sentido já julgou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Seguro de vida. Ação de cobrança promovida por herdeiros, a quem foi reconhecido, em 1º grau, direito a apenas parte do prêmio, em razão do falecimento simultâneo da beneficiária do seguro, amasia do segurado, destinando-se a outra parte aos possíveis herdeiros desta. Provimento de apelação interposta, para decretar a procedência integral do pedido, considerado o disposto no artigo 1174 do Código Civil. (DP) (TJRJ. 1994.001.03257 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa. DES. THIAGO RIBAS FILHO - Julgamento: 22/11/1994 - SEGUNDA CAMARA CIVEL *apud* MAIER, 2008, p. 51-52)

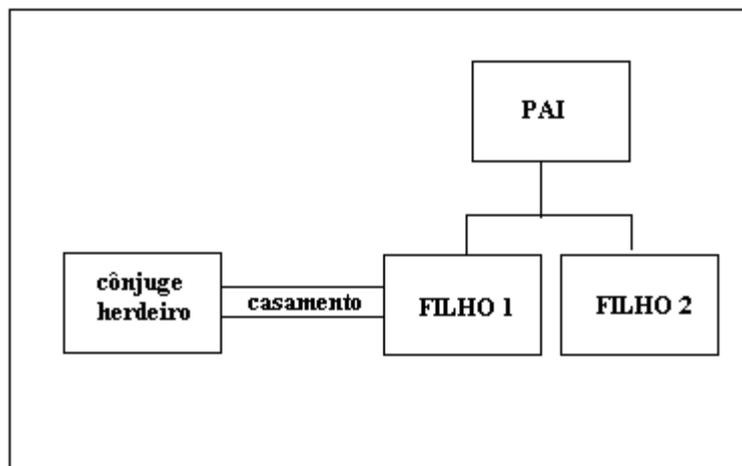
6. Idêntico tratamento ocorre com o destino de pecúlio na previdência privada, onde temos o seguinte julgado acerca da matéria: Falecimento de marido e mulher no mesmo desastre. CC, 11. Se o marido e mulher falecem ao mesmo tempo, não haverá transmissão de direitos entre eles. É que os direitos a serem transmitidos não encontrariam sujeito para os receber. Assim, o pecúlio previdenciário do marido é desde logo atribuído a seus dependentes ou ascendentes, sem contemplação aos da esposa, porque ela não sobreviveu a ele. (TJRJ. 1989.001.00877 – Apelação Cível. Dês. Paulo Roberto Freitas. Julgamento em 08/08/1989. Sétima Câmara Cível *apud* MAIER, 2008, p. 52).

4.4. Importância da comoriência

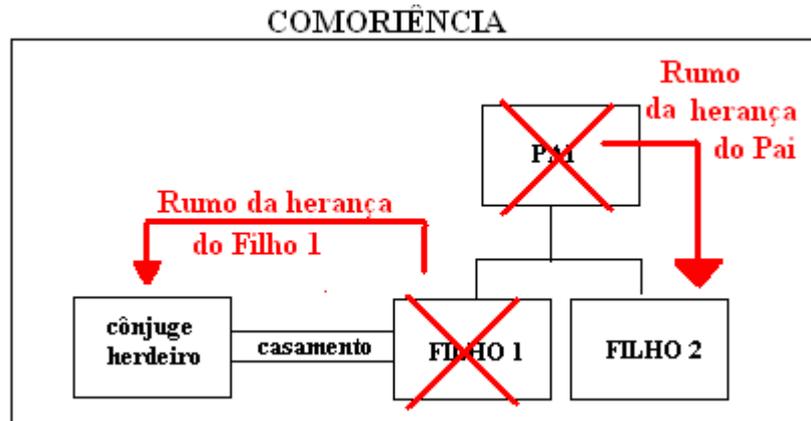
A importância da preteriência, pós-moriência e comoriência está ligada à determinação do rumo da herança e é facilmente percebida, através da análise de casos concretos.

4.4.1. Primeiro exemplo

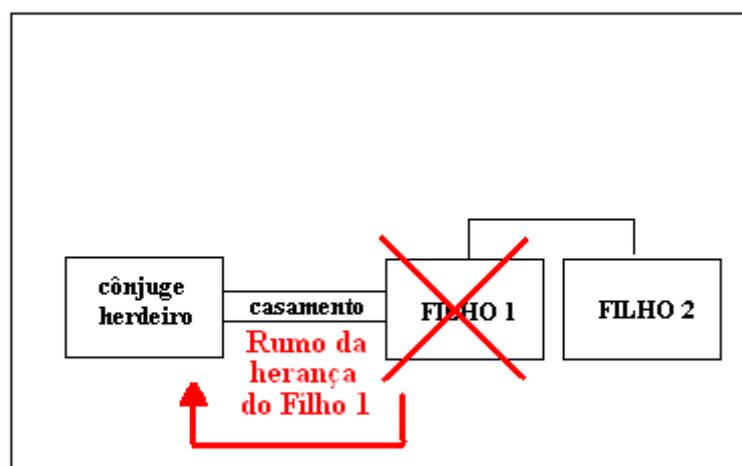
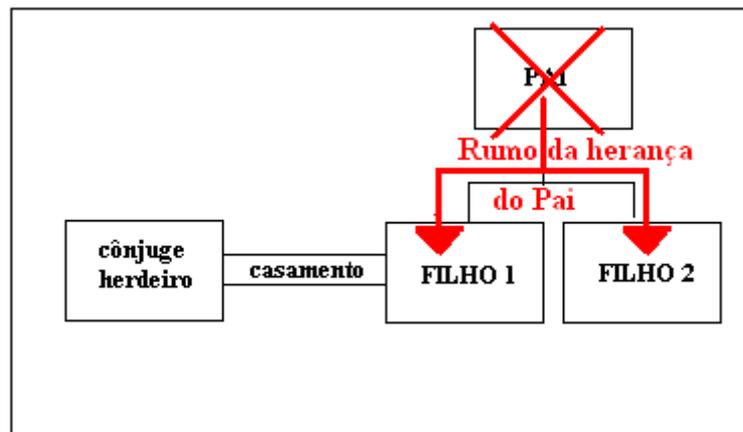
A) Pai com dois descendentes, sendo um deles casado.



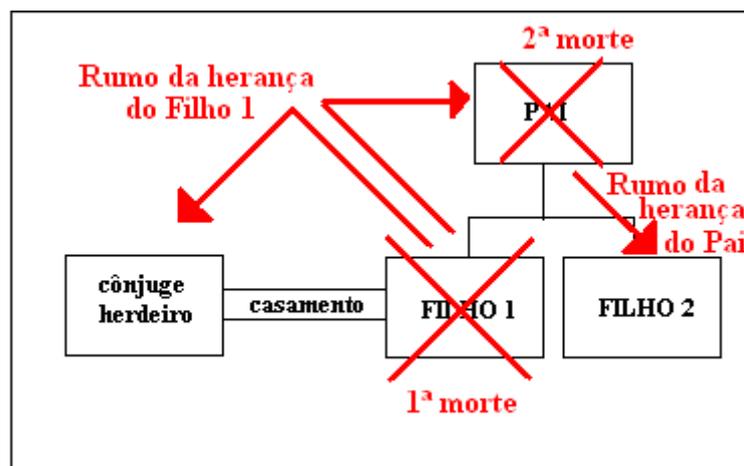
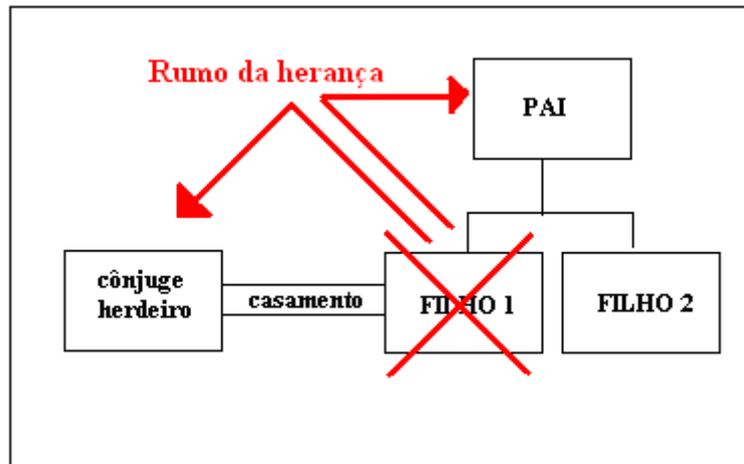
Ocorrida a comoriência legal entre o pai e o filho casado, tal filho nada herda do pai, o pai nada herda do filho, os patrimônios são considerados comunicáveis. Desse modo, a herança do pai iria toda para o filho sobrevivente. A herança do filho falecido, a qual não é formada por nada da herança de seu pai, passaria ao cônjuge herdeiro.



B) Se fosse determinada a premissa do pai, ambos os filhos herdariam seu patrimônio. Falecido o filho após o pai, seu cônjuge herdeiro herdaria seu patrimônio, o qual na composição teria bens vindos da herança paterna.

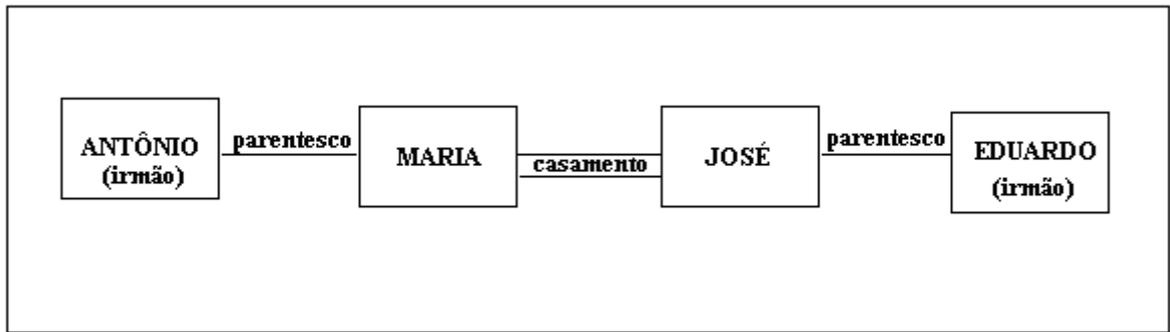


C) Declarada a premissão do filho, seus herdeiros são seu cônjuge e seu pai, conforme art. 1829, II, CCB/2002. Falecido o pai, após o filho, seu patrimônio, acrescido de parte da herança do filho falecido, passa ao filho sobrevivente.

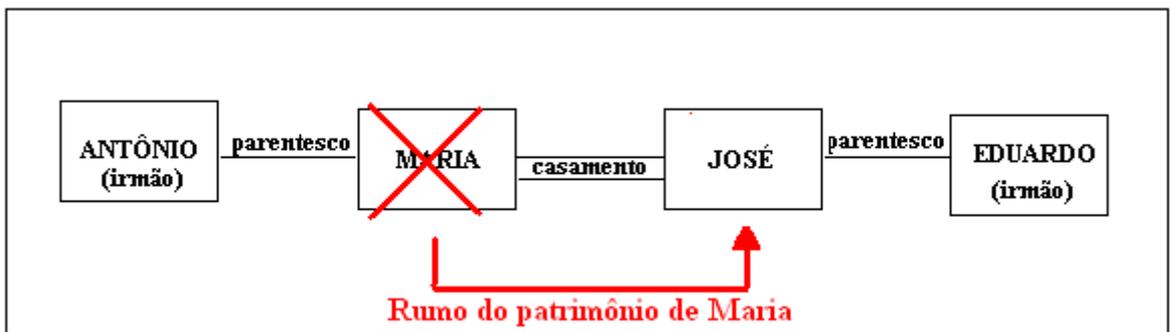


4.4.2. Segundo exemplo

Maria e José são casados e seu regime de casamento permite que um seja herdeiro do outro. Não possuem descendentes nem ascendentes, mas ambos têm irmãos.

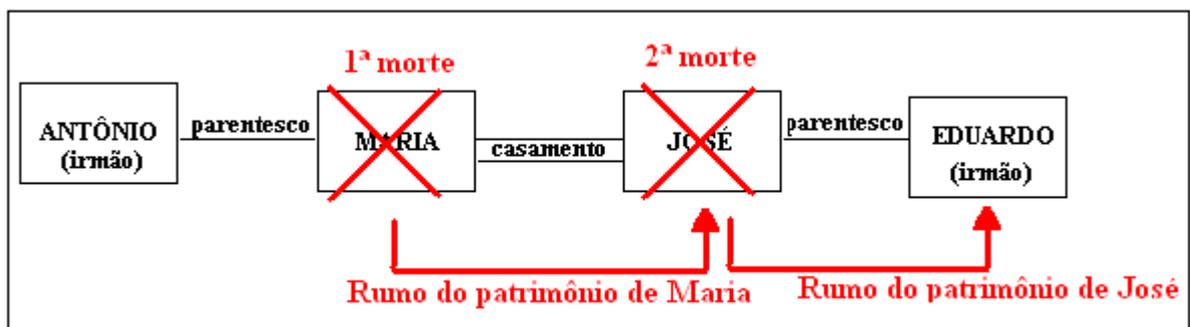


Se Maria morre, como fica a sucessão?



Na ausência de ascendentes e descendentes, em conformidade com o art. 1829 do CCB/2002, José, cônjuge sobrevivente, herda o patrimônio na sua integralidade. O irmão de Maria, Antônio, nada herda dela. Se houvesse ascendentes ou descendentes, o cônjuge sobrevivente concorreria na herança com eles, na forma do referido dispositivo civil.

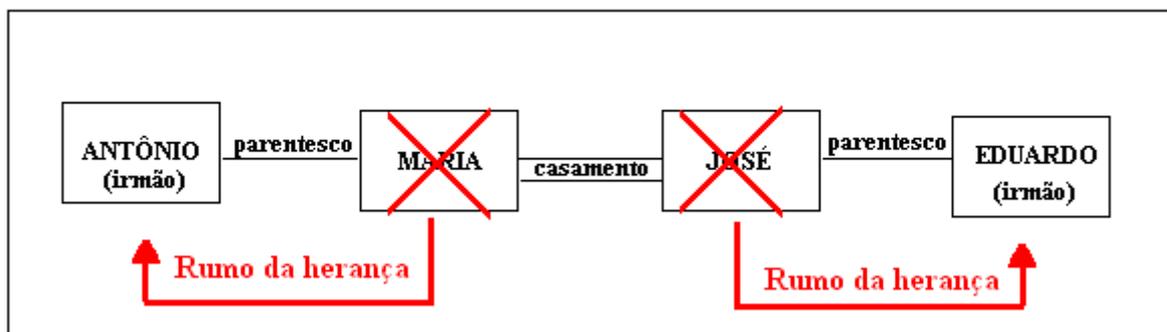
Se Maria morre e José, em seguida, falece, qual o rumo de seu patrimônio?



José herdaria todo o patrimônio de Maria. Com a morte de José, o seu patrimônio (que soma também o patrimônio de Maria) vai para o colateral, no caso, seu irmão Eduardo. Por fim, Eduardo herdaria todo o patrimônio de Maria e de José.

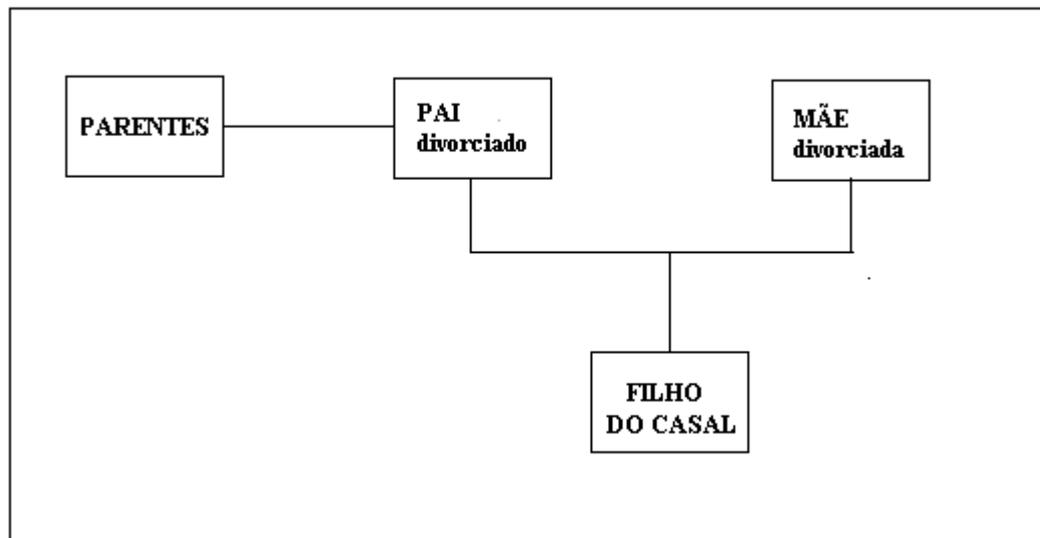
Atente-se para o quão importante o momento da morte pode ser. Na preteriência, apenas um dos colaterais herda patrimônio. Se José for pré-morto em relação a Maria, Antônio (irmão de Maria) herda toda a herança do casal. Se Maria for pré-morto em relação a José, a herança do casal vai toda para Eduardo (irmão de José). Se decretada a comoriência, cada irmão herdará tão somente o patrimônio deixado por seu respectivo irmão (Eduardo herdaria o patrimônio de José; Antônio herdaria o de Maria). No âmbito judiciário, os irmãos sobreviventes poderiam entrar numa acirrada disputa com vistas a provar a preteriência que lhes fosse favorável.

COMORIÊNCIA

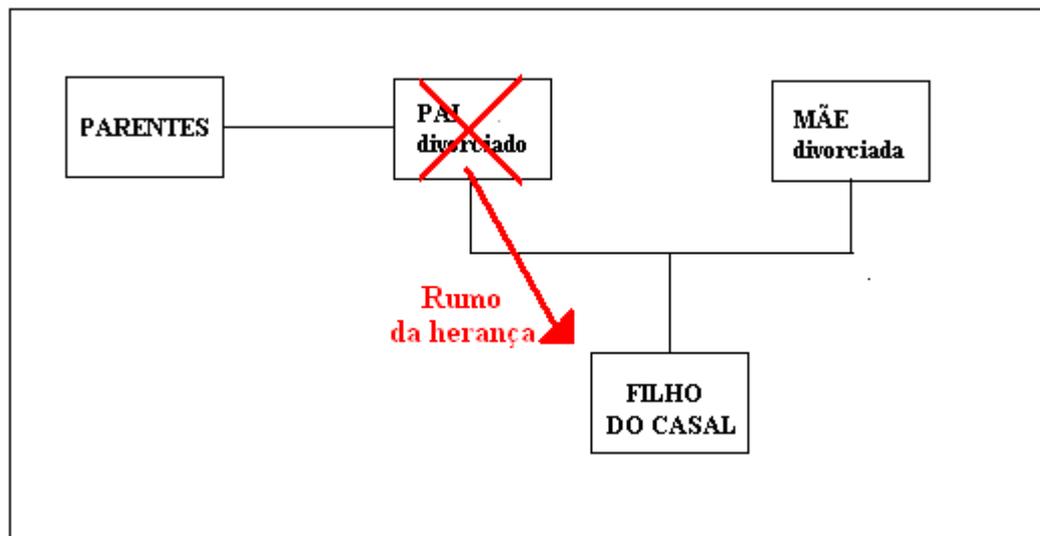


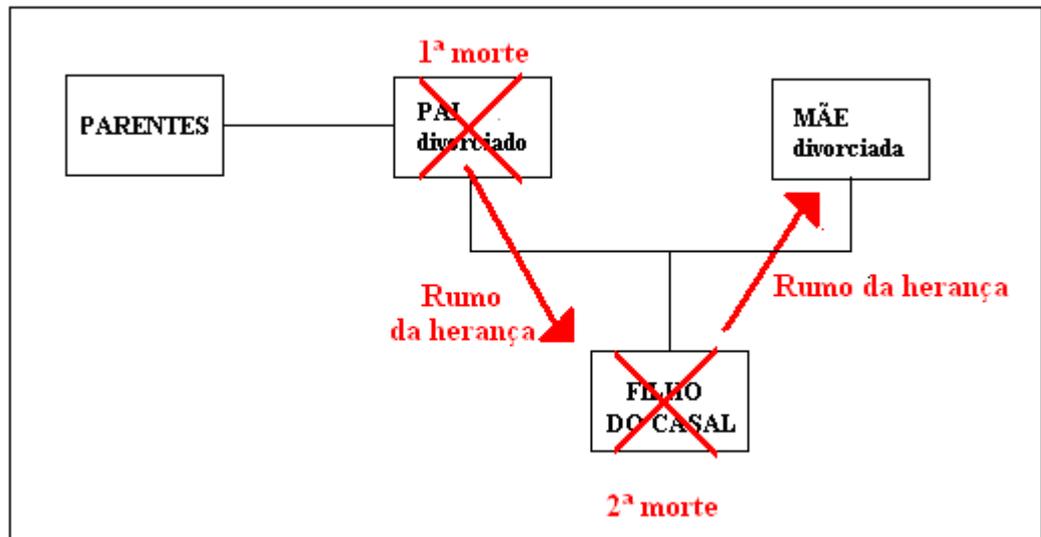
4.4.3. Terceiro exemplo

Em desastre aéreo, falecem pai divorciado e o filho único e solteiro, oriundo do seu casamento. Somente o pai possuía patrimônio.

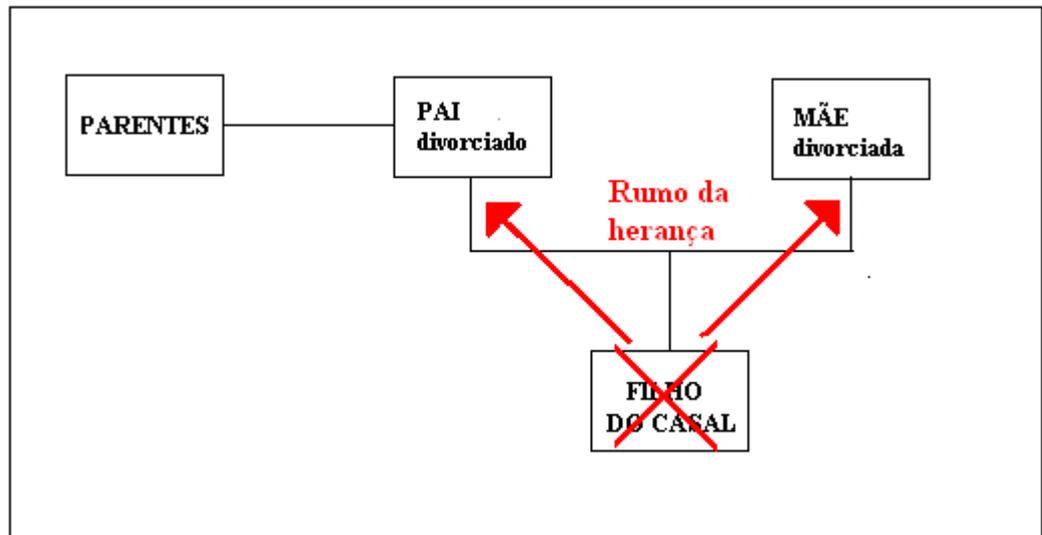


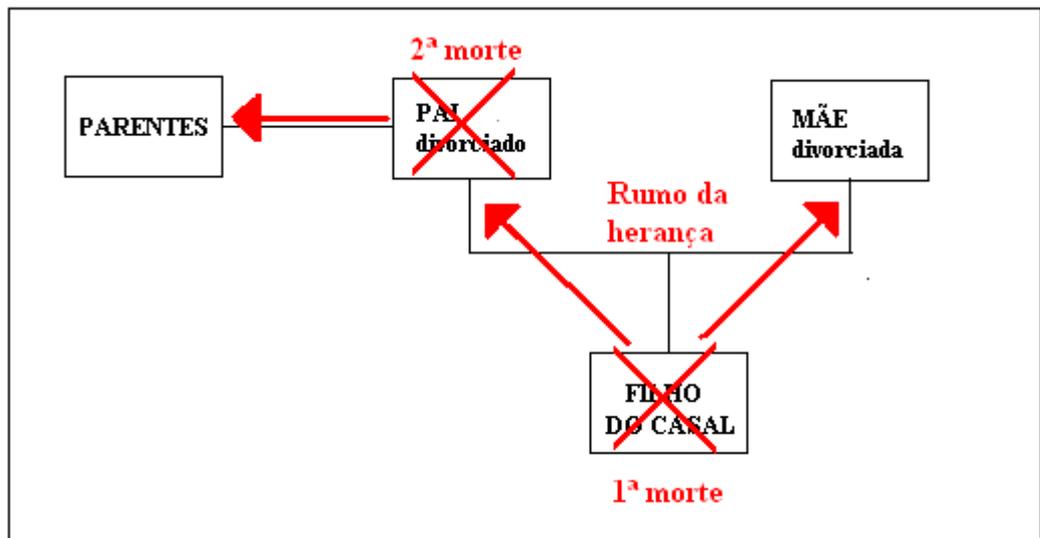
Se comprovada a preteriência (morte precedente) do pai, o filho herda seu patrimônio. Falecendo após o pai e não possuindo descendência, a herança se transmite integralmente do filho para sua ascendente sobrevivente (no caso, sua mãe), em conformidade com o art. 1.829 CCB/02.



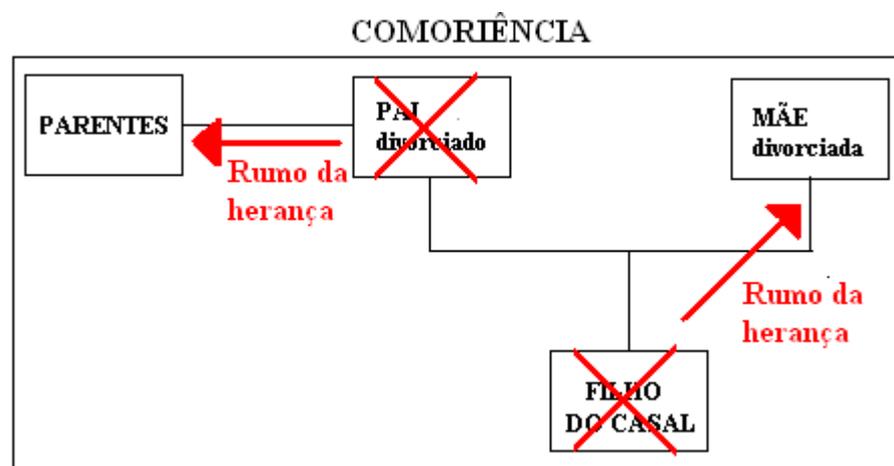


Se comprovada a pós-moriência (morte ulterior) do pai, o pai e a mãe figuram como herdeiros do filho; entretanto, é irrelevante, na hipótese, pois ele não possui patrimônio algum. Falecido o filho e depois o pai, a herança do pai passa aos colaterais, por inexistir ascendentes, descendentes, cônjuge ou companheira.





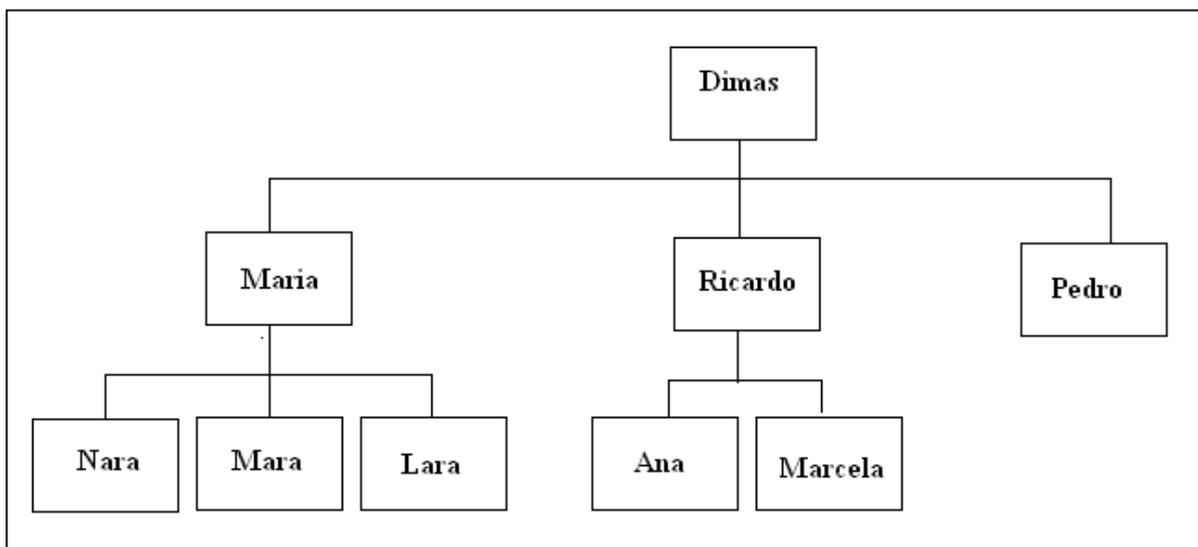
Se for declarada a comoriência, há o efeito da intransmissibilidade de heranças; assim, o patrimônio deixado pelo pai tem por destino tão somente os parentes do mesmo. A mãe do filho falecido e ex-esposa do *de cujus* nada herdaria na hipótese de comoriência, pois ela só figura como herdeira do filho. Como ele nada possui e nada herdou do pai, a mãe nada herdaria.



5. CASUÍSTICA DA INTRANSMISSIBILIDADE DE HERANÇAS: INIQUIDADES

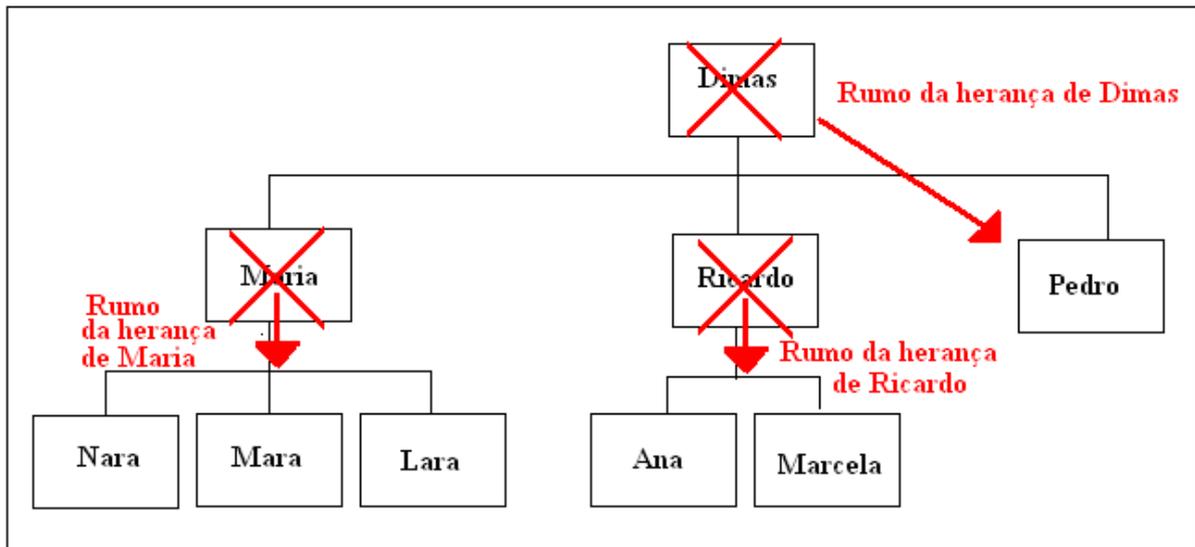
5.1. Primeiro caso

Dimas tem três filhos: Maria, Ricardo e Pedro. Maria tem três filhas: Nara, Mara e Lara. Ricardo tem duas filhas: Ana e Marcela. Considere que Dimas, Maria e Ricardo morreram no mesmo acidente de carro, não sendo possível se comprovar premissa. Como ficaria a sucessão dos bens de Dimas?



Para o caso acima, o art. 8º do CCB/2002 declara a presunção de simultaneidade das mortes (comoriência) e a jurisprudência albergada na doutrina atribui a tais casos o efeito da intransmissibilidade de patrimônio entre os defuntos. Assim, comorientes Dimas, Maria e Ricardo; somente Pedro, filho sobrevivente de Dimas, herdaria dele.

Comoriência entre Dimas, Maria e Ricardo.



Eis que emergem alguns questionamentos quanto à justeza da aplicação do efeito da intransmissibilidade, indistintamente, a todos as hipóteses de comoriência.

O primeiro questionamento é acerca dos resultados não equitativos que tal interpretação da regra de comoriência gera em algumas situações, não se coadunando com a lógica sucessória positivada.

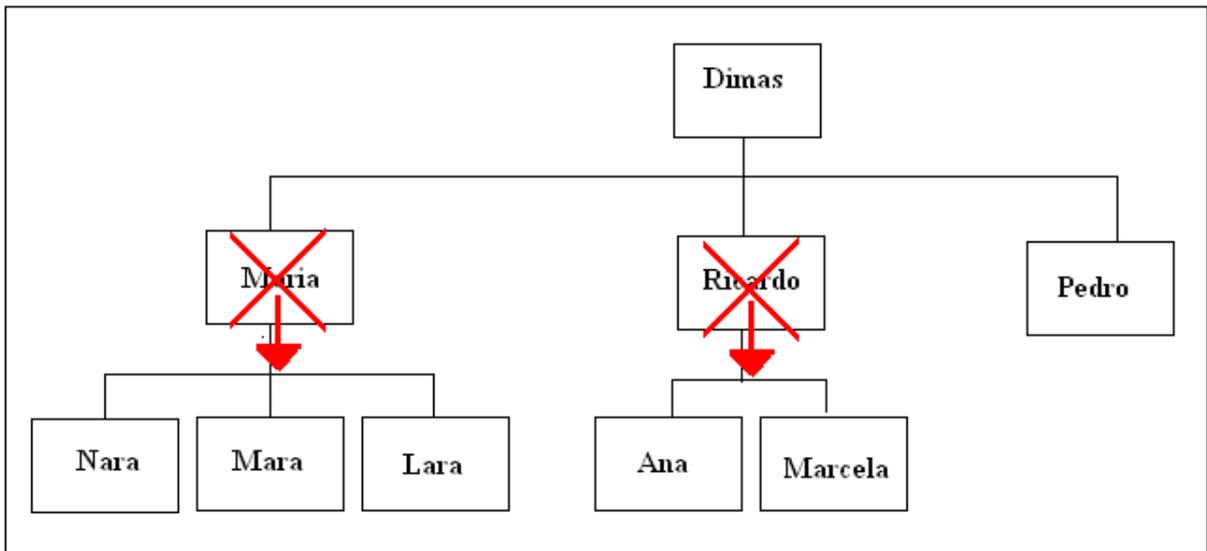
O segundo questionamento versa quanto ao fundamento para se afirmar que, em hipótese alguma, nos casos de premoriência não comprovada, haverá transmissão de herança entres comorientes. Lembrando que, na legislação nacional, é através do direito de representação que os netos herdam dos avós, como representantes de seu ascendente imediato falecido (pai ou mãe); eles não herdam diretamente do avô.

Levando-se em conta o caso concreto supramencionado, imagine as seguintes hipóteses: a) Premoriência; b) Pós-moriência.

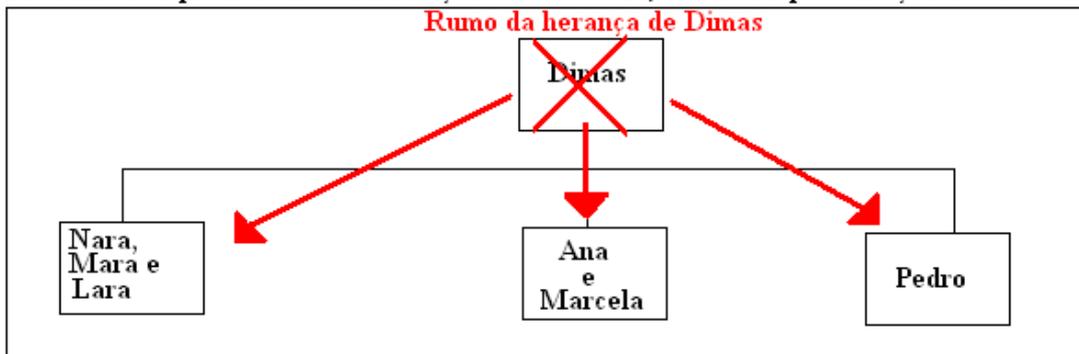
a) Premoriência dos filhos

Havendo filhos pré-mortos em relação ao seu ascendente imediato (seu pai) e possuidores de descendência sobrevivente, esses descendentes herdam a herança do seu

ascendente mediato (avô), por meio de representação e não de forma direta. Veja-se a seguinte situação: Maria e Ricardo são pré-mortos em relação a Dimas. Sendo pré-mortos Maria e Ricardo, os filhos de ambos, por representação, são chamados a suceder no lugar de seus respectivos pais na herança de Dimas. Assim, os netos de Dimas só figuram na sucessão porque existiram seus pais. É como se antes de os netos herdarem, seus pais, pré-mortos em relação a Dimas, tivessem herdado tal herança, transmitindo-se, em seguida, a herança dos pais pré-mortos para os filhos (netos de Dimas). É dizer, pela lógica sucessória, os netos não herdam nada diretamente do avô, eles herdam do avô pela via indireta, quando representam seus pais já falecidos. É apenas dessa forma que tomam posse de patrimônio que originalmente era de Dimas. Observe que o foco dos questionamentos é a herança de Dimas.



Maria e Ricardo premorientes em relação a Dimas e Direito de Representação dos descendentes.

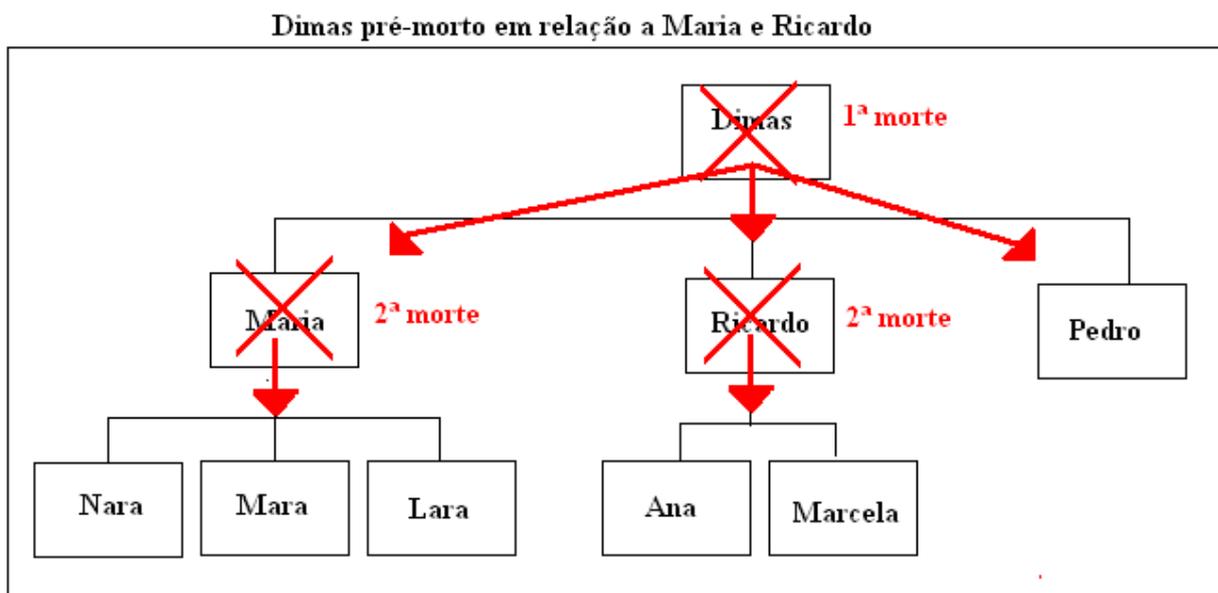


Pais mortos herdam do filho pré-morto, apenas quando este não tem descendência. No caso de ele ter descendência, não importa quem morreu primeiro, porque restará a descendência (netos) que herdará o patrimônio do avô no lugar de seus pais e o patrimônio dos pais falecidos.

No caso em tela, Pedro, por ser filho de Dimas, é chamado à sucessão, para herdar diretamente de seu ascendente direto (pai).

b) Pós-moriência dos filhos

Seguindo com o caso concreto em questão, Dimas morre, Pedro está vivo, Maria e Ricardo morrem após Dimas, como fica a sucessão? Pedro herda de Dimas. Maria e Ricardo herdam de Dimas também. Falecidos Maria e Ricardo, seus descendentes herdam seus patrimônios. Ressalte-se o fato de que o patrimônio de Dimas só chega até seus netos, porque antes fora incorporado ao patrimônio dos ascendentes diretos de tais netos.



Conclusão

Assim, para os netos de Dimas, não importa se seus pais morreram antes ou depois do avô Dimas; pois, nas hipóteses tanto de preteriência quanto de pós-morte, herdarão patrimônio do avô.

Problemática

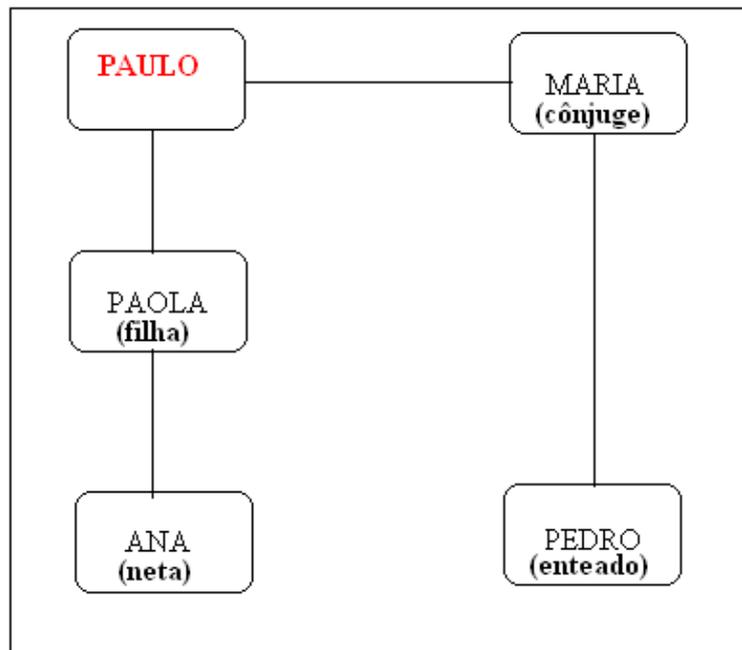
Os problemas surgem quando da presunção de comorteira e atribuição do efeito da intransmissibilidade das heranças entre os comorteiros. Tomemos a hipótese em que Dimas e Maria tenham morrido no mesmo acidente aéreo e, dias depois, haja falecido Ricardo. Seguindo a corrente doutrina e jurisprudência, seria presumida a comorteira entre Dimas e Maria e aplicada a intransmissibilidade de heranças entre eles; as descendentes de Maria, netas de Dimas, não herdariam patrimônio algum dele, pois sua mãe nada herdara de Dimas, devido à referida incomunicabilidade patrimonial. Já as outras netas de Dimas, filhas de Ricardo, herdariam do avô Dimas o quinhão herdado por seu pai Ricardo. Dessa forma, umas netas herdariam do avô e outras não. Pedro, filho de Dimas, herdaria normalmente sua parte na herança.

O exemplo evidencia a injustiça que a aplicação indistinta do da intransmissibilidade pode gerar

Como visto, esse comum entendimento da comorteira pode consagrar a injustiça. No caso, a injustiça consiste em excluir da herança de Dimas algumas de suas netas, enquanto as outras herdam normalmente. Assim sendo, há que se ter cautela na aplicação da intransmissibilidade da herança entre os comorteiros, de forma a não consagrar óbvias injustiças, como essa aqui exposta, em que sujeitos na mesma situação são tratados de forma distinta.

5.2. Segundo caso

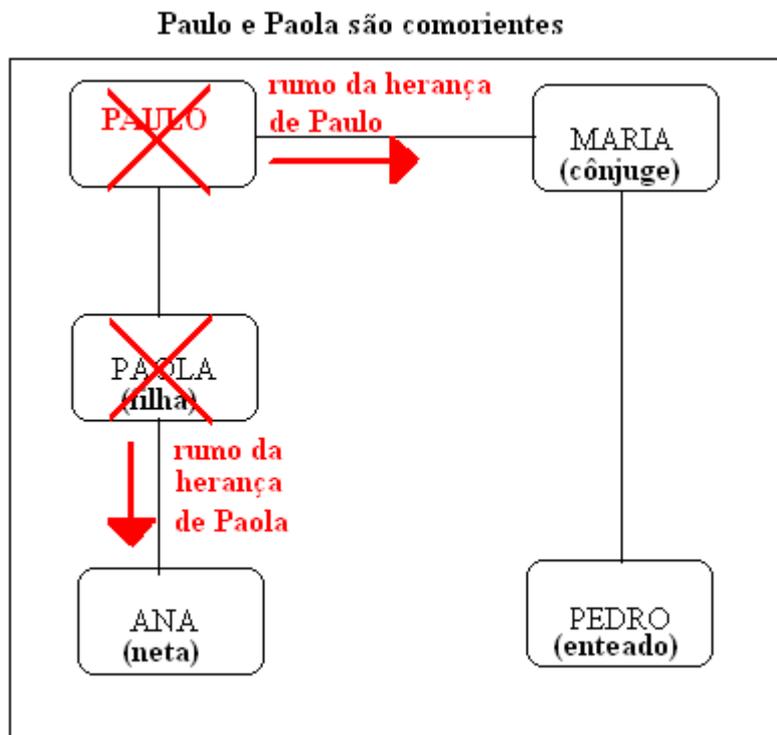
Paulo é pai de Paola e é casado com Maria, que não é mãe de Paola. Maria é mãe de Pedro, o qual não é filho de Paulo. Paola tem uma filha chamada Ana; por óbvio, Ana é neta de Paulo.



Se Paulo e Paola forem reputados comorientes e for aplicada a intransmissibilidade de heranças, qual o destino da herança de Paulo?

Ana (neta de Paulo) herdaria apenas a herança de Paola, restando excluída da herança do avô. Ana só herdaria do avô por direito de representação (ou seja, sub-rogando-se no direito de sua mãe falecida, considerada então herdeira do avô de Ana), mas isso não acontece no caso em tela, segundo a teoria dominante, pois trata Paola como se jamais tivesse existido em relação a Paulo, de forma que não nasce sequer o direito de representação para ela. Assim, a herança de Paulo iria inteiramente para seu cônjuge sobrevivente (Maria). Ana nada herdaria do avô, herdando tão-somente o patrimônio jurídico da sua mãe Paola, o qual não possui, na composição, nada da herança de Paulo. Se Maria morre, o patrimônio que era de Paulo e passou a ela vai inteiramente para Pedro (filho de Maria; enteado de Paulo).

Assim, a herança de Paulo acabaria na posse de alguém que mantinha um mero laço postigo com o autor da herança, em detrimento da sua neta legítima.



A polêmica se agrava, quando se pensa na hipótese de preteriência entre Paulo e Paola. Qualquer que seja a ordem dos óbitos, em ambos os casos, a neta herdaria do avô; enquanto que, no caso de comoriência, ela ficaria completamente excluída da herança do avô, sendo preterida por completo em favor de pessoas que não mantêm com ela parentesco. Se Paulo morre e depois Paola; Paola herda seu quinhão na herança do pai; com a morte de Paola, Ana herda seu patrimônio, que inclui um quinhão da herança do avô. Se Paola morre antes de Paulo; Ana, por direito de representação, no posto de sua falecida mãe, herdará bens do avô quando da sua morte.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Confirmou-se que a atual interpretação do instituto da comoriência adotada pela doutrina majoritária e abonada pelas decisões judiciais atenta contra a justiça e contra a lógica sucessória consagrada pelo Código Civil.

Dessarte, em certos casos, defende-se a não aplicação da intransmissibilidade de heranças entre os comorientes.

A seguir, os fundamentos da nova interpretação aqui proposta são enunciados.

Primeiramente, é com vistas a se atender à justiça (a qual é valor fundamental do Direito) que sugerimos ser afastada a incidência da intransmissibilidade entre os comorientes.

Além disso, a comoriência goza de irrealidade fática, pois a possibilidade de duas pessoas morrerem ao mesmo tempo é praticamente nula. Dessa forma, há sim sucessividade de óbitos e transmissibilidade de bens. Sendo a comoriência uma presunção distante da realidade dos acontecimentos, por que não se afastar a incidência da intransmissibilidade, em algumas hipóteses, em nome do que é justo?

A lei civil, ao tratar da comoriência em um único artigo, não previu expressamente a intransmissibilidade da herança entre os comorientes. A aplicação da intransmissibilidade de patrimônio jurídico aos comorientes é mera construção doutrinária, portanto, ela pode ser afastada para aplicação de outra solução interpretativa. Doutrina e jurisprudência alcançam o auge da irracionalidade ao afirmar que os comorientes são como se jamais tivessem existido um em relação ao outro, de forma que a comoriência não geraria sequer o direito de representação.

A intenção da lei sucessória jamais foi excluir, sem legítimo motivo (art. 1829; arts. 1814 a 1818 e arts. 1961 ao 1965 do CCB/2002), herdeiros. Jamais foi intenção da lei sucessória excluir, por exemplo, netos da herança do avô, como nos casos explicitados. Ela, pelo contrário, previu o direito de representação (art. 1851 do CCB/02: “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivo fosse”), a ser exercido por tais netos, na hipótese, e colocou os descendentes no topo da lista dos herdeiros necessários.

Diante desses argumentos e, principalmente, para atender à finalidade máxima do Direito, que é fazer justiça, é totalmente plausível a não incidência da intransmissibilidade de heranças entre os reputados comorientes, em algumas hipóteses.

É certo que a solução interpretativa aqui aventada é polêmica; pois, embora justa, poderia causar alguma insegurança jurídica a respeito de que casos de não comprovação de preteriência precisamente não sofreriam incidência da intransmissibilidade. A segurança jurídica só poderia advir de consolidação jurisprudencial. Preconiza-se que o juiz analise cuidadosamente cada caso concreto, não se limitando a de logo declarar a comoriência e aplicar a intransmissibilidade. Não é certo, sem justa e legal razão, excluir herdeiros, sobretudo aqueles que estejam em igual posto sucessório, sob argumento de se aplicar um efeito não previsto expressamente por lei, atribuído, pela doutrina, à presunção legal de morte simultânea. O tema é controverso e abundante. O presente estudo nem de longe poderia tencionar esgotá-lo, limitando-se a expor algumas de suas facetas no cotidiano.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Monteiro de. **Manual de Direito Civil: Família e Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2009. 4v.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 1ª edição. São Paulo: Servanda, 2007.

BONSAI JR., Luiz. Notas sobre Comoriência. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru-SP, n. 1, jan./jul. 1966. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20648/notas_sobre_comoriencia.pdf?sequence=1 >. Acesso em: 1 de janeiro de 2012.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14ª edição. São Paulo: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13ª edição. São Paulo: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAIER, Silvia Regina. **As formas de exclusão do herdeiro necessário e o fenômeno da comoriência no direito sucessório brasileiro**. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, Universidade Vale do Itajaí, Itajaí-SC, 2008.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código civil e legislação civil em vigor**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

PELUSO, Antônio Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Manole, 2010.

BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. 63 edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n°: 192.759.4/5-00- SP. Apelante: Carlos Weber Ortega Sanches. Apelado: Rubens Figueiredo Conrado e Outra. Relator: Joaquim Garcia. São Paulo, 4 de março de 2009. **Lex**: jurisprudência do TJ-SP, março de 2009.

ITÁLIA. **II Codice Civile Italiano** (1942). Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm >. Acesso em: 27 de março de 2012.

Número de acidentes aéreos aumenta 41% no país em 2011. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 de março de 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1055655-numero-de-acidentes-aereos-aumenta-41-no-pais-em-2011.shtml>>. Acesso em: 11 de março de 2012.

Mortes por acidentes de trânsito subiram 24% em nove anos. **Rádio Globo**, São Paulo, 5 de novembro de 2011. Disponível em < <http://radioglobo.globo.com/noticias/2011/11/05/MORTES-POR-ACIDENTES-DE-TRANSITO-SUBIRAM-24-EM-NOVE-ANOS.htm>>. Acesso em: 11 de março de 2012.

Desastres aéreos. **Veja.com**, 17 de junho de 2009. Disponível em <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/desastres_aereos/perguntas_respostas.html>. Acesso em: 1 de maio de 2012.