

EFEITOS DA REVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA EM PROCESSO JUDICIAL DE BPC-LOAS

RESUMO: O presente trabalho tem-se como objetivo discutir a aplicabilidade da lei nº 8.742 em virtude da seguridade social, que visa garantir a vida e o amparo a pessoas que não tem condições de subsistência em virtude de debilidade patológica ou idade avançada igual ou superior a 65 anos, no seio ao direito a saúde, à previdência e a assistência social. Quando este direito é obstruído, vedando a proteção à família, o amparo às crianças, a integração ao mercado de trabalho, a reabilitação de pessoas portadoras de deficiência, e a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa idosa e ao deficiente que comprovem não possuir meios de provimento, o meio de amparo para rediscutir este direito, sendo esgotado a via administrativa, é a demanda jurisdicional. Nesse ponto, dar-se ênfase a tutela antecipada, pontuando com enfoque os efeitos práticos de sua reversibilidade. A importância do estudo está pautada em uma análise sintética dos fatos e das provas que podem revogar a medida antecipatória, gerando o perigo da irreversibilidade. Diante desta perspectiva pergunta-se: a aplicação da lei nº 8.742 discutidas no âmbito jurisdicional tem tido um posicionamento que prove o mínimo ao direito do cidadão e o dever do Estado, com os princípios fundamentais da Constituição e da Seguridade Social.

PALAVRAS-CHAVES: Seguridade Social. Garantias Constitucionais. Tutela de Antecipada. Benefício de Prestação Continuada.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the applicability of Law No. 8,742 by virtue of social security, which aims to guarantee life and protection for people who do not have conditions of subsistence due to pathological weakness or advanced age equal to or greater than 65 years, within the right to health, welfare and social assistance. When this right is obstructed, it prohibits the protection of the family, child support, integration into the labor market, the rehabilitation of people with disabilities, and the guarantee of a minimum monthly wage to the person with a disability and the elderly who prove that they do not have means of provision, the means of support to re-discuss this right, with the administrative route being exhausted, is the jurisdictional claim. At this point, emphasis should be placed on early protection, focusing on the practical effects of its reversibility. The importance of the study is based on a synthetic analysis of the facts and evidence that can revoke the anticipatory measure, generating the danger of irreversibility. From this perspective, the question is: the application of Law No. 8,742 discussed in the jurisdictional scope has had a position that provides the minimum to the citizen's right and the State's duty, with the fundamental principles of the Constitution and Social Security.

KEYWORDS: Social Security. Constitutional Guarantees. Anticipated Guardianship. Continuous Cash Benefit.

1. INTRODUÇÃO

O Estado tem a responsabilidade de garantir o direito à saúde, segurança social e assistência social, de acordo com o disposto no artigo 194 da Constituição Federal, elencando os direitos sociais e o mínimo de subsistência ao cidadão, com acesso à educação, à saúde, à

alimentação, o trabalho, à moradia, o transporte, o lazer, à segurança, à previdência social, à proteção a maternidade e à infância.

Acontece que somente os segurados que contribuam para o regime de proteção, tem a ressalva de segurança para usufruir dos benefícios previdenciários ou até mesmo gerar direito em favor de seus dependentes.

Porém existe uma ressalva, a Constituição Federal delega a uma Lei, o papel de delimitar que os direitos sociais alcancem a todos, pontuando os benefícios assistenciais. A Lei 8.742/93 chamada Lei Orgânica Da Assistência Social – LOAS, normatiza os quesitos essenciais para a concessão do benefício de um salário-mínimo para subsistência. No entanto, esta garantia aplica-se a pessoas com deficiência e idosos com 65 ou mais anos de idade, que comprovem que não têm capacidade para sustentar o seu próprio sustento, ou de tê-la provida por sua família.

A concessão do benefício, será sujeita a avaliação do grau da deficiência e conseqüentemente do afastamento do mercado de trabalho e para vida independente, sendo sujeito a uma avaliação médica e social, realizada por assistentes sociais e médicos peritos do Instituto Nacional De Seguro Social – INSS.

A lei 13.146/2015 considera a pessoa portadora de deficiência, aquela que tem impedimento de longo prazo, considerado superior a 2 anos, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, fazendo com que sua participação na sociedade em iguais condições com as demais pessoas, seja prejudica.

A realização da avaliação social é fundamental para verificar a real condição de subsistência e efetiva situação vivida pelo requerente no meio social, em conjunto com a análise dos componentes do grupo familiar, não podendo ser superior a renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

Sendo cumprido todos estes quesitos, o canal para requerer o benefício de prestação continuada – Loas, é através das agências do INSS, podendo ser requerido presencialmente, na central 135 ou na plataforma digital Meu INSS.

Sanado todas as pendências de documentação comprobatória, a autarquia irá marcar a avaliação médica quando necessário e a avaliação social, concedendo ou negado o benefício.

Desta forma, adentramos no objetivo da presente pesquisa. Sendo negado a concessão do BPC/LOAS, de forma indevida pelo INSS, e esgotando os recursos administrativos para reanálise da suposta decisão, caberá o amparo jurisdicional por meio de ajuizamento de ação de concessão de benefício assistencial, na Justiça Federal.

Ocorre, todavia, que para ao alcance da tutela jurisdicional, é necessário um longo rito processual, de forma que seja produzido vários elementos probatórios, respeitando o princípio do contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, por se tratar de um benefício assistencial, onde em sua totalidade o requerente está em situação de miserabilidade e incapacidade de subsistência, a parte não pode esperar todo decurso do processo, sob o risco de perda da eficácia do procedimento ou do próprio direito pleiteado. Assim, sob o risco da morosidade, é comum o pedido da antecipação da tutela jurisdicional.

Dito isso, conforme previsto no Código de Processo Civil de 2015, é possível a concessão das tutelas provisórias, podendo antecipar os efeitos do processo, anterior a decisão definitiva, mediante o caráter de urgência ou da evidência, ponderando a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo. A grande questão aqui, é que a tutela pode não se estabilizar e ser modificada. Fazendo com que todos os efeitos antecipatórios sejam revertidos.

Desta forma, iremos abordar o assunto e sua problemática em três capítulos, A Seguridade Social e o Assistencialismo, A Aplicabilidade da Lei 8.742, e Os Efeitos Práticos da Tutela Antecipada.

O capítulo inicial, discute o histórico da proteção social com fundamento constitucional e os conceitos do assistencialismo.

O segundo capítulo irá demonstrar a aplicabilidade da Lei de Loas, fundamentando os seus requisitos e as problemáticas de sua concessão.

O terceiro capítulo explicita-se o conceito da tutela antecipada e os efeitos práticos.

Neste sentido a metodologia aplicada para o desenvolvimento desde artigo foi fundada pelo método científico, exploratório, descritivo e explicativo, com pesquisas bibliográficas utilizando das contribuições dos diversos autores que trabalham com a temática, em artigos, pesquisa em livros e trabalhos científico, sob o método dedutivo.

2. A SEGURIDADE SOCIAL E O ASSISTENCIALIMOS

2.1 Histórico da Seguridade Social

De acordo com o dicionário, o significado de seguridade é o “sistema de proteção público que zela pela segurança social dos cidadãos em caso de desemprego, velhice, doença e situações de invalidez para o trabalho” (AURÉLIO, 2009).

Esta expressão seguridade social, foi utilizada pela primeira vez, oficialmente pelo “Social Security Act” em 1935, editado pelos EUA como política do “New Deal”, idealizada pelo presidente Roosevelt que abarcava a previdência e a Assistência Social naquele país.

Este sistema protetivo, surgiu em 1601, a partir das lutas travadas pelos trabalhadores em busca de melhores condições de vida. Neste mesmo ano, ocorreu na Inglaterra, a Lei Dos Pobres “Poor Relief Act”, que buscou amparo público aos necessitados.

Alguns séculos mais tarde, na Inglaterra em 1942, ocorreu o marco primordial para seguridade social que conhecemos atualmente, o Plano Beveridge, por Willian Bevereridge.

Ele defendia, que a seguridade social, deveria alcançar todas as categorias laborativas, dando foco na saúde, previdência e assistência social, através de recursos tributáveis, impostos para a sociedade, alcançando assim todos os cidadãos e fornecendo o mínimo de subsistência.

Posteriormente, em 1883, se iniciou na Alemanha a positivação de leis assegurando auxílio-doença, auxílio compulsório por acidente de trabalho e seguro por invalidez e velhice, por Otto Von Bismarck.

Durante o século XX, com a polarização do tema a nível mundial, chegou a discussão da seguridade social no Brasil. Porém ainda estava longe de alcançar todas as esferas da sociedade.

Em 1891 tivemos no Brasil a primeira lei estabelecendo o direito a aposentadoria por invalidez, porém somente para servidor público, custeado pela população através de tributos.

Somente em 1988, com a consolidação da carta magna, vigente até os dias atuais, a Constituição Federal República, definiu o sistema de seguridade no Brasil, norteando os preceitos base da previdência social, da assistência social e também da saúde pública, através de uma forma de custeio, para subsidiar ações em cada uma dessas áreas, firmando um orçamento específico na lei orçamentaria anual.

Vale ressaltar, que os termos “seguridade social” e “seguro social”, se diferem. O sistema de seguridade social no Brasil, está relacionado ao subsistema contributivo e não contributivo, onde o primeiro se volta para previdência social, através de contribuições previdenciárias dos segurados, e este último se refere ao sistema de saúde pública e assistência social, alcançando assim os cidadãos que não são segurados da previdência e necessitam de amparo estatal, resguardando assim a dignidade da pessoa humana, mediante a realização do bem-estar e da justiça social.

De acordo com o artigo 1º da Lei 8.742/93, “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos

sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Desse modo, de acordo com Frederico Amado (2019), podemos definir a seguridade social, como o dever Estatal, protegendo o seu povo de situações adversas e não previsíveis, podendo causar sua miséria e instabilidade social, providenciando recursos mínimos para subsistência e resguardando a dignidade humana, através de um sistema de proteção social.

2.2 A Seguridade Social na Constituição Federal

O estudo constitucional da seguridade social, de acordo com Ivan Kertzman (2019), se divide em duas partes: princípios constitucionais e dispositivos constitucionais.

Segundo NUNES (2002: 37), são os princípios constitucionais que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico, firmando sua importância a interpretação de normas jurídicas em geral.

A Carta Magna, define as diretrizes constitucionais através dos princípios fundamentais, os objetivos específicos da seguridade social em seu artigo 194, porém uma grande diversidade de outros princípios aplicáveis, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso 3º, CF/88) e o não retrocesso social (art. 60, inciso 4º, parágrafo IV, CF/88), onde veda a possibilidade de reforma constitucional tendenciosa a abolir os direitos e garantias individuais e os seus direitos sociais, não sendo possível Emendas Constitucionais redutoras aos direitos sociais.

Alguns dos princípios fundamentais, elencados pela Constituição Federal, devemos pontuar o princípio da solidariedade social, universalidade da cobertura e do atendimento e da proteção ao hipossuficiente.

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, já elencado no art. 1º da Constituição Federal, está diretamente relacionado á seguridade social, tendo em vista que o objetivo central é a assistência às vidas humanas.

Por ser tratar de um tema subjetivo, se tornou difícil conceituar o que seria uma vida digna. Por esse motivo o Supremo Tribunal Federal, delimitou em 2017 em sede de Recurso Extraordinário (835558), a dignidade da vida humana como o mínimo de condições básica para subsistência e integridade, dando ênfase no mínimo existencial, para o desfrute da própria

liberdade. Ao analisar o litígio onde o requerente busca o amparo assistencial mínimo para sobrevivência, ou acesso ao tratamento de saúde que vai lhe proporcionar uma vida digna, o sistema judiciário deve elencar este princípio como fundamental para sua decisão,

Este princípio está correlacionado ao sistema de seguridade social, garantindo assim o acesso eficaz aos direitos sociais, em virtude das diferenças socioeconômicas, como dificuldades de acesso aos serviços básicos, saúde, transporte público, saneamento básico e educação, nem todos têm a capacidade de garantir sua subsistência, pautado no mínimo da dignidade humana.

2.2.1 Princípio da Solidariedade

O princípio da solidariedade, descrito no artigo 3º da Constituição Federal, é o pilar do direito previdenciário, através dele é firmado todas as medidas de proteção do Estado, mesmo não estando no rol do artigo 194 da Constituição Federal.

Este princípio deve orientar a seguridade social, o dever do Estado entre contribuições e contraprestações, abrangendo proteção a todos os indivíduos da sociedade.

A solidariedade do sistema previdenciário, obriga que parte de todo custeio seja direcionado ao regime protetivo, mesmo que os segurados nunca sejam beneficiados.

Por exemplo, o aposentado do Regime Geral da Previdência, que retoma ao mercado de trabalho, ele será obrigado a verter contribuições, mesmo não gerando benefício algum.

Podemos citar também, o jovem contribuinte que se acidenta no âmbito do trabalho, gerando uma incapacidade permanente para o trabalho, ele terá o benefício pecuniário de forma vitalícia.

O segurado que contribuiu junto a previdência durante 20 anos, tendo falecido sem deixar dependentes, jamais se beneficiará de seus recolhimentos.

Assim, percebe-se que a solidariedade é fundamental para sistema de custeio da previdência social.

2.2.2 Princípio da Universalidade da cobertura e do atendimento

Elencado no artigo 194, da Constituição Federal, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, visa que todos devem estar cobertos pela proteção social.

O regime de previdência obriga a todos que exercem atividade remunerada, efetivar de forma devida e obrigatória contribuições, disponibilizando assim os serviços de saúde e assistência social.

Este princípio defende que a proteção social, tem a obrigação de alcançar todos os eventos que a reparação seja permanente, com o intuito de manter a subsistência de quem dela necessite, pautado nos riscos sociais como a morte e também a invalidez.

2.2.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso, tem fundamental importância para o ordenamento jurídico social.

De acordo com Canotilho, os direitos fundamentais devem ser dotados de garantias e estabilidade, em relação as conquistas já alcançadas pela sociedade em relação ao legislador.

Os direitos fundamentais são subjetivos de natureza negativa. O Estado não pode suprimi-los, e quando se impõe a vedação ao retrocesso, os direitos sociais são os de maior foco, como à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança e a previdência social.

É importante ressaltar, a ligação do princípio da vedação ao retrocesso com a confiança legítima e da segurança jurídica.

Se estes direitos já estão positivados e estáveis no ordenamento jurídico, o legislador infraconstitucional não pode reprimir ou retroceder em relação a estes direitos.

A única possibilidade de retroceder em relação aos direitos fundamentais, é caso o legislador apresente políticas compensatórias, ou seja, é reduzido um direito já positivado compensando de uma outra forma.

2.2.4 O Assistencialismo

O assistencialismo, foi desenvolvido principalmente pela igreja católica, quando o Brasil ainda era colônia de Portugal. Todas as ações pela igreja eram voltadas para ajudar a população que não tinham condições de subsistência, todos aqueles que eram afetados pela miserabilidade, crianças e adolescente abandonados, idosos, famílias sem condições de provimento e pessoas em situações de rua.

E por muitos anos, esta ação de iniciativa da igreja foi a única política de assistência social no país, tendo em vista que o Estado não reconhecia a miserabilidade e as condições de subsistência, uma questão social, política e dever do Estado.

Somente em 1930, este assunto começou a ser tratado pelos legisladores, no governo de Getúlio Vargas. A classe dominante naquela época no Brasil, estava associada a igreja, que possuía como base ideológica o serviço social.

Com a Constituição Federal de 1934 tivemos o grande marco para o assistencialismo, com o foco no atendimento a famílias pobres e sem condições de subsistência, com a criação da Legião Brasileira de Assistência (LBA).

O Assistencialismo se desenvolveu por meio de ações pontuais, como a criação do Programa Nacional de Alimentação e Nutrição, criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, e por fim a assistência social aos desempregados e à infância, porém o conjunto de todas estas políticas não alcançava o mínimo social na garantia a sobrevivência.

Somente com a Constituição Federal de 1988, houve avanços significativos contra miséria, acessibilidade aos menos favorecidos e políticas eficazes contra a pobreza, fundamentando assim os artigos 203 e 204:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - O amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - A garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - Descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - Participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (BRASIL, 2001, p. 118-119).

Alguns anos seguintes, após a Constituição delimitar a assistência social, como uma política não contributiva, por meio de benefícios e serviços, foi desenvolvido a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), lei 8.742 em 1993, buscando o amparo a proteção social básica e especial, assegurando todos os direitos dos cidadãos.

Está mesma lei, regula também o Benefício de Prestação Continuada (BPC), com objetivo de garantir o mínimo social, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais.

Após tantos avanços sociais, foi criado o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) em 2005, com objetivo de promover acessibilidade aos programas, benefícios e projetos sociais, completando assim o tripé da Seguridade Social, juntamente com a Saúde e a Previdência Social.

3. LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL, LEI 8.742/93

3.1 Aplicabilidade da Lei de Loas

A Previdência Social, assegura as pessoas que contribuam ao regime de proteção previdenciário, seguradas da previdência, adquirindo o direito de usufruir de benefícios ou gerir direitos em favor de seus dependentes.

Ocorre que, aqueles que nunca contribuíram para a previdência, e não tem condições de subsistência, e incapacidade laborativa de ingressar ao mercado de trabalho, devem ser amparados pela tutela Constitucional, por meio de assistência social e o princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal, ao idoso ou a pessoa deficiente, que não possui meios de prover sua própria manutenção ou ainda sim, ser provida por sua família.

Trata-se de um benefício assistencial, tendo em vista que não está relacionado ao provimento de manutenção dos segurados da previdência e que não possa se cumular com nenhum outro benefício e também não gera o direito ao 13º salário e pensão por morte, ou seja, o benefício é uma garantia tutelado pelo Estado, para que haja o mínimo de subsistência as pessoas que por motivo de idade avançada ou deficiência, não possuam a capacidade de se subdesenvolver na sociedade.

A lei responsável por regulamentar e definir as regras para instituir os benefícios assistências é a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. Por meio dela, será definido todos os parâmetros para concessão destes benefícios, elencado a definição de pessoa idoso, pessoa portadora de deficiência, parâmetros de subsistência, e conceituação de grupo familiar.

O BPC é pago pelo Governo Federal, com o auxílio do Instituto Nacional da Previdência Social (INSS), para verificar os requisitos mínimos para concessão do benefício e também a regulação do devido pagamento de um salário mínimo.

3.2 Fundamentos e requisitos

O benefício assistencial da LOAS, assegura o direito ao recebimento de um salário-mínimo mensal, devido a pessoa portadora de deficiência ou idosa, desde que enquadre nos requisitos delimitados pela Lei 8.742/93.

A idade para considerar a pessoa idosa, já passou por diversas mudanças. No período de 1996 a 1997 à idade mínima era de 70 anos. A partir de 1998 a 2003 passou a ser de 67 anos.

Com a aprovação da lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso, regulou e entrou em vigência em 2004 a idade mínima de 65 anos para o idoso ter direito aos benefícios assistenciais, sendo vigente até os dias atuais.

Por sua vez, o quesito dá para considerar-se pessoa portadora de deficiência, é mais amplo. A lei 12.470/2011, considerava-se o deficiente, como incapacitado para a vida independente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, de natureza hereditária, congênita ou adquirida (artigo 20, inciso 2º da antiga redação da Lei 8.742/93).

Em 2015, com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146), tivemos uma nova definição, delimitando a pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental intelectual ou sensorial, onde suas interações com uma ou mais barreiras, podem prejudicar sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo o impedimento igual ou superior a 2 anos (artigo 20, inciso 2º da Lei 8.742/93).

Para que seja possível avaliar o grau de deficiência, a concessão do benefício fica sujeita a perícia de avaliação médica e social, realizada por médicos peritos e assistentes sociais, do Instituto Nacional de Previdência Social – INSS, para que seja relatado o grau de impedimentos.

Além da incapacidade para o trabalho, é avaliado a incapacidade para vida independente, fazendo com que seja possível receber o benefício pago pelo Governo Federal, desde o nascimento, de acordo com o teor da Súmula 29 da Turma Nacional De Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, pontuado a incapacidade para a vida independente, aquela que impossibilita o provimento ao próprio sustento.

Também foi delimitado pela TNU, na Súmula 48 que, “A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada” e ainda mais recente na Súmula 80, a TNU dispôs, “nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11 para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessário a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente”.

Esta Súmula foi fundamental para conseguir comprovar o impacto que a deficiência causada na vida plena do requerente ao benefício, através do laudo elaborado pelo assistente social.

3.3 Problemáticas da concessão

Vislumbrados os critérios adotados para considerar a pessoa idosa ou deficiente, e o caráter de não possuir meios de provimentos ao seu próprio sustento, e nem o ter provido por sua família, devemos analisar por fim o último quesito necessário para concessão do benefício, a definição dos componentes do grupo familiar, para análise do critério da renda per capita.

É considerado como família de baixa renda, e incapacitada de prover o mínimo de subsistência ao idoso ou ao deficiente, aquela cujo cálculo da renda, somada através dos provimentos de todos os integrantes do grupo familiar, seja inferior a ¼ do salário-mínimo.

O Estatuto do Idoso, alterou o parágrafo único do artigo 34, onde delimitava que o benefício concedido ao idoso, não seria computado para fins de cálculo da renda familiar per capita, para concessão de novos benefícios assistenciais.

Esta nova redação, gerou dispendiosas interpretações e problema na análise de concessão de benefícios assistenciais. O texto delimita que não será computado a renda, em caso de concessão do benefício ao idoso, deixando uma brecha, onde será contabilizado o componente do grupo familiar que receba o benefício assistencial, por ser deficiente, este rendimento computará a renda familiar, impedindo nova concessão assistencial.

Diante desta discussão, para pacificar o entendimento acerca do tema, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), se posicionou da seguinte maneira:

Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do estatuto do idoso (lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário-mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da lei n.

8.742/93" (resp 1355052/sp, rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, julgado em 25/02/2015, dje 05/11/2015).

Portanto, mais de um membro do grupo familiar, pode receber o BPC-LOAS. Estendendo a exclusão, a título de cálculo de renda familiar do benefício já concedido ao deficiente e também ao idoso, no grupo familiar.

Não obstante, a flexibilização do critério objetivo de definição da pessoa incapaz de prover o próprio sustento, também foi tema de forte polêmica jurisprudencial.

O STF havia pacificado, por meio da ADI 1.232/98 de que é vedado a concessão do benefício assistencial, quando a renda per capita for superior ao estabelecido em Lei, mais precisamente no artigo 20, inciso 3º da Lei 8.742/93.

Porém em recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal, confirmou a inconstitucionalidade do seguinte artigo, tendo em vista que não é possível tratar tais critérios meramente objetivos. A Reclamação 4374 e Res 567985 e 580963, ambos com repercussão geral, delimitou que os requisitos da lei se mostram defasados quanto ao critério de miserabilidade atual.

A Turma Nacional De Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), chegou até a editar a Súmula 11, conforme podemos ver:

A renda mensal per capita, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20 inciso 3º da lei n. 8742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

Por fim, houve a flexibilização do entendimento jurisprudência em relação aos critérios de miserabilidade, delimitando que poderão ser aplicados outros elementos probatórios, afirmando a real condição de subsistência e vulnerabilidade do grupo familiar.

A concessão também dependera da previa inscrição no Cadastro Único de famílias de baixa renda, se responsabilizando por sua manutenção a cada 2 anos, por meio dos canais de atendimento da Previdência Social ou de outros canais definidos em ato do Ministro do Estado do Desenvolvimento Social, como por exemplo o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS).

É válido ressaltar que caso a pessoa com deficiência ou idosa, que recebe o benefício de prestação continuada, exercer atividade remunerada, informal ou formalizada, terá o benefício suspenso, conforme previsto no artigo 47 do Decreto 6.214/2007.

Após a notificação sobre a irregularidade identificada, se inicia o prazo de dez dias para apresentação da defesa. Não possível a notificação, o benefício será bloqueado.

4. OS EFEITOS PRÁTICOS DA TUTELA ANTECIPADA

4.1 Conceito

A tutela antecipada foi regulada em 13 de dezembro de 1994, pela lei 8.952, com objetivo de alcançar a segurança jurídica a efetividade da prestação jurisdicional, evitando que o perigo da demora do processo, prejudicasse o direito requerido, sob o risco de dano irreparável.

O artigo 273, parágrafo 2º do Código de Processo Civil Brasileiro, delimita que o Juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde que exista prova inequívoca, não havendo irreversibilidade do provimento antecipado.

A antecipação da tutela, tem como objetivo alcançar os efeitos da propositura da ação, no início do processo, ainda que o direito pleiteado não esteja inteiramente comprovado, desde que tenha prova inequívoca suficientes para demonstrar ao Juiz o convencimento das prestações alegadas.

Portanto, a tutela busca romper o rito processual comum, onde o risco da morosidade e da exauriente produção de provas, visando respeitar o contraditório e ampla defesa, de provimento provisoriamente ao bem vida tutelado, em momento anterior ao julgamento do mérito.

Diante disso, é importante salientar, conforme descrito no parágrafo 2º do Código de Processo Civil, o perigo da irreversibilidade, onde não foca à coisa julgada material, mas sim os efeitos causados pela antecipação da tutela, ao final da sentença.

A necessidade da reversibilidade dos efeitos da tutela, busca fazer com que os efeitos concedidos de forma antecipatórias, seja possível, em caso de improcedência ou até mesmo decisão reformada em segunda instância, voltar ao estado quo anterior a concessão, buscando a ressalvar o direito daquele que teve a tutela pleiteada contra si.

Ocorre, todavia, que o tema se tornou matéria controvertida entre os doutrinados, visto que os limites da irreversibilidade devem ser analisados sobre o provimento final ou os efeitos de práticos de sua reversibilidade.

A corrente majoritária, se posiciona favorável ao entendimento fático da irreversibilidade, conforme fundamenta o professor J.E.Carreira Alvim:

“Irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário –, mas da consequência fática que dele resulta, pois, esta é que poderá correr o risco de não ser repostas no status quo ante, ou não o ser em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não estaria em condições de suportar”.

Portanto, o dispositivo se mostra deficiente em fundamentação técnica, tendo em vista que a provisão antecipatória sempre será reversível, e cabível de agravo de instrumento, dando caráter provisório e também revogável.

4.2 Efeitos Práticos da Tutela Antecipada em Benefícios de Prestação Continuada

O Benefício de Prestação Continuada – BPC, conforme explicitado, é uma prestação paga pela União, onde assegura o pagamento de um salário-mínimo mensal, sem o direito ao 13º (decimo terceiro) salário, a pessoa que não possua capacidade de prover sua própria subsistência, ou tê-la provida por sua família.

É garantia constitucional do cidadão, o Benefício Assistencial presente no art. 203, inciso V da Constituição Federal, sendo regulamentado pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

Quando este direito ao cidadão não é alcançado, os Juizados Especiais têm competência, através de demanda judicial, para rediscutir o direito a concessão do benefício, de forma gratuita e com maior celeridade processual, sendo representado por um advogado.

É comum nesses casos, se pedir a tutela antecipada de urgência, visto que é requisito do benefício assistencial o estado de miserabilidade do cidadão, onde não se tem o mínimo para subsistência.

Na presente situação, com fulcro nos artigos, 300 do Código de Processo Civil, a tutela será concedida, quando houver fundamentação em provas suficientes para demonstrar evidência a probabilidade do direito e o perigo de dano e risco ao resultado útil do processo.

Podemos observar na Súmula 51 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que os valores recebidos por boa-fé, por força de antecipação dos efeitos da tutela, caso revogada, são irrepetíveis em razão da verba alimentar.

Entretanto a partir do Recurso Especial nº 1.384.418, se iniciou uma discussão, prevalecendo o entendimento de que a teoria de irrepetibilidade dos alimentos não seria suficiente para fundamentar a não devolução dos valores indevidamente recebidos.

Ocorre que se iniciou uma discussão, no ordenamento jurídico, que foi regulado por meio do Recurso Especial 1.401560/MT, cancelando a Súmula 51 da TNU, sob o entendimento

de contrariedade com a corte. No presente recurso o INSS pauta o artigo 273, parágrafo 3º e artigo 811 do Código de Processo Civil, inciso terceiro, alínea "a", da Constituição Federal, fundamentou por meio da reforma da sentença recorrida a título de benefícios previdenciários recebidos de forma indevida, a obrigatoriedade de devolver os benefícios previdenciários recebidos de forma indevida, pautando a vedação do enriquecimento sem causa.

O INSS, por meio da AGU, sustenta que não é viável a argumentação de boa-fé ao recebimento, tendo em vista, que em virtude da característica da tutela, havia o pleno conhecimento de seus efeitos de reversibilidade.

O entendimento do STJ, em relação ao tema está ligado a responsabilidade civil objetiva, obrigando por meio do benefício da tutela antecipada, a devolução dos devidos valores recebidos, com fulcro nos artigos 115, II, da Lei nº8.213 de 1991, no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição.

Diante do exposto resta duvidosa o posicionamento jurisprudencial em virtude da devolução dos valores sendo que fere o princípio da irrepitibilidade dos alimentos.

Todo ordenamento jurídico, é regulado pelos princípios fundamentais. O princípio da irrepitibilidade dos alimentos, está ligado ao recebimento de boa-fé de caráter alimentar, cuja finalidade é a subsistência, não existindo a possibilidade de restituição.

Em síntese, argumentando todos os fatos direcionados aos quesitos do Benefício de Prestação Continuada, é inquestionável, a natureza do benefício em detrimento da sobrevivência, afastando qualquer resquício de enriquecimento ilícito.

Entende-se que os fatos objetivos da concessão da tutela antecipada, está ligado a possibilidade de reversibilidade dos efeitos antecipatórios. Ocorre que, em relação aos pagamentos dos respectivos benefícios assistenciais, em suma estão ligados ao único provimento da vida, em relação ao custeio as necessidades básicas, como por exemplo alimentação e moradia, de modo que a cobrança dos valores recebidos por boa-fé em virtude da tutela antecipada, gere o comprometimento substancial de sobrevivência, ferindo assim o direito a vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o problema relacionado as condições de miserabilidade, e má distribuição dos recursos produzidos, gera grandes mazelas sociais.

Este assunto passa a ser ainda de maior complexidade quando relacionado a pessoa portadora de deficiência ou idosa, que não possui capacidade de provimento próprio ou que ainda, sua família consiga provê-lo.

Sucedese que, por meio da Constituição Federal em seu artigo 194, são elencados os direitos sociais, e o mínimo de subsistência vislumbrando a isonomia, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a vida.

A Constituição Federal, delegou a uma lei a responsabilidade de legislar sob o âmbito social, onde os direitos ao cidadão alcançarão a todos. Tantos segurados da Previdência Social, por adquirir seguridade por meio das contribuições, e aqueles que não possuem contribuições por fatores de debilidade patológica ou idade avançada, não são capazes de ingressar ao mercado de trabalhando, se tornando assim vulneráveis na sociedade.

A Lei 8.742/93, assegurou o direito de receber um salário-mínimo mensal, a este grupo de pessoas vulneráveis, desde que cumpram os quesitos necessários, como deficiência, idade avançada e grau de miserabilidade.

A idade necessária para considerar a pessoa idosa, por meio de aprovação da Lei 10.741/03 do Estatuto do Idoso, é de 65 anos, tanto para homem como também para mulher.

E para considerar a pessoa portadora de deficiência, com fundamento na Lei Orgânica de Assistência Social, lei 12.470/11, considera-se o deficiente aquele cujo incapacidade afeta os atos da vida independente e laborativa, em razão das anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita, adquirida sendo física, mental ou sensorial, superior a dois anos, onde comparado com as pessoas da sociedade de igual modo, seria prejudicada.

Por meio da avaliação pelo médico perito do INSS, será delimitado o grau da incapacidade gerada pela patologia. E por meio da avaliação social, é verificado a real condição de subsistência e efetiva situação vivida no meio social, em conjunto com a análise dos componentes do grupo familiar, não podendo ser superior a renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

Cumprindo todos estes quesitos, e sanando a fase de produção de provas no âmbito administrativo, caberá a Central de Análise de Benefícios (CEAB), a concessão ou o indeferimento do pedido pleiteado.

Sendo negado a concessão do BPC/LOAS, e esgotando os recursos administrativos para reanálise da suposta decisão, caberá o amparo jurisdicional por meio de ajuizamento de ação de concessão de benefício assistencial, no âmbito jurisdicional.

Ocorre que, para buscar o amparo jurisdicional, por meio do rito processual comum, deve-se passar pela fase do contraditório, ampla defesa, produção de provas, e julgamento do mérito, fazendo com que seja moroso e leve ao risco de dano irreparável ao direito pleiteado.

Nesse sentido, por se tratar de benefício assistencial, tutelando o mínimo de subsistência e o amparo a dignidade da pessoa humana, se tratando de verba alimentar, é comum o pedido e concessão da antecipação da tutela jurisdicional, conforme previsto no artigo 300 do Código de Processo Civil.

Dito isso, conforme entendimento do Juiz e o conjunto probatório demonstrando a alta probabilidade ao direito, a tutela poderá ser concedida, gerando os efeitos práticos antecipatórios.

A problemática está relacionada a estabilização ou não da tutela, podendo ser revertida ou modificada. Fazendo com que todos os efeitos antecipatórios percam sua eficácia e sejam revertidos.

Portanto é importante salientar a virtude da criação da lei voltado a assistencial social e ao cuidado ao cidadão que por boa-fé, sob o esmerado capricho do princípios fundamentais e constitucionais, buscou o amparo jurisdicional para concessão de assistência substancial, em contrapartida ao Recurso Especial 1.401560/MT, onde não tenha que devolver os valores recebidos por força de antecipação da tutela concedida na sentença em virtude do caráter alimentar do benefício, em questões substanciais de sobrevivência, gerando assim o mínimo de dignidade ao direito à vida.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória. 2ª ED.** São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do estado.** Niterói: Impetus, 2009.

BOCHENEK, Antônio César; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; NASCIMENTO, Márcio Augusto (coord.). **Súmulas TNU (Turma Nacional de Uniformização dos Juizados especiais federais). Organizadas por assunto, anotadas e comentadas.** Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõem sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Lei orgânica da assistência Social.** Brasília: MPAS / SAS, 1993. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

FOLMANN, Melissa. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (loas): teoria e prática**. Curitiba. Juruá. 2012.

In COLIN, Denise Ratmann Arruda; FOWLER, Marcos Bittencourt. **Lei orgânica da assistência social**. São Paulo; Veras, 1999. p. 96.

LAZZARI, João Batista. **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial**. 8ª edição. Rio de Janeiro. 2016.

SERAU. MARCO AURÉLIO, **Lei orgânica de assistência social - loas - atualizada 11/05/2020** - Edição 1ª Editora- Juruá Editora.