**A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE NOS CASOS DE MORTE PRESUMIDA**

**Marcia Aparecida Cirilo**

**RESUMO**

Analise da situação de concessão do beneficio destinado aos dependentes do segurado quando da ausência previdenciária, inexistindo o óbito declarado oficialmente em conformidade com as disposições legais da Lei 8.213/91, Decreto n. 3048/99 IN 45 e Constituição Federal de 1988

Palavras chave: pensão por morte- ausência- morte presumida- competência jurisdicional

1. **INTRODUÇÃO**

A pensão por morte é um beneficio previdenciário destinado aos dependentes do segurado conforme previsão legal da Lei 8.213/91.

A Constituição Federal de 1988 garante a proteção a apenas dois tipos de contingencias destinadas aos dependentes e que são concedidos quando ocorrem uma das seguintes situações: morte ou recolhimento à prisão do segurado.

Dispõe o artigo 201 V da CF:

***Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Alterado pela EC-000.020-1998)***

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

O beneficio da pensão por morte independe de carência e consiste numa renda mensal de 100% do salario de beneficio, ou seja, o equivalente ao valor da aposentadoria nos casos do segurado já se encontrar aposentado ou o equivalente a concessão de aposentadoria por invalidez, caso o segurado não fosse aposentado.

A data de inicio do beneficio é a do óbito ou nos casos de morte presumida da decisão judicial que a declare.

Desta forma, para que o beneficio seja concedido é necessário que haja o evento morte do segurado, seja ela natural ou presumida.

1. **DA MORTE NATURAL E PRESUMIDA**

O conceito tanto de morte natural quanto de morte presumida são fornecidos pelo direito civil, e adotados pelo direito previdenciário.

De acordo com o artigo 6º. Do Código Civil Brasileiro tem-se que:

***“A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”***

O conceito de morte natural de acordo com a Professora Heloisa Hernandes Derzi, (...) ***verifica-se com a cessação das atividades cerebrais do individuo, atestada por profissionais de Medicina*** (...)

A morte do indivíduo se comprova com a parada do sistema cardiorrespiratório e a cessação permanente das funções vitais, atestada por profissional da medicina, fundamentando em conhecimentos clínicos e de tanatologia. Entretanto, ***“para efeito de transplante, tem a lei considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas” (DINIZ, 2007, p. 296).***

A lei de Registros Públicos Lei n. 6015/73, prevê ainda que na falta de medico, morte poderá ser atestada, lavrando-se o óbito se houver duas testemunhas que tenham presenciado ou verificado a morte em conformidade com a previsão legal do artigo 77 que assim dispõe:

***“Art. 77 Nenhum sepultamento será feito sem certidão de oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou, em caso contrário, de duas pessoas qualificadas, que tiverem presenciado ou verificado a morte.***”

Desta forma com a morte finaliza a personalidade jurídica da pessoa natural, e esta deixa de ser, portanto, sujeito de direito e obrigações.

Uma vez estudada a morte natural inicia-se uma analise da morte presumida que não deve ser confundida com a ausência que possui previsão legal nos artigos 22 a 39 do Código Civil.

O Código Civil autoriza que, na ausência da comprovação da morte natural, o juiz declare presumidamente a morte, Entretanto, conforme ensina o ministro aposentado do STF Moreira Alves: ***“com a morte real, portanto, há a extinção imediata da personalidade jurídica, e, consequentemente, o falecido deixa de ser titular de direitos e deveres, ao contrário do que ocorre em relação à chamada ‘morte presumida’, que é a morte em que não há cadáver, e, mais, é a morte cuja presunção não destrói a personalidade do que presumidamente morreu, levando-se em conta que, na morte presumida, há a possibilidade de o indivíduo presumidamente morto estar vivo e continuar, onde estiver vivo, a gozar de todos os atributos da personalidade jurídica” (Moreira Alves, 2007, p. 20).***

1. **DISTINÇÕES ENTRE MORTE PRESUMIDA PARA FINS CIVIS E PREVIDENCIÁRIOS**

Os casos de ausência previstos pela norma do Código Civil de acordo com o artigo 22 estabelece que, ***“desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência e nomear-lhe-á curador”***.

Nestes casos a declaração de morte presumida pode ser declarada por meio de uma ação de declaração de ausência que posteriormente ira resguardar os bens deixados pelo desaparecido, partilhando-os entre seus herdeiros após tempo prévio estipulado em lei.

A legislação civil prevê o procedimento sucessório da declaração de ausência para a busca da abertura da sucessão provisória dos bens do de cujus, já, na ausência previdenciária basta o desaparecimento do segurado por um período superior a 6 (seis) meses para que seja provisoriamente concedida a pensão por morte, pois nestes casos considera-se presumido o falecimento do segurado.

Importante salientar que os objetivos buscados por cada legislação no tocante a ausência e morte presumida do individuo diferem, uma vez que a legislação civil busca resguardar os bens do desaparecido, ou, ainda, presumidamente morto, enquanto que a legislação previdenciária busca amparar os dependentes do segurado desaparecido ou ainda, presumidamente morto.

Desta forma não há que se confundir os institutos não podendo portanto ser exigida pelo órgão previdenciário ou até judicialmente, que se apresente ação de declaração de ausência para a concessão do beneficio, uma vez que a própria legislação previdenciária não dispõe desta forma.

Surge então o seguinte questionamento se a morte presumida para fins previdenciários deve ser declarada em procedimento especifico de ausência previsto no Código de Processo Civil, ou se o próprio juiz da causa pode declara-la de forma incidental.

De acordo com a Dra. Marisa Ferreira dos Santos em sua obra Direito Previdenciário Esquematizado, ed. Saraiva, 2ª ed., 2012, p.310 tem-se que:

***“A nosso ver, não é necessário para fins previdenciários que seja declarada a ausência do segurado pelo rito previsto no CPC. O raciocínio é semelhante aquele aplicado quando se trata de reconhecer a existência de união estável: o juiz da causa previdenciária pode reconhece-la para fins previdenciários. Isso porque a declaração so produzira efeitos na esfera previdenciária não acarretando outras consequências de natureza civil, principalmente em matéria de sucessões de bens. Trata-se de dar efetividade a proteção previdenciária devida ao dependente, que não pode ser obstada por questões ligadas a sucessão patrimonial do segurado desaparecido. O direito previdenciário não esta imbricado com o direito sucessório, uma vez que se trata de proteção social e não de questão patrimonial. Esse é o entendimento adotado pela jurisprudência.”***

No Regime Geral de Previdência Social, a morte presumida está regulada pelo art. 78 da Lei 8.213, de 25 de julho de 1991, nos seguintes termos:

***"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 Verificando o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé".***

Na verdade, a Lei 8.213\91, nada criou sobre o assunto, já que a matéria tinha previsão na legislação previdenciária já então vigente. Aliás, embora com aperfeiçoamentos, a morte presumida para efeito de pensão já vigorava na legislação previdenciária desde 1960 (Lei 3.807\60).

Sendo assim são, portanto, duas as condições e situações distintas no caso do desaparecimento do segurado que habilitam os dependentes ao recebimento da pensão provisória:

a) - O simples desaparecimento do segurado por 6 (seis) meses consecutivos - ausência do domicílio e do convívio familiar sem que se tenha notícia do desaparecido, como no caso em tela, habilita o dependente postular o reconhecimento judicial e haver o benefício de pensão provisória perante o ente previdenciário;

b) - O desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, exclui a exigência do prazo de desaparecimento por 6 meses, bem como do reconhecimento judicial.

Neste último caso, basta prova documental, testemunhal ou pericial do acidente, desastre ou catástrofe perante o próprio INSS em processo administrativo.

O maior problema para reconhecimento e concessão do beneficio em tela em face do órgão previdenciário são nos casos do desaparecimento do segurado por mais de 6 (seis meses) de seu domicilio sem que dele haja mais noticia, Nestes casos existe apenas a certeza do desaparecimento sem a presunção de morte imediata, uma vez que o desaparecido poderá retornar a qualquer momento.

A Autarquia Previdenciária insiste em negar tais benefícios justificando pela necessidade de ajuizamento de ação de declaração de ausência na esfera civil em contraposição ao que se estabelece a lei.

No desaparecimento jurídico da pessoa em casos de catástrofe, a declaração de morte presumida pode ser concedida judicialmente independentemente da declaração de ausência, já que o artigo 7º permite sua decretação se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida, como são os casos de acidentes aéreos ou naufrágios. Entretanto, ela só pode ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Com efeito, uma simples pesquisa aos repertórios de jurisprudência dos idos de 80, complementados pela pesquisa aos sistemas informatizados dos anos 90 até os dias atuais, comprovam, à saciedade, a resistência injustificada do ente previdenciário nas ações ajuizadas visando o reconhecimento da morte presumida para efeito da pensão provisória (TFR - 1ª Turma, ac. 52.557, DJU, de 04 de dezembro de 1980; TRF da 1ª Região - apelação 95.01.10890-2 e STJ, RESP 232.893\2000).

Ou seja, mesmo estando a questão da morte presumida explicitada na legislação previdenciária, ainda assim, nestes últimos 30 anos, continua o INSS opondo-se à concessão do benefício de pensão por morte presumida, deixando sem a cobertura previdenciária inúmeras pessoas. As que procuram a via judicial têm seus direitos reconhecidos, mas muitas vezes sem a presteza necessária em face do infortúnio.

A data do inicio do beneficio pensão por morte nestes casos deve ser a do desaparecimento, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça que recentemente, pela Quinta Turma, em caso relatado pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, rejeitou o recurso no qual o INSS sustentou que o pagamento do beneficio em situação de morte presumida é devido a partir da decisão judicial que reconheceu a morte do segurado. No caso em questão, o ex-segurado desapareceu no mar em junho de 1990 e sua morte foi reconhecida por meio de sentença judicial transitada em julgado em setembro de 1998.

Acompanhando a decisão proferida pela Relatora a Turma entendeu que o fato gerador do beneficio é a data do desaparecimento e não a da decisão judicial que declare a ausência.

**4** – **COMPETÊNCIA JURISDICIONAL**

A competência do âmbito jurisdicional (Justiça Estadual ou Federal) para recebimento e processamento da ação judicial para reconhecimento da morte presumida por ausência (desaparecimento por 6 meses consecutivos sem notícia), na forma do caput do art. 78 da Lei 8.231\91 é uma questão de grande relevância no âmbito previdenciário.

Conforme detalhado neste artigo, a competência para o reconhecimento da morte presumida para fins civis devera ser processada na Justiça Estadual Comum tendo em vista o seu objetivo e finalidade, qual seja, sucessão e posterior partilha dos bens do ausente. Já a proteção aguardada para fins previdenciários é outra, qual seja o resguardo de manutenção da vida dos dependentes do segurado ausente e portanto, deve ser o reconhecimento da morte presumida processado perante a Justiça Federal.

Observe-se que na ausência previdenciária busca-se apenas a percepção do benefício previdenciário da pensão aos dependentes do ausente ou desaparecido, devido enquanto permanecer a ausência do segurado.

A competência da Justiça Federal para reconhecimento da morte presumida para efeito do benefício de pensão, já foi inúmeras vezes decidida e confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça (RESP 256.547\2000; 232.893\2000; CC 20.120\99 e CC 12.624\95), mas o que não tem impedido especialmente o INSS de pretender o julgamento da questão no âmbito da Justiça Comum, confundindo o tratamento da matéria pela legislação civil e previdenciária, bem como a destinação específica que ambas buscam regular e proteger.

1. **CONCLUSÃO**

A personalidade jurídica se encerra com a morte que pode ser natural ou presumida, sendo certo que os objetivos determinados pela lei para fins civis e previdenciários são distintos e devem ser aplicados de forma também distinta.

Para efeitos civis é necessária a declaração de ausência do desaparecido, porquanto se fara a sucessão provisória e posteriormente definitiva dos bens deixados pelo ausente ou presumidamente morte, pois o que se busca é resguardar estes bens caso haja o retorno do ausente.

Já para efeitos previdenciários o objetivo é resguardar os dependentes do segurado desaparecido em razão da própria função social da norma previdenciária.

Desta forma não se pode confundir os institutos previstos em normas especificas para cada setor como muitas vezes a Autarquia Previdenciária faz acontecer quando exige seja ajuizada ação de declaração de ausência para a concessão do beneficio previdenciário.

Nestes casos o procedimento para declarar a morte presumida do segurado não precisa seguir o rito especifico da legislação civil, bastando que a morte presumida seja declarada pela justiça federal em procedimento distinto do previsto pelo Código Civil.

Tal estudo busca um aprofundamento na questão da concessão da pensão provisória prevista no artigo 78 da Lei 8213/91 a fim de que não sejam os dependentes do segurado confundidos e prejudicados para se obter a concessão do beneficio que a lei prevê como devido nos casos de ausência ou morte presumida.

1. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVES, José Carlos Moreira. Os efeitos jurídicos da morte. IV Jornada de Direito Civil, Brasília, v. I, p. 17-27, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Código civil Anotado. 13 ed. São Paulo, Saraiva: 2008. 1397 p.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15ª ed., Rio de Janeiro,

Editora Impetus, 2010.

SANTOS, Marisa Ferreira dos Direito Previdenciário Esquematizado 2ed rev.e atual São Paulo Editora Saraiva, 2012.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. 4ª ed., Curitiba, Editora Juruá, 2012.