

A LEI N. 8.213/91 E A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA

Jerônimo Belinati Martins

Juiz Federal na 3^a Vara Federal de Presidente Prudente. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério de Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito pela ITE/Bauru. Professor de Direito Internacional Público e Direito Previdenciário na ITE/Presidente Prudente. Email: flademirjeronimo@unitoledo.br

RESUMO

O presente artigo realizou estudo sobre a pensão por morte presumida, prevista nos arts. 74 a 78 da Lei n. 8213/91. A fim de se delimitar e se diferenciar a declaração de morte presumida para fins previdenciários, da ausência para fins civis, na qual também se presume a morte, realizou-se algumas considerações sobre as nuances do instituto da ausência previsto no Código Civil (Lei n. 10.406/02). Ocorre que a lei previdenciária, embora se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá a estes conceitos civis contornos próprios, razão pela qual buscou-se demonstrar que a Lei n. 8.213/91, na verdade, trata de duas hipóteses de pensão por morte presumida. A primeira hipótese vem disciplinada no caput do art. 78 da Lei

ABSTRACT

This article conducted a study on the pension by presumed death, provided for in articles 74 to 78 of the Brazilian Federal Law n. 8.213/91. In order to define and differentiate the declaration of presumed death for social security purposes from the one related to the absence for civilian purposes, in which the presumption of death also appears, some considerations about the nuances of the institute of absence provided for in the Civil Code (Law n. 10.406/02) have been made. It occurs that the social security law, although based on concepts of the civil law, gives these latter own contours; this is the reason why this article seeks to demonstrate that the Law n. 8.213/91 actually deals with two hypothesis of

n. 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts 22 a 39 do CC). A segunda vem disciplinada no 1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe.

Palavras-chave: Seguridade Social — Lei n. 8.213/91 — Pensão — Morte Presumida.

presumed death pension. The first has been disciplined in the head provision of article 78 and refers to the situation of the person who disappears from his domicile, with neither further news, nor representative or solicitor, which also characterizes the institute of absence provided for in the Civil Code (articles 22 to 39). The second comes disciplined in § 1 of article 78 and is related to the disappearance as a result of an accident, disaster or catastrophe.

Keywords: Social Security — Law n. 8.213/91 — Pension — Presumed Death.

INTRODUÇÃO

A Pensão por Morte, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), se encontra atualmente prevista nos arts. 74 a 79 da Lei 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social – PBPS).

Trata-se de

[...] benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido – a chamada família previdenciária – no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade do segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos a minimizar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.¹

A Lei n. 8.213/91 veio atender o comando do art. 201, V, da Constituição Federal, que determina expressamente que:

A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios

¹ DA ROCHA, Daniel Machado & BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Comentários à lei de benefícios da previdência social*, p. 299-300.

que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

*V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2.^º*²

A remissão ao §2º estabelece que nenhum benefício previdenciário que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado, inclusive a pensão por morte, poderá ter valor mensal inferior ao salário-mínimo.

Questão pouco debatida na doutrina, embora enfrentada com certa regularidade no dia a dia da jurisdição previdenciária, diz respeito à concessão de pensão por morte presumida.

Muitas vezes, em função da burocracia do órgão previdenciário (INSS) e do desconhecimento das nuances deste instituto (pensão por morte presumida), os dependentes do segurado acabam amargando longos meses (e até mesmo anos) até a concessão administrativa ou judicial do benefício.

Este artigo se propõe, em poucas linhas, a partir de uma visão prática, a contribuir para a discussão e debate do tema.

Contudo, antes de analisarmos o instituto e sua configuração na Lei n. 8.213/91, convém se realizar algumas considerações sobre as nuances do instituto da ausência previsto no Código Civil (Lei n. 10.406/2002), a fim de se delimitar e se diferenciar a declaração de morte presumida para fins previdenciários, da ausência para fins civis, na qual também se presume a morte.

1 OS INSTITUTOS DA “AUSÊNCIA” E “MORTE PRESUMIDA” NO CÓDIGO CIVIL

Embora o atual Código Civil não trabalhe expressamente com a noção de morte presumida, referido diploma legal estabelece

² Redação de acordo com a EC nº 20/98.

normas sobre a ausência (art. 22 a 39). A ausência é instituto tradicional do direito civil, destinado, primordialmente, a tutelar o patrimônio do ausente, em benefício próprio e de seus sucessores.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, quando uma pessoa desaparece, o direito se preocupa, inicialmente, mais com os interesses dela do que de terceiros. Todavia, caso continue desaparecida, em atenção aos direitos de terceiros, a lei autoriza a presunção de morte de morte do desaparecido, para que se proceda à solução das pendências obrigatorias e à transmissão de seus bens a sucessores.³

Nos termos da lei, o desaparecimento de uma pessoa desencadeia, em geral, três etapas sucessivas: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva. Para que se considere desaparecida uma pessoa não basta seu afastamento, ainda que prolongado, do lugar em que reside. É necessário que se tenha perdido totalmente as notícias sobre ela. No âmbito civil, além do desaparecimento, a declaração de ausência exige também que o desaparecido não tenha deixado representante ou procurador. Não exige a lei a procura do desaparecido e nem prazo mínimo para a caracterização do desaparecimento.⁴

Pois bem. Convencido o juiz de que alguém se encontra ausente poderá, então, declarar sua ausência, cuja primeira consequência será a arrecadação de seus bens e a nomeação de um curador. Transcorrido um ano da arrecadação, os interessados legais podem requerer ao juiz a abertura da sucessão que inicialmente terá caráter provisório. Se a pessoa desaparecida deixou representante também pode ser requerida a abertura da sucessão provisória após três anos, ocasião em que o juiz também declarará a ausência do desaparecido.

O próximo passo será a abertura da sucessão definitiva, que se dará após dez anos da abertura da sucessão provisória. Se o desaparecido tiver mais de 80 (oitenta) anos e há pelo menos cinco não se tiver notícia dele, poderá ser aberta a sucessão definitiva

³ *Curso de direito civil*, p. 219.

⁴ *Op. Cit.*, p. 220.

independentemente de prévia abertura da sucessão provisória. A abertura da sucessão definitiva importa em presunção de morte do ausente ou desaparecido.⁵

Maria Helena Diniz sublinha que para a abertura da ação declaratória de ausência não há necessidade de que o desaparecido tenha bens, bastando apenas que haja interesse pecuniário na declaração de ausência. A autora lembra que em caso de ausência não há propriamente incapacidade por ausência,

[...] mas tão somente a necessidade de proteger o desaparecido com relação a sua impossibilidade material de cuidar de seus bens e interesses e à impraticabilidade jurídica de se conciliar o abandono domiciliar com a conservação dos direitos".⁶

Verifica-se, portanto, que o Código Civil não trata em nenhum momento da pensão por morte presumida daquele que se encontra desaparecido e tampouco esclarece eventuais efeitos que a declaração de ausência no juízo civil possa ter em relação à concessão ou não do benefício previdenciário. Tal observação é importante para que a seguir se possa delinear os contornos da pensão por morte presumida prevista na Lei n. 8.213/91.

Ocorre que a declaração judicial de ausência para fins previdenciários (art. 78 da Lei n. 8.213/91) não produz os mesmos efeitos jurídicos que a declaração de ausência do Código Civil. Embora sejam institutos similares, as declarações de ausência para fins civis e previdenciários não se confundem, justamente em razão das diferentes consequências jurídicas que produzem.

Enquanto a declaração de ausência para fins civis busca primordialmente tutelar os bens do ausente, a declaração judicial de ausência, para fins previdenciárias, estabelece presunção relativa da morte do segurado, mas volta-se à concessão de pensão por

⁵ *Op. Cit.*, p. 221/226.

⁶ *Código Civil anotado*, p. 43.

morte, em duas diferentes hipóteses que serão vistas a seguir; uma das quais (art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91) coincide exatamente com o conceito de ausência do art. 22 do CC.

Importante notar que parte da doutrina diferencia, com acerto, a ausência da morte presumida. De fato, a ausência não se confunde com a morte presumida, pois na ausência não há certeza da morte do segurado, ou seja, na ausência a pessoa desaparece sem que se saiba se está viva ou morta. Já na situação de morte presumida, dada a situação especialíssima do desaparecimento, há certeza da morte, ainda que não tenha sido encontrado o cadáver.⁷

É por esta razão que no procedimento de declaração de ausência para fins civis a presunção de morte do ausente só se estabelece com a abertura da sucessão definitiva. Assim, o ausente é considerado vivo pelo prazo de 10 anos depois do trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória.

Lembre-se que o Código Civil admite a declaração de morte presumida sem prévia decretação de ausência do desaparecido, quando as circunstâncias do desaparecimento gerem uma certeza relativa da morte (art. 7º do CC).⁸ A sentença declaratória de morte presumida, tal qual a sentença declaratória de ausência, deve ser registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 9º, inciso IV, do CC), para que gere efeitos *erga omnes*.

Maria Helena Diniz lembra que a declaração judicial de morte presumida, sem decretação de ausência, só é admitida pelo Código Civil em casos excepcionais, e apenas após esgotadas as buscas e averiguações, a fim de viabilizar o registro de óbito e resolver

⁷ Luiz Guilherme Loureiro, *Registros Públicos*, p. 87-88.

⁸ Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação da 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.

problemas jurídicos decorrentes do desaparecimento, inclusive os relacionados à sucessão *causa mortis*.⁹

Além disso, os juízes podem admitir justificação para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágios, inundações, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando não for possível encontrar o cadáver (art. 88 da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73).¹⁰

Na linha do que já foi dito, fica evidente que na concessão da pensão por morte presumida, eventual declaração de ausência tem caráter incidental, não sendo o objeto principal do pedido administrativo ou judicial, o qual se volta, como já se disse, para a concessão da pensão por morte.

Assim, tanto nas hipóteses em que o Juiz apenas reconhece a presunção de morte por conta de ausência (art 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91), remetendo ao INSS a concessão do benefício, quanto nas hipóteses em que o Juiz concede a própria pensão por morte (art. 78, *caput* e §1º, da Lei n. 8.213/91), a declaração de ausência é incidental à concessão da pensão.

Embora o conceito de ausência a ser utilizado seja um só, os prazos para pleitear cada uma das declarações são distintos. Enquanto no Código Civil não há prazo definido, mas se exige a certeza do desaparecimento, na Lei n. 8.213/91, o prazo previsto para fins previdenciários é de no mínimo 6 meses de ausência, em caso de concessão da pensão por morte com base no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Nada obsta, contudo, que se faça prova emprestada do pedido civil de ausência para comprovação do desaparecimento do segurado também para fins previdenciários, o que se verá oportunamente.

⁹ *Código Civil Anotado*, p. 22.

¹⁰ Luiz Guilherme Loureiro, *Registros Públicos*, p. 101-102.

2 A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA NA LEI N. 8.213/91

A Lei n. 8.213/91 disciplina a pensão por morte presumida nos seguintes termos:

Art. 74 A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

[...]

III – da decisão judicial, no caso de morte presumida (inciso acrescentado pela Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997).¹¹

O artigo foi alterado para deixar claramente registrado o momento inicial a partir do qual a pensão por morte produz efeitos financeiros. A Lei n. 8.213/91 estabelece, ainda, em seu art. 78 que:

Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória na forma desta Subseção.

§1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Por sua vez, o Decreto 3.408/99 estabelece em seu art. 112 que poderá ser concedida pensão por morte presumida, em caráter provisório, mediante sentença declaratória de ausência, expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão (art. 112, I, do Decreto 3.048/99); ou, em caso de desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, a contar da data da ocorrência, mediante prova hábil (art. 112, II, do Decreto 3.048/99).¹²

¹¹ Redação anterior do artigo: “A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida”.

¹² O site do Ministério da Previdência e Assistência Social, <<http://www.previdencia.gov.br>>, acesso em 21 mar. 2013, informa que a pensão poderá ser concedida

A referência à morte presumida se justifica em razão da falta de certeza do óbito, ou por ainda não ter sido encontrado, ou por ainda não ter sido identificado o cadáver. Esta última hipótese (não identificação) se apresenta cada vez mais rara, em face dos avanços da medicina legal, especialmente com a modernização e barateamento das técnicas de identificação genética. Ocorre que tais técnicas ainda não estão disponíveis no âmbito do sistema de segurança pública de vários Estados da Federação. E mesmo naqueles onde há serviços de genética forense, o processo de identificação pode ser extremamente demorado, em razão tanto de dificuldades logísticas, quanto de dificuldades burocráticas.

Uma vez identificado o cadáver, com a expedição do atestado de óbito, a regra a ser aplicada é a regra geral da concessão de pensão por morte. Não sendo localizado ou estando em fase de identificação do cadáver, a concessão se baseará nas regras da pensão por morte presumida.

A doutrina costuma referir que há duas hipóteses de pensão por morte presumida.

Tecnicamente, apenas na hipótese em que o segurado desapareceu em virtude de acidente, desastre ou catástrofe é que haveria verdadeira morte presumida (§1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91). Na outra hipótese, em que o segurado desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, não há propriamente presunção imediata de morte (*caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91).

Exatamente por isto que a lei previdenciária estabelece um prazo mínimo de seis meses de ausência para que a declaração judicial presuma a morte do segurado para fins previdenciários

por morte presumida mediante ausência do segurado declarada por autoridade judiciária e também nos casos de desaparecimento do segurado em catástrofe, acidente ou desastre (neste caso, serão aceitos como prova do desaparecimento: boletim de ocorrência policial, documento confirmado a presença do segurado no local do desastre, noticiário dos meios de comunicação e outros). Nesses casos, quem recebe a pensão por morte terá de apresentar, de seis em seis meses, documento da autoridade competente sobre o andamento do processo de declaração de morte presumida, até que seja apresentada a certidão de óbito.

(art. 78, *caput*, da Lei 8.213/91), pois se fossemos adotar os prazos do Código Civil, esta presunção de morte só ocorreria 10 (dez) anos após o trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória (ou cinco anos a contar das últimas notícias do ausente, quando este contar oitenta anos de idade).

Ocorre que a lei previdenciária, embora se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá a estes conceitos civis contornos próprios, não havendo qualquer impropriedade em se admitir que a Lei n. 8.213/91 trata, na verdade, de duas hipóteses de pensão por morte presumida.

Dessa forma, entendemos que o art. 78 alberga duas hipóteses de pensão de morte presumida, pois mesmo quando há necessidade de prévia declaração judicial de ausência, esta visa à concessão administrativa da pensão por morte presumida. Veremos a seguir quais são estas hipóteses.

A primeira hipótese vem disciplinada no *caput* do art. 78 da Lei nº 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts 22 a 39 do CC).

A segunda vem disciplinada no §1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Embora parecidas, as hipóteses são distintas, conforme veremos a seguir.

3.1 A pensão por morte presumida no caso de ausência do segurado

Na hipótese do *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91, embora desaparecido o segurado, tal desaparecimento não é decorrente de acidente, desastre ou catástrofe. De fato, nesta hipótese, ou não se sabe o motivo do desaparecimento do segurado ou ele é decorrente de evento de outra natureza. Podemos citar como exemplo o desaparecimento – principalmente nas grandes cidades brasileiras – de pessoas que saem para trabalhar ou estudar e não mais são vistas;

provavelmente por terem sido vítimas da crescente violência, por terem sido vítimas do trânsito ou por outro motivo qualquer não identificado na ocasião do desaparecimento.

Outro exemplo, infelizmente comum, é o dos caminhoneiros vítimas de assaltos e sequestros, que desaparecem sem deixar rastros. Ainda se pode mencionar a situação de garimpeiros e de trabalhadores rurais que se mudam em busca de trabalho em época de safra, muitas vezes perdendo totalmente o contato com as respectivas famílias, e desaparecem sem deixar qualquer notícia.

Muitas outras situações, entretanto, podem autorizar a concessão da pensão por morte presumida em caso de desaparecimento. Neste caso, embora a prova do desaparecimento possa ser até mesmo oral, a juntada do boletim de ocorrência narrando as circunstâncias do desaparecimento do segurado parece ser providência recomendável.

Observe-se que na hipótese do *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91, não existe certeza da morte, mas esta passa a ser presumida em função da ausência prolongada do segurado, permitindo-se, à família, o recebimento provisório de pensão por morte mediante decisão judicial prévia que declara a presunção de morte para fins previdenciários em decorrência da ausência prolongada (de no mínimo seis meses).

Apesar do Decreto 3.048/99, em seu art. 112, referir-se a declaração judicial de ausência, na verdade o que manifestação judicial declara é a presunção de morte para fins previdenciários, em decorrência da ausência prolongada de no mínimo seis meses, e não somente a ausência. A leitura atenta do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91 é justamente neste sentido. O juízo proleta sentença declaratória de morte presumida para fins previdenciários, reconhecendo que a ausência do segurado há mais de seis meses é suficiente para se presumir a morte e apta a gerar pensão por morte.

Na hipótese do *caput*, a pensão é devida somente a contar da decisão judicial, em razão de que, nos termos da lei, somente a autoridade judiciária competente estará apta a verificar se o con-

junto probatório justifica que a ausência do segurado, por mais de 6 meses, gere a presunção de morte para fins previdenciários. Conforme já mencionado, exige-se um prazo mínimo de 6 meses de ausência do segurado para que a declaração judicial de morte presumida surta efeito.

Depreende-se da análise dos termos legais que, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do caput do art. 78 da Lei n. 8.213/91, exige três requisitos específicos: a) a prova do desaparecimento do segurado por conta de evento diverso de acidente, desastre ou catástrofe; b) a prova de que o segurado desapareceu há pelo menos 6 (seis) meses e c) a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários.

Não há a necessidade de que os dependentes do segurado apresentem atestado de óbito juntamente com o pedido de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários (com o fim de obter pensão por morte presumida), pois a ausência do segurado só permitirá a emissão do atestado de óbito com a abertura da sucessão definitiva (arts. 6º e 9º, inciso IV, c/c art. 26, todos do CC), o que pode levar vários anos.

3.2 A pensão por morte presumida no caso de desaparecimento do segurado em virtude de acidente, desastre ou catástrofe

Na hipótese do §1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91, o desaparecimento se dá em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Sabe-se que o desaparecido foi (ou muito provavelmente pode ter sido) vítima de acidente, desastre ou catástrofe, presumindo-se, assim, a sua morte. A Lei estabelece presunção relativa, em favor dos dependentes do segurado, de que ele veio a óbito em decorrência dos eventos mencionados.

É o caso, por exemplo, de vítimas de naufrágio, desabamentos, acidentes aéreos, terremotos ou maremotos. Provado o envolvimento do segurado desaparecido nestes eventos concede-se

a pensão por morte independentemente de declaração judicial e de prazo, pois se presume que o segurado veio a óbito em decorrência dos eventos mencionados.

Na hipótese em comento, mesmo sem a apresentação do atestado de óbito, poderá ser concedida imediatamente a pensão por morte presumida pelo próprio INSS. Caberá, aos beneficiários da pensão, entretanto, providenciar o atestado definitivo de óbito, averbando este junto à autarquia previdenciária para fins de controle e regularização da pensão concedida.

Nesses casos, o INSS exige que quem recebe a pensão por morte apresente, de seis em seis meses, documento da autoridade competente sobre o andamento do processo de declaração de morte presumida (ou justificação para assento de óbito), até que seja apresentada a certidão de óbito. Tal documento pode ser simples certidão de objeto e pé do feito em questão. A exigência busca evitar fraudes e principalmente que, uma vez recebida a pensão provisória por morte presumida, o segurado abandone a ação de declaração de morte presumida (ou justificação para assento de óbito).

A concessão exige, portanto, a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento). A prova do evento se apresenta mais fácil, podendo até mesmo ser feita por meio de notícia jornalística. Já a prova de envolvimento do segurado no evento pode ser feita das mais diversas formas, até mesmo mediante prova testemunhal, sendo recomendável a apresentação de boletim de ocorrência narrando as circunstâncias do desaparecimento do segurado, pois assim haverá maior segurança de que o segurado realmente desapareceu por conta do evento (acidente, desastre ou catástrofe).

Nesse caso (art. 78, §1º, da Lei 8.213/91), o requerimento de pensão pode (e deve) ser dirigido diretamente ao INSS, não necessitando de declaração judicial prévia. Por óbvio, se o INSS negar a concessão, caberá aos dependentes do segurado recorrerem na própria esfera administrativa ou optarem pela via judicial. Observe-se,

portanto, que como a concessão, nos termos do art. 78, § 1º, da Lei n. 8.213/91, pode ser administrativa, não há necessidade do segurado procurar o Judiciário, salvo em caso de recusa administrativa à concessão do benefício.

Como não se exige declaração judicial, a data do início do benefício será ou a data do óbito ou a data do requerimento, nos termos do que dispõe o art. 74, I e II, da Lei n. 8.213/91.

Assim, depreende-se da análise dos termos legais que, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do art. 78, §1º, da Lei n. 8.213/91, exige dois requisitos específicos: a) a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e b) a prova de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento).

3.3 A provisóriedade da pensão por morte presumida

Nas duas hipóteses de pensão por morte presumida previstas no art. 78 da Lei n. 8.213/91 a pensão será concedida de forma provisória, sendo que

[...] verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé. (art. 78, §2º, da Lei 8.213/91).

A Lei fala em pensão provisória em razão de que, tanto na hipótese de ausência do segurado, quanto na hipótese do desaparecimento ser decorrente acidente, desastre ou catástrofe, não há comprovação definitiva da morte.

Na hipótese do §1º do art. 78 da Lei n 8.213/91, sem prejuízo do andamento do pedido de pensão, deverá ser providenciado, pelos beneficiários, o atestado de óbito do segurado, mediante ação declaratória de morte presumida ou o mediante justificação para assento de óbito, na forma do art. 88 da Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015/73.

Já na hipótese do *caput* do art. 78, da Lei n. 8.213/91, a expedição do atestado de óbito fica condicionada à abertura da sucessão definitiva, conforme já mencionado.

Importante observar que em ambas as hipóteses, tanto no *caput*, quanto no §1º, do art. 78, da Lei n. 8.213/91, pode acontecer que os restos mortais do segurado nunca sejam recuperados, não constituindo óbice à percepção da pensão tal situação.

Contudo, uma vez recuperados os restos mortais do segurado, e havendo identificação positiva deste, deverá ser expedido atestado definitivo de óbito (ou averbada a identificação no assento já expedido), o qual deverá ser levado ao INSS para fins de regularização, com o que a pensão por morte presumida se converterá em pensão comum, em face da certeza do óbito e da identificação do segurado falecido.

A circunstância de ter sido expedido atestado de óbito não impede a cessação da pensão em caso de reaparecimento do segurado. De fato, tanto na esfera previdenciária, quanto na esfera civil, a presunção de morte cede em face da realidade. Em caso de reaparecimento do segurado deverá ser providenciado o cancelamento do registro de óbito.

Havendo certeza de que o segurado repareceu, entendemos que o INSS passa a ter direito a cessar imediatamente o benefício, independentemente de intimação dos beneficiários para apresentar defesa escrita. A certeza de reaparecimento do segurado pode ser evidenciada das mais diversas formas: mediante localização do segurado no bojo do inquérito policial que investigava o seu desaparecimento; mediante apresentação espontânea do segurado junto ao INSS ou junto ao juízo da ausência ou morte presumida; por meio de notícias de jornais e etc.

Mas a nosso ver, a cessação imediata da pensão, sem intimação dos beneficiários para a apresentação de defesa, só é possível quando houver certeza absoluta do reaparecimento do segurado. Assim, não basta que o reaparecimento seja verossímil, há necessidade de que haja certeza do reaparecimento do segurado para a cessação imediata do benefício.

Caso haja fortes indícios de que o segurado reapareceu, mas não haja certeza absoluta disto, deverá o INSS primeiro investigar as circunstâncias do suposto reaparecimento e, mesmo concluindo pela verossimilhança reaparecimento, intimar os beneficiários para a apresentação de defesa escrita no prazo regulamentar, para somente então firmar o convencimento administrativo e cessar o benefício de forma fundamentada.

A dúvida quanto ao real reaparecimento ou não do segurado, embora improvável, pode surgir em hipóteses de homônima ou mesmo de preenchimento incorreto de guias (como a GFIP e a RAIS) pelas empresas. Nessas hipóteses, como já se disse, caberá ao INSS primeiro investigar as circunstâncias do suposto reaparecimento, devendo cessar o benefício somente se firmar seu convencimento administrativo no sentido do reaparecimento do segurado, garantindo-se, previamente, aos beneficiários ampla defesa.

Por fim, provado o reaparecimento do segurado e cessado o benefício, importante lembrar que a devolução dos valores recebidos pelos dependentes só deverá ocorrer em caso de comprovada má-fé destes.

Lembre-se que a boa-fé se presume. E que a má-fé, que justifica a devolução de valores, é a dos dependentes e não a do segurado. Assim, se o segurado desapareceu de má-fé, mas seus dependentes não sabiam disto, não há falar em devolução de valores recebidos pelos dependentes.

4 ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS

- 4.1 Caso o desaparecimento não seja em função de acidente, desastre ou catástrofe, o beneficiário pode requerer a pensão diretamente junto ao INSS?

A resposta, a nosso ver, seria sim. Mas infelizmente não é o que diz a letra da lei.

Com efeito, na prática administrativa, o INSS não defere o pedido de pensão por morte presumida na forma do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91, se ele vier desacompanhado de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários. Qualquer tentativa administrativa neste sentido (requerimento sem a declaração judicial) será negada e o segurado orientado a procurar o Judiciário, com o fito de obter sentença declaratória de ausência para fins previdenciários (art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91 c/c art. 112, I, do Decreto 3.048/99).¹³

Ocorre que prevalecendo este entendimento, na prática, a Lei n. 8.213/91 está condicionando o pedido administrativo a uma declaração judicial, o que não parece ser a melhor solução para a situação de desespero que os beneficiários enfrentam quando buscam obter a pensão.

Além disso, não faz sentido obter uma declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários para somente então poder formalizar o pedido administrativo de pensão por morte presumida. Teria andado melhor a Lei se permitisse, ao próprio INSS, a análise do pedido de benefício independentemente de declaração judicial.

Não foi este, todavia, o modelo adotado pela Lei n. 8.213/91. A princípio, portanto, o beneficiário deve requerer a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, para só então, de posse desta declaração judicial, formalizar o pedido de pensão por morte presumida junto ao INSS.

Assim, em que pese opinião pessoal em sentido contrário, já ressalvada, quando o segurado desaparece por outro motivo que não acidente, desastre ou catástrofe, o beneficiário deve primeiro pleitear a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários (na qual também se reconhecerá a ausência por mais de 6 meses) para só então formular o pedido de benefício (pensão por morte presumida) junto ao INSS.

¹³ Lembre-se que, na verdade, a sentença declaratória não declara somente a ausência, mas sim a morte presumida do segurado para fins previdenciários, em decorrência de ausência há mais de 6 meses.

Na prática, contudo, o que se verifica é que invariavelmente o beneficiário não se limita a apenas pleitear a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, já se voltando também para a concessão da própria pensão por morte presumida. Da mesma forma, o INSS não se limita a contestar apenas o pedido declaratório, mas se volta também contra a própria concessão da pensão.

Tal situação, a nosso ver, permite ao magistrado o integral conhecimento da demanda, com prolação de sentença condenatória de concessão do próprio benefício, pois uma vez contestada a pretensão de concessão de pensão por morte presumida acaba surgindo o interesse de agir dos beneficiários.

Embora em regra se deva exigir o prévio requerimento administrativo do benefício, sob pena de indeferimento da inicial por falta de interesse de agir, a hipótese de concessão de pensão por morte presumida – dada suas peculiaridades e nuances – é uma das poucas situações que autoriza o prosseguimento da ação sem prévio requerimento administrativo.

4.2 Quais os limites da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários? E da ação de concessão de pensão por morte presumida na hipótese do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91?

A ação declaratória de morte presumida, para fins previdenciários, na forma do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91, deveria ser proposta pelos beneficiários com o objetivo de obter simples declaração judicial para fins de instrução do pedido administrativo de pensão por morte presumida do segurado, tal qual exigido pela Lei de Benefícios e pelo Decreto 3.048/99.

A ação, portanto, deveria apenas narrar os fatos relacionados ao desaparecimento do segurado, declinar eventuais provas a serem produzidas e formular pedido de julgamento declaratório, respeitando, por óbvio, os demais requisitos de toda petição inicial.

Recomenda-se que todas as provas do desaparecimento — porventura já existentes —, como boletim de ocorrência, notícias de

jornal e etc., sejam juntadas já no momento da distribuição da inicial. A prova oral poderá ser dispensada se os depoimentos constantes do boletim de ocorrência e/ou os demais documentos juntados forem suficientes para confirmar o desaparecimento.

Como a lei condiciona a concessão administrativa a uma declaração judicial prévia, nesta ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários, (na qual também se reconhecerá a ausência por mais de 6 meses), não se deveriam discutir os demais requisitos para a concessão da pensão: como a qualidade de segurado ou a de dependente. Tais requisitos, contudo, serão devidamente analisados pelo INSS quando da apreciação do pedido administrativo.

Na prática, contudo, conforme já mencionamos, o beneficiário não se limita a pedir apenas a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, já se voltando também para a concessão da própria pensão por morte presumida. Ou porque desconhece as nuances do instituto; ou porque já sabe de antemão que haverá questionamento administrativo do cumprimento dos requisitos gerais para a concessão da pensão (qualidade de segurado e de dependente); ou mesmo porque entende desnecessário o requerimento administrativo.

E o INSS, por outro lado, na prática, também se adianta ao pedido administrativo de benefício e contesta o cumprimento dos demais requisitos para a concessão, quando deveria se limitar à análise das provas do desaparecimento do segurado, bem como se a hipótese é ou não de declaração de morte presumida para fins previdenciários, na forma do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Isto significa que a ação que deveria ser meramente declaratória acaba sendo também condenatória (visando à própria concessão da pensão por morte presumida), de tal forma que a própria declaração de morte presumida, em função de ausência há mais de 6 meses, acaba sendo meramente incidental à própria concessão da pensão por morte presumida.

Embora sejamos adeptos da necessidade de prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário, sob pena de falta de interesse de agir por parte do autor, dadas as nuances da pensão por morte presumida, nos parece que a hipótese – independentemente do INSS contestar ou não o mérito da concessão – é das poucas que autoriza a propositura de ação visando à concessão do benefício sem o prévio requerimento administrativo.

De fato, a simples declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários não constitui garantia alguma de que o INSS irá conceder o benefício na esfera administrativa. Ao contrário, de posse desta declaração, os dependentes terão que protocolar requerimento administrativo, no qual o INSS irá verificar se o desaparecido tinha ou não qualidade de segurado; se os requerentes tinham ou não a qualidade de dependente e etc.

Pense-se na hipótese em que o desaparecimento do segurado tenha ocorrido no período de graça; na hipótese em que haja dúvida quanto à data do efetivo desaparecimento do segurado – com repercussões sobre a qualidade de segurado deste –; na hipótese em que haja dúvida sobre qual o período de graça a ser aplicável; na hipótese em que o dependente e o segurado vivessem em união estável; ou mesmo em qualquer outra hipótese de dúvida quanto à qualidade de segurado, e já se terá uma ideia das dificuldades em obter o benefício na esfera administrativa.

Ora, mesmo a Lei determinando que a pensão é devida desde a data da declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, como esta se limita a apreciar se o desaparecimento ocorreu há mais de 6 meses e se este – desaparecimento – é ou não apto a gerar presunção de morte para fins previdenciários, o deferimento administrativo do benefício não é garantido. Lembre-se que o INSS irá verificar se estão preenchidos os demais requisitos para a concessão da pensão.

Destarte, além da demora normal na obtenção do benefício, decorrente da solução legal adotada pelo art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91 (que condiciona a concessão administrativa do benefício

a uma declaração judicial prévia), o dependente – em caso de indeferimento do pedido junto ao INSS – terá ainda que se sujeitar a nova ação judicial para ter seu direito garantido.

Durante este verdadeiro périplo administrativo e judicial, podem se passar vários anos, o que agrava a situação de desespero dos familiares do desaparecido; dada a natureza alimentar e substitutiva da pensão por morte.

Assim, dadas as nuances da pensão por morte presumida, reiteramos entendimento pessoal no sentido de que a hipótese é das poucas que autoriza a propositura de ação visando à concessão do benefício sem o prévio requerimento administrativo.

4.3 Quem é a autoridade judicial competente para a declaração judicial de ausência prevista no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91?

No começo, o E. STJ entendia que a competência para tal declaração era da Justiça Comum Estadual,¹⁴ passando posteriormente a fixar como competente a Justiça Federal. Atualmente, está consolidado, na jurisprudência, o entendimento de que a competência para a declaração judicial é realmente da Justiça Federal, já que, no fim, se busca benefício previdenciário, que será concedido por autarquia federal. Confira-se a jurisprudência:

Previdenciário e Processual Civil. Conflito de competência. Juízo federal e juízo de direito. Ação em que se deduz pretensão a benefício previdenciário. Reconhecimento da morte presumida do cônjuge da autora para o único fim de obtenção de pensão por morte. Competência da Justiça Federal. Inteligência do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91. 1. Tendo o pedido de reconhecimento de morte presumida o único propósito de percepção de pensão por morte (*ex. vi* do art. 78 da Lei n. 8.213/91), cabe à Justiça Federal o processamento e julgamento da lide. Precedentes: CC 121.033/MG, Rel. Ministro

¹⁴ DA ROCHA, Daniel Machado & BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 313.

Raul Araújo, Data da Publicação 03.08.2012; CC 112.937/PI, Rel. Ministro Jorge Mussi, Data da Publicação 03.12.2010. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Parnaíba, para julgamento da lide. (STJ. CC 201303269290. Primeira Seção. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJE 29.10.2013).

Ocorre que a tese no sentido de que a declaração judicial de ausência para fins previdenciários deve ser formulada no âmbito da Justiça Federal pode acabar conduzindo a uma falsa impressão de que resta afastada a possibilidade dos beneficiários se utilizarem da faculdade prevista no §3º do art. 109 da Constituição Federal.¹⁵

Tal entendimento – no sentido que referida declaração judicial deve ser requerida somente no âmbito da Justiça Federal – parece-nos por tudo equivocado. A Constituição Federal, em seu §3º, do art. 109, não faz qualquer ressalva. Não caberia ao intérprete realizar distinção por conta própria.

A nosso ver, nada impede que os beneficiários do segurado, nas cidades nas quais não haja Vara da Justiça Federal, realizem o pedido de declaração de morte presumida para fins previdenciários na própria Justiça Estadual, utilizando-se da faculdade conferida no art. 109, §3º. Mas se na cidade houver Vara da Justiça Federal, conforme já dissemos anteriormente, a competência será desta (Justiça Federal).

Não obstante, para evitar discussões sobre competência que poderiam atrasar ainda mais o andamento da ação, causando prejuízos aos beneficiários, parece-nos melhor que a ação declaratória de morte presumida seja proposta diretamente na Subseção da Justiça Federal com competência territorial para o conhecimento da ação.

Não obstante, se no âmbito da mesma Subseção houver JEF (Juizado Especial Federal) e Vara Federal Civil com Competência

¹⁵ Art. 109, §3º: “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”.

Previdenciária, a competência para a declaração judicial será do JEF, pois a declaração judicial de morte presumida, para fins previdenciários, não gera efeitos financeiros pretéritos e tem natureza meramente declaratória.

Ainda que a renda mensal inicial do futuro benefício fosse fixada no teto, não se podem utilizar as parcelas vincendas para a fixação estimativa do valor da causa, em razão de que o INSS, mesmo após a declaração judicial, ainda irá analisar se o benefício é devido ou não. Assim, tratando-se de mera declaração, o valor da causa é meramente estimativo, fixando-se assim a competência absoluta do JEF nas Subseções em que haja juizado.

4.4 Quem é a autoridade judicial competente para a ação de concessão de pensão por morte presumida prevista no art. 78 da Lei n. 8.213/91?

Inicialmente, é preciso esclarecer que nesta hipótese não se está tratando da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários (a qual irá instruir o pedido administrativo de pensão por morte presumida), mas sim da ação previdenciária de natureza condenatória que visa à concessão da própria pensão por morte presumida.

Pois bem. A ação de concessão de pensão por morte presumida pode ser proposta pelos dependentes do segurado após o INSS indeferir o benefício na via administrativa (tanto na hipótese do *caput*, do art. 78, quanto na hipótese do §1º, do art. 78), ou diretamente, sem prévio requerimento administrativo, na hipótese do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91, nos termos do nosso entendimento já exposto.

Observe-se que para hipótese de concessão de pensão por morte presumida, com base no §1º do art. 78 da Lei 8.213/91, entendemos que se faz necessário o prévio requerimento administrativo, sob pena de falta de interesse de agir.

Não obstante, como na hipótese de propositura de ação de concessão de pensão por morte presumida, a declaração judicial

de morte presumida será incidental ao pedido principal de concessão de benefício de pensão por morte, não há falar em competência absoluta da Justiça Federal nas comarcas onde não haja Justiça Federal. Assim, perfeitamente aplicável a faculdade prevista no art. 109, §3º, da CF.

Sempre lembrando que nas cidades onde há Justiça Federal não há a faculdade prevista na competência delegada do art. 109, §3º, da CF, se houver JEF no âmbito da própria Subseção este terá competência absoluta, nos termos do que diz a Lei n. 10.259/2001. Nesse caso, a competência (se do JEF ou da Vara Federal Civil com competência previdenciária) deverá ser analisada de acordo com as regras usuais do valor da causa nos JEFs.

4.5 E se houver a propositura de ação declaratória de ausência (e/ou ação declaratória de morte presumida) com base no Código Civil, na Justiça Estadual, em cidade com sede de Subseção da Justiça Federal, mas com o fim exclusivo de obter efeitos previdenciários?

Muitas vezes, acontece do Advogado do beneficiário, mesmo nas cidades onde há Justiça Federal, ingressar na Justiça Estadual com pedido de ausência (ou de morte presumida) com base nas disposições do Código Civil, quando na verdade busca apenas a declaração de morte presumida para fins previdenciários.

O erro na propositura costuma ficar evidente já na análise da inicial, pois esta não costuma narrar a existência de bens do desaparecido e, além disso, formula pedido de citação do INSS.

Ocorre que às vezes, até que a Justiça Estadual verifique a sua incompetência (em razão de se tratar de simples declaração de morte presumida para fins previdenciários), lá se vão vários meses (ou até mesmo anos), com o que o prejuízo dos beneficiários acaba sendo imenso.

Nessa hipótese, constatado que o pedido de ausência (ou declaração de morte presumida) visa apenas à concessão de benefício

previdenciário, nada obsta que o Juiz Estadual decline imediatamente de sua competência para o Juiz Federal, cabendo a este, se for o caso, determinar a emenda à inicial para adequar os fundamentos legais do pedido aos fatos.

Uma vez recebido o feito pelo Juiz Federal, e sendo evidente que o pedido se dirige apenas à obtenção de declaração de morte presumida para fins previdenciários, entendemos ser possível também, que no próprio despacho de recebimento do feito, declinado o juízo, delimitar os termos do pedido que irá julgar.

4.6 E se houver a propositura de ação declaratória de ausência (e/ou ação declaratória de morte presumida) com base no Código Civil, na Justiça Estadual, em cidade sem sede de Subseção da Justiça Federal, com o fim exclusivo de obter efeitos previdenciários?

A hipótese é diversa da anterior, pois se trata de cidade que não é sede de Subseção da Justiça Federal. Nessa hipótese, o Juízo Estadual tem competência delegada para conhecer de ações previdenciárias, na forma do art. 109, §3º, da CF, nos termos das razões que já expusemos no item 4.3.

Ora, como entendemos que o Juízo Estadual também é competente para conhecer da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários, a questão é de fácil solução, pois tão logo o Juiz Estadual constate que o pedido é voltado somente para fins de obtenção de benefício previdenciário, bastará determinar a emenda da inicial, na forma do CPC, promovendo a posterior citação do INSS, se ainda não houver sido citado.

Mas para aqueles que não admitem a competência da Justiça Estadual nesta hipótese, haverá necessidade de se declinar a competência para a Subseção da Justiça Federal com jurisdição sobre a localidade. Nesse caso, a declinação de competência pode (e deve) ser feita de ofício e de forma mais célere possível, a fim de evitar mais prejuízos aos dependentes do segurado.

4.7 Qual a natureza do prazo de 6 (seis) meses previsto no art. 78 da Lei n. 8.213/91?

Outra questão interessante diz respeito ao prazo para formular o pedido de declaração de morte presumida para fins previdenciários, bem como qual sua natureza.

É bom registrar que o prazo de 6 (seis) meses previsto no art. 78, *caput*, é fixado para a concessão do benefício e não para a proposta da ação visando a obter declaração de morte presumida para fins previdenciários.

Lembrando novamente que apesar da Lei previdenciária se valer de conceitos civis, lhes dá contornos próprios, cabe-nos analisar qual a natureza de tal prazo. Importante referir que a natureza jurídica do prazo de 6 (seis) meses repercute diretamente na possibilidade de se pleitear ou não a declaração de morte presumida antes do transcurso de referido prazo.

Numa leitura preliminar, parece-nos que o prazo de 6 (seis) meses, trata-se, na verdade, de requisito especial, de natureza temporal, sem o implemento do qual não se poderá conceder a pensão por morte presumida prevista no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Não se pode compreender que o prazo de 6 (seis) meses pudesse caracterizar uma condição suspensiva, ainda que anômala, pois o direito – em tese – ao recebimento da pensão por morte presumida não surge automaticamente com o desaparecimento do segurado, mas sim com a presunção de morte decorrente da ausência prolongada (há mais de seis meses).

Tampouco se pode entender que tal prazo seja de prescrição aquisitiva, pois o direito à pensão por morte presumida em caso de ausência do segurado há mais de 6 (seis) meses não surge com o simples transcurso do prazo, já que ainda se faz necessária a declaração judicial de morte presumida.

De fato, parece-nos que o prazo de 6 (seis) meses de ausência tem o condão de gerar o direito à pretensão de declaração de morte

presumida para fins previdenciários e não o direito ao próprio benefício. Com isso tem-se que referido prazo realmente é simples requisito especial, de natureza temporal, para a concessão da pensão por morte presumida, posto que esta exige a declaração judicial de morte presumida, a qual, por sua vez, só poderá ser exarada se o segurado estiver desaparecido há mais de seis meses.

O problema, contudo, é que para a concessão do benefício, a Lei exige que além da ausência há mais de 6 (seis) meses, haja declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, o que poderia levar a uma demora injustificada na concessão do benefício.

Mas referido prazo deve ser observado apenas para a emissão da declaração de morte presumida para fins previdenciários, não sendo exigível para a propositura da ação declaratória respectiva.

Entendimento em contrário acabaria por penalizar os beneficiários da pensão por morte presumida que teriam que aguardar 6 (seis) meses para ingressar com o pedido judicial de declaração de morte presumida e, além disso, só teriam direito à pensão a partir da data declaração judicial (o que poderia levar mais alguns meses; no mínimo).

Assim, nada impede que uma vez desaparecido o segurado, imediatamente após (sem que se aguarde o prazo de 6 meses) se formule o pedido de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários; até mesmo porque muitas vezes a ação pode demorar mais do que este prazo.

Parece-nos, contudo, que o juízo, deverá aguardar o transcurso do prazo de 6 (seis) para prolatar a declaração de morte presumida, já que é este prazo que faz surgir o direito à declaração. De posse da declaração de morte presumida, os beneficiários da pensão poderão se dirigir ao INSS para requerer o benefício.

4.8 É possível a antecipação de tutela na declaração de morte presumida para fins previdenciários visando à concessão da pensão prevista no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91?

Em princípio, presentes os requisitos do art. 273 do CPC, [arts. 294 e 300 do NCPC] a antecipação de tutela [concessão da

tutela provisória, conforme NCPC] será sempre possível, independentemente da natureza da ação previdenciária; se declaratória ou condenatória.

Assim, mesmo quando se tratar de simples declaração de morte presumida para fins previdenciários, uma vez presentes os requisitos do art. 273 do CPC [arts. 294 e 300 do NCPC], o juízo poderá antecipar a tutela, que mesmo sendo de natureza declaratória e provisória poderá ser utilizada para instruir o pedido administrativo de pensão por morte presumida diretamente junto ao INSS.

Por isso, a correta instrução do feito judicial com todas as provas do desaparecimento do segurado é essencial. Caso já tenha sido formulado pedido de ausência ou de morte presumida para fins civis, na justiça estadual, recomenda-se que os documentos constantes desta ação sejam utilizados como prova emprestada para conferir maior celeridade à apreciação do pedido.

Nessa linha de pensamento, caso o segurado, quando da antecipação de tutela, já se encontre ausente há mais de 6 (seis) meses, a data de início do benefício (DIB) deverá ser fixada pelo INSS na data da antecipação de tutela [concessão da tutela provisória, conforme NCPC], sendo desnecessário que se aguarde a prolação da sentença e muito menos o trânsito em julgado desta para a fixação da DIB.

Isto significa dizer que o INSS, havendo antecipação de tutela, não poderá fixar a DIB em momento posterior ao da antecipação (como a data da prolação da sentença ou do trânsito em julgado). Não será possível, contudo, retroagir a DIB para data anterior à da declaração judicial de morte presumida prolatada pelo Juízo Federal em sede de antecipação de tutela.

Por fim, registre-se que na hipótese da ação visar à própria concessão da pensão por morte (sem que tenha havido prévio requerimento administrativo), e não apenas a declaração de morte presumida, com mais razão ainda será possível a antecipação de tutela, se presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Mas neste

caso, como a declaração judicial de morte presumida é pré-condição para a concessão da pensão, permanece a necessidade de que a DIB da pensão seja fixada (neste caso pelo juízo) na data da antecipação de tutela (desde que a ausência do segurado seja superior a 6 meses).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode observar, a pensão por morte presumida prevista na Lei n. 8.213/91 tem nuances e contornos próprios que a diferenciam das demais hipóteses de pensão por morte.

Tais peculiaridades levam à necessidade de que o estudo do instituto seja realizado de forma individualizada, inclusive com a análise dos conceitos civis utilizados pela lei previdenciária.

Pelo que se pode observar, embora a lei previdenciária se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá, a estes conceitos civis, contornos próprios, não havendo qualquer impropriedade em se admitir que a Lei n. 8.213/91 trata de duas hipóteses de pensão por morte presumida.

A primeira hipótese vem disciplinada no *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts. 22 a 39 do CC). Nesse caso, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91, exige três requisitos específicos: a) a prova do desaparecimento do segurado por conta de evento diverso de acidente, desastre ou catástrofe; b) a prova de que o segurado desapareceu há pelo menos 6 (seis) meses e c) a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários.

A segunda hipótese vem disciplinada no §1º do art. 78 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Nesse caso, além dos requisitos gerais da pensão por

morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do art. 78, §1º, da Lei n. 8.213/91, exige dois requisitos específicos: a) a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e b) a prova de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento).

Diversas questões práticas relacionadas ao instituto nos permitem concluir que o estudo individualizado do tema é essencial para evitar que os beneficiários da pensão sejam prejudicados por conta de seu próprio desconhecimento e por conta do desconhecimento que os operadores do direito têm sobre as peculiaridades da pensão por morte presumida prevista na Lei n. 8.213/91.

REFERÊNCIAS

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha Correia. *Seguridade social*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. Volume 1. São Paulo: Sarava, 2003.

DA ROCHA, Daniel Machado & BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DA ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antônio, Coautores. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Volumes 1 e 2. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOS SANTOS, Marisa Ferreira. *Direito previdenciário esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. 2^a ed. São Paulo: Método, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2^a ed. São Paulo: LTr, 1992.

_____. *Curso de direito previdenciário*. 4^a edição. São Paulo: LTR, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 33^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3^a ed. São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 13^a ed. Niterói: Impetus, 2011.