

A inconvenção superveniente da LOAS e a não efetivação da justiça pelo estado brasileiro

The supervening unconventionality of the brazilian social assistance organization law – LOAS and the failure to execute justice by the brazilian state

Recebido: 17/05/2024

Aceito: 21/06/2024

Ricardo Bernd Glasenapp¹, Tais Mallmann Ramos²

RESUMO

O artigo analisa o controle da convencionalidade das leis e atos jurídicos após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição brasileira. Aponta que, a partir daí, impôs-se a adequabilidade das normas legais diante da superveniência de tratados de direitos humanos implicando declaração de inconvenção quando as normas não se revelam de conformidade com os tratados supervenientemente incorporados. O objetivo foi comprovar a superveniente inconvenção da Lei de Organização de Assistência Social – LOAS com Convenção de Nova Iorque dos Direitos das Pessoas com Deficiência devidamente incorporada ao sistema jurídico brasileiro. Para tanto foi utilizado o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: controle da convencionalidade, LOAS, convenção de Nova Iorque dos direitos das pessoas com deficiência, inconvenção superveniente.

ABSTRACT

The article analyzes the control of the conventionality of laws and legal acts after the promulgation of Constitutional Amendment nº 45, which added § 3 to art. 5th of the Brazilian Constitution. It points out that, from then on, the adequacy of legal norms was imposed in the face of the supervening human rights treaties implying a declaration of unconventionality when the norms do not prove to be in conformity with the superveningly incorporated treaties. The objective was to prove the supervening unconventionality of the Brazilian Social Assistance Organization Law – LOAS with the New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities duly incorporated into the Brazilian legal system. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used.

Keywords: control of conventionality, LOAS, New York convention on the rights of persons with disabilities, supervening unconventionality.

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: ricardoglasenapp@gmail.com

² Doutora em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE - SP), São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: tais.ramos@mackenzie.br

1 INTRODUÇÃO

O tema controle de convencionalidade surgiu no Direito brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal, que inovou o cenário de proteção aos Direitos Humanos ao elevar a status constitucional os tratados de direitos humanos a serem celebrados a partir dali. Em decorrência desta valorização dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal passou a interpretar os tratados de direitos humanos celebrados em data anterior a 2004 como tendo status supralegal e infraconstitucional. Sendo certo que o conjunto destes tratados internacionais de direitos humanos forma o parâmetro do controle de convencionalidade das normas jurídicas. Com a observação desta nova forma de controle das normas jurídicas, alguns aspectos relevantes passaram a ser analisados pela doutrina pátria, como a possibilidade de realização de controle difuso de convencionalidade.

O que se pretende, portanto, no presente artigo é demonstrar a ocorrência da inconvenção superveniente no ordenamento jurídico brasileiro no *leading case* da LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social, que se tornou inconvenção diante da Convenção de Nova Iorque dos Direitos das Pessoas com Deficiência. No desenvolvimento do estudo será utilizada doutrina especializada no assunto, bem como alguns julgados pátrios correlatos ao tema; para tanto será utilizado o método hipotético-dedutivo.

2 DA NOVA HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS DIANTE DA INOVAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA ADVINDA COM A INSTITUIÇÃO DO § 3º NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diante da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 a discussão sobre o conflito entre tratados internacionais e lei interna voltou à baila no universo jurídico nacional. Tal discussão é gerada pela inovação no direito pátrio que esta emenda constitucional trouxe ao Texto Constitucional. Com esta emenda acrescentou-se ao art. 5º o § 3º, que afirma que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Até a promulgação desta emenda constitucional, ou seja, até 30 de dezembro de 2004, os tratados e convenções internacionais, mesmo que tratando de direitos humanos, entravam no direito interno, com uma posição hierárquica de leis ordinárias. Desta forma, o procedimento constitucional adotado para que tratados e convenções internacionais passassem a vigorar no País era o mesmo da lei ordinária; qual seja, deveria ser, após a assinatura do agente plenipotenciário, aprovado pelo Congresso Nacional por meio de quórum de maioria simples, conforme disposto no art. 47 da Constituição Federal e, posteriormente, ratificado através da promulgação de decreto presidencial.

Muito embora o procedimento constitucional para internalização do tratado internacional de direitos humanos, antes da Constituição Federal de 1988, fosse o acima exposto, ou seja, o mesmo de lei ordinária, cumpre lembrar que a jurisprudência já estava consolidada no sentido de dar hierarquia supralegal e infraconstitucional a tais tratados internacionais de direitos humanos; como bem deixa claro o trecho jurisprudencial que segue

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). [...]³

Acerca desta hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, Flávia Piovesan muito bem afirma que

ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema

³ BRASIL. STF. (RE 349703, relator: Min. Carlos Ayres Britto).

jurídico de 1988, em especial do valor da dignidade humana – que é o valor fundante do sistema constitucional. Insiste que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º § 2º da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas do Estado⁴

Portanto, inquestionável é a valorização trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 para os direitos humanos no Brasil. Além de elevar os tratados internacionais de direitos humanos ao status constitucional, vale lembrar que a criação do incidente de deslocamento de competência como forma de maior efetivação da proteção estatal dos direitos humanos também se deu por meio da referida emenda constitucional.

Sobre o relevante papel dos direitos humanos para o Direito Constitucional moderno, Canotilho⁵ asseverou

Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global (...) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (...) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional).

Nas palavras acima citadas de José Joaquim Gomes Canotilho podemos observar a relevância dos Direitos Humanos, nos dias atuais, para o constitucionalismo moderno, especialmente quando tratamos não apenas da efetivação de direitos das pessoas, mas também da valoração que o ordenamento jurídico passou a dar a tais normas. Como se desprende da análise feita até aqui, os Direitos Humanos foram alçados ao nível constitucional como forma de se garantir uma maior proteção estatal à sociedade.

Desta forma, podemos admitir que os direitos humanos passaram por uma transformação significativa no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional

⁴ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 6, p. 211. Ago/2011, p. 211.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 49.

nº45/2004 e, naturalmente, toda a jurisprudência surgida em decorrência dela, restando clara a intenção estatal de trazer uma maior proteção às pessoas residentes no País.

Uma vez demonstrada esta inovação jurídica no Brasil advinda com a instituição do §3º no artigo 5º da Constituição Federal, e toda sua influência no ordenamento jurídico e jurisprudência decorrente, passaremos a observar o controle de convencionalidade.

3 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Acerca do controle de convencionalidade, já antecipamos que se trata de uma compatibilização vertical das leis nacionais diante de tratados internacionais de Direitos Humanos já ratificados. Desde que a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi promulgada o debate acerca do conflito entre tratados internacionais e lei interna voltou à temática do universo jurídico nacional. Este debate foi gerado pela inovação no Direito que esta emenda constitucional trouxe. Dentre tantas inovações constitucionais que esta emenda constitucional trouxe, destacamos o acréscimo ao art. 5º o § 3º, que determina que

os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Trata-se, portanto, o controle de convencionalidade da verificação da compatibilidade vertical das leis e atos normativos nacionais diante de tratados internacionais de direitos humanos já ratificados, quer no nível constitucional quer no nível supralegal e infraconstitucional. André de Carvalho Ramos conceitua o controle de convencionalidade como a “análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais”⁶

Flavia Piovesan observa o controle de convencionalidade mais voltado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos do que internamente, vez que afirma que sempre que tratarmos do controle de convencionalidade e do diálogo entre jurisdição, observa-se alguns desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos; entre tais desafios a autora menciona: a) promover a ampla ratificação dos tratados

⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU – Organização das Nações Unidas e da OEA – Organização dos Estados Americanos; b) fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica; c) fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade; d) fomentar programa de capacitação para que os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos; e) dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento; f) aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno; g) dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais. Assim, a autora observa claramente, como se depreende, a necessidade de fomento da cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade das normas jurídicas; o que implica na observação da compatibilidade das leis e atos jurídicos nacionais com os tratados internacionais de direitos humanos.⁷

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, o controle de convencionalidade “trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais com reflexos práticos no plano do seu direito interno”⁸. Em outras palavras, diz-se que por meio do controle de convencionalidade é que se adapta, se coaduna, o ordenamento jurídico pré-existente aos (novos) ditames jurídicos advindos por meio de tratados internacionais de direitos humanos, quer no nível constitucional quer no nível supralegal e infraconstitucional.

Mazzuoli propôs resolver a questão da convencionalidade das normas jurídicas por um interessante prisma: partindo do pressuposto que o Supremo Tribunal Federal já aceita de maneira pacífica a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e que dessa forma irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, a fortiori pode-se sustentar que eles formam uma dupla barreira de compatibilidade, abaixo da Constituição Federal, mas acima de todo o restante da pirâmide jurídica. Para o autor, “toda produção legislativa fica condicionada não apenas ao chamado controle de constitucionalidade, cujo paradigma de controle é a Constituição; mas também a um segundo tipo de fiscalização, “complementar e coadjuvante (jamais subsidiário)”, denominado por este como controle de convencionalidade vez que deriva das convenções internacionais, tendo

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2012. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 209.

como paradigma de controle os tratados internacionais. No entendimento do autor, o Supremo Tribunal Federal em decisão histórica de 2008⁹ afirmou competir aos juízes e Tribunais o dever constitucional “de atuar na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana”, trazendo uma efetividade aos direitos previstos em tratados internacionais; havendo aqui uma missão social e politicamente mais importante e sensível que se impõe a eles.¹⁰

Assim, pode-se afirmar que o controle de convencionalidade vem a ser, de forma sucinta, a comparação no que diz respeito a compatibilidade vertical de leis e atos normativos às normas jurídicas de direitos humanos, que se encontram tanto em nível constitucional como em nível supralegal e infraconstitucional.

3.1 DA DECLARAÇÃO DE INCONVENCIONALIDADE DA NORMA JURÍDICA

A declaração de inconvencionalidade da norma jurídica, assim como qualquer outra declaração de invalidade da norma jurídica, deve ser realizada pelo Poder Judiciário.

Muito embora ainda não haja regulamentação expressa em lei para a realização deste novato tipo de controle normativo, entende-se que este pode, na verdade deve, ser realizado aos moldes do controle de constitucionalidade; ou seja, tanto pelo modelo difuso, em que qualquer juiz singular pode declarar, ainda que de ofício, tal inconvencionalidade, como também pelo modelo concentrado, em que o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a norma jurídica inconvencional por meio das ações cabíveis.

Desta forma, clara é a responsabilidade do Poder Judiciário em observar a inconvencionalidade das normas jurídicas infra-convencionais para que seja possível a efetivação dos Direitos Humanos nas ações judiciais envolvendo o tema.

⁹ Esta tese da supralegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos surgiu no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, ocorrido em 29 de março de 2000, pelo voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, que aventou pela primeira vez a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem documentos supralegais.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 209.

3.2 DA INCONVENCIONALIDADE POR SUPERVENIÊNCIA

Antes de adentrarmos ao tema central da inconvencionalidade superveniente, faz-se necessário lembrar alguns aspectos similares do controle de constitucionalidade. Assim, cumpre lembrar que no controle de constitucionalidade observamos a inconstitucionalidade superveniente quando determinada lei ou ato normativo surge no ordenamento jurídico compatível com a Constituição Federal, sendo que a desconformidade surge tão somente mais tarde, quer diante de uma nova Constituição Federal; quer diante de uma alteração do Texto Constitucional por meio de emenda constitucional; quer diante da mudança na interpretação normativa. A primeira hipótese acima mencionada vem sendo denominada pela doutrina por “não-recepção”, já as demais hipóteses devem ter sua inconstitucionalidade superveniente reconhecida pelo Poder Judiciário¹¹. Situação análoga também é observada com a caducidade do ato administrativo, que nada mais é do que a constatação de ilegalidade superveniente, em que, depois que o ato administrativo é praticado de forma legal, ocorre o surgimento de norma jurídica superior que “torna inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”¹².

Por similaridade a estes institutos jurídicos já consagrados no Direito pátrio, podemos observar a inconvencionalidade superveniente em decorrência da realização do controle de convencionalidade. Tal situação confirma-se quando uma lei ou ato normativo entra no ordenamento jurídico de forma compatível com os tratados internacionais de direitos humanos e, posteriormente, torna-se inconveniente diante de uma inovação jurídica advinda por meio de novo tratado internacional de direitos humanos. Assim, as normas anteriores, agora contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, perdem sua aplicabilidade e eficácia de imediato.

Este é um aspecto relevante no cenário brasileiro atual, tanto jurídico como social, em que há uma necessária e urgente pressa na efetivação dos direitos humanos. Em síntese, por se tratar de norma jurídica originada de tratado internacional de direitos humanos com status de norma constitucional, vez que adentrou ao ordenamento jurídico de forma equivalente às normas constitucionais, ou de norma jurídica supralegal e

¹¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 99.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.436-438.

infraconstitucional, se adentrou ao ordenamento jurídico em data anterior a Emenda Constitucional nº 45/2004, fica claro que as normas de direito interno, anteriores a estas novas normas de direitos humanos, terão agora que se adequar à estas, vez que as normas legais devem, sempre, estar adequadas ao disposto nas normas jurídicas superiores, sob pena de serem consideradas incompatíveis com o ordenamento jurídico.

E esta nova possibilidade jurídica de inconveniência superveniente de norma jurídica ocorreu pela primeira vez no Direito brasileiro quando do confronto da LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social com as normas jurídicas de direitos humanos advindas com a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Situação esta de inconveniência superveniente que será analisada a partir daqui.

3.3 ACERCA DA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA NORMA LEGAL DIANTE DA INCONVENIÊNCIA POR SUPERVENIÊNCIA

A necessidade de adequação legislativa, de uma forma geral, surge diante da alteração das normas jurídicas superiores hierarquicamente, como no caso de a Constituição Federal ser alterada por meio de emenda constitucional de forma a tornar inconstitucional norma legal, bem como no caso de lei ser alterada de forma a tornar ilegais atos administrativos. André Puccinelli Júnior muito bem esclarece sobre esta real necessidade de atualização legislativa ao afirmar que “tanto a inobservância do dever geral de adequação legislativa quanto a caracterização do vácuo jurídico, frustrando a aplicação da Lei Fundamental, reclamam a emergência de uma dogmática emancipatória, capaz de outorgar máxima efetividade aos preceitos constitucionais e que não tenha receio de empunhar, de forma consequente, a bandeira da dignidade da pessoa humana¹³.”

No que diz respeito à necessidade de adequação legislativa diante da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos, observamos tal necessidade quando um tratado internacional de direitos humanos torna inconveniente normas legais e até atos administrativos já existentes. Nesta hipótese deve, o Poder Público responsável pela norma jurídica inconveniente de forma superveniente, rever seus atos administrativos de forma a adequá-la, bem como deve o Poder Legislativo tomar

¹³ JÚNIOR, André Puccinelli. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

iniciativa de adequar toda a legislação que se tornou inconveniente também de forma superveniente.

Portanto, podemos aqui observar claramente que a necessidade de adequar a legislação existente diante da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos significa numa tradução da efetividade dos direitos humanos à sociedade. Inconcebível é a possibilidade de celebrarmos, e ratificarmos, um tratado internacional de direitos humanos sem que haja qualquer adequação da legislação interna que possibilite a efetivação destes direitos humanos.

4 A NÃO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA PELO ESTADO BRASILEIRO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DA NÃO ATUALIZAÇÃO DA LOAS

Ao longo das últimas décadas observamos uma situação clara de não efetivação da justiça às pessoas com deficiência no Brasil diante da divergência do conceito legal de quem teria direito à assistência social por parte do Estado brasileiro.

Antes de adentrar a esta questão central, cumpre lembrar que ao longo da História, a legislação brasileira adotou diversos termos para designar as pessoas com deficiência, sendo que o primeiro termo a ser adotado foi o “excepcional”, utilizado na Emenda Constitucional de 1969, e que traz uma ideia mais ligada à deficiência mental. Já o segundo termo adotado foi “deficiente”, que já traz uma ideia ligada a certa deficiência da pessoa. E o terceiro termo a ser adotado foi “pessoas portadoras de deficiência”, que traz uma ideia reducionista quanto ao estigma da deficiência existente, passando a ser utilizado de forma corrente pela legislação e pela sociedade de forma geral ao longo dos anos.

A Constituição Federal confirmou a nomenclatura utilizada à época prevendo em alguns de seus artigos a proteção às “pessoas portadoras de deficiência”, como em seu art. 7º, inciso XXXI, que prevê vedação a qualquer tipo de discriminação no que se refere a salários e critérios de admissão para o “portador de deficiência”¹⁴. Mais adiante na Constituição Federal encontramos novamente o termo “portador de deficiência”, agora

¹⁴ Constituição Federal: Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem melhoria de sua condição social;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

quando da divisão das competências administrativas entre os entes federados; mais precisamente no art. 23¹⁵.

Logo em seguida, no art. 24, ainda tratando da divisão de competências, mas desta vez atribuindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”¹⁶.

A despeito de a atual Constituição Federal adotar a nomenclatura “pessoas portadoras de deficiência” em seu texto, a nomenclatura sofreu diversas alterações nas últimas décadas, como veremos.

No ano de 1993 foi publicada a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742/1993, que foi regulamentada por sucessivos decretos, como o Decreto nº 3.048/1999, o Decreto nº 6.214/2007 e o Decreto nº 7.788/2012. Tal lei federal, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, afirma logo em seu art. 1º, que 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.

A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS traz importantes objetivos a serem observados quando da prestação da assistência social aos necessitados, por parte da Administração Pública. Tais objetivos, que estão previstos no art. 2º¹⁷, são: i) a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice¹⁸; b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes¹⁹; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho²⁰; d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária²¹; e e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem

¹⁵ Constituição Federal: Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

¹⁶ Constituição Federal: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

¹⁷ Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011.

¹⁸ Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011.

não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família²²; ii) a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos²³; e iii) a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Além dos objetivos supramencionados, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS também prevê princípios que deverão servir como um norte à prestação da assistência social. Tais princípios, que estão no art. 4º, dizem que a assistência social deverá ser regida por alguns princípios, como

- I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
- II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
- III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
- IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;
- V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

E, além dos objetivos e dos princípios, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS ainda traz algumas diretrizes a serem observadas pela Administração Pública quando da organização da assistência social; tais diretrizes são

- I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo;
- II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis;
- III - primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

No que diz respeito ao conceito de pessoa com deficiência na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, é de se observar a sua evolução histórica legislativa até chegar ao atual conceito.

²² *Idem.*

²³ *Ibidem.*

Quando da publicação da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, no ano de 1993, havia o conceito de pessoa com deficiência, para efeitos de concessão de benefício assistencialista, como sendo “aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente”²⁴. Como se depreende em análise do conceito acima, a inatividade profissional da pessoa com deficiência aparece como um dos requisitos primordiais para concessão e manutenção do benefício da assistência social.

Em 2007 entrou em vigor o Decreto nº 6.214 regulamentando “o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso” tratado na Lei nº 8.742/93; em tal decreto foram incluídos parâmetros para a concessão da prestação continuada para a pessoa com deficiência

Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001.

§ 1º A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social.

§ 2º A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

§ 3º As avaliações de que trata o § 1º serão realizadas, respectivamente, pela perícia médica e pelo serviço social do INSS.

Em 30 de março de 2007, em Nova York, o Brasil celebrou junto à Organização das Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que veio a ser ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009, sendo este o primeiro tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil pela regra do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, que elevou tais tratados internacionais de direitos humanos ao nível constitucional.

De acordo com tal Convenção

Art. 1º

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

²⁴ Tal conceito estava disposto de forma originária no art. 20 § 2º da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

No ano de 2011 um novo conceito de pessoa com deficiência foi incluído na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS por meio da Lei nº 12.435/2011, mas ainda não para efetivar as normas internacionais advindas por meio do tratado internacional de direitos humanos celebrado junto à ONU, mas para restringir o acesso à concessão de benefício assistencialista, como observaremos.

Com a Lei nº 12.435/2011 o conceito de pessoa com deficiência passou a ser “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Além do novo conceito para pessoas com deficiência, a Lei nº 12.435/2011 trouxe um conceito para impedimentos de longo prazo, como sendo “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”.

Como se observa, o novo conceito trazido pela Lei nº 12.435/2011 ao invés de possibilitar um maior acesso ao benefício assistencialista às pessoas com deficiência acabou por restringir ainda mais tal acesso vez que o conceito legal passou a ser mais rígido.

O conceito trazido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, supracitado, apenas foi inserido em nosso ordenamento jurídico quando da publicação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência²⁵, que entrou em vigor cento e oitenta dias após a publicação, ocorrida em 06 de julho de 2015. Assim, o disposto no § 2º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS passou a ter a seguinte redação com o advento da Lei nº 13.146/2015

Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Como se observa da análise do até aqui redigido, este atual conceito não surgiu apenas em 2015 para o Direito brasileiro, mas sim aproximadamente oito anos antes.

Diante de tudo que foi exposto ao longo do presente estudo, é de observar a inconveniência superveniente ocorrida na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS

²⁵ Lei nº 13.146/2015.

no ano de 2009, quando da ratificação pelo Brasil, por meio do Decreto nº 6.949/2009, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. No momento em que o Brasil ratifica tratado internacional de direitos humanos, este passa a adentrar ao ordenamento jurídico pátrio com status de norma constitucional, com hierarquia normativa sobre as leis, como já comentado anteriormente; o que implica dizer que qualquer norma infraconvencional que esteja redigida em sentido contrário deixa de poder produzir seus efeitos por ter se tornado inconvenicional.

E mais. Mesmo diante da clara situação de inconvenicionalidade superveniente da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, o Estado brasileiro permaneceu a recusar pedidos de concessão de benefício assistencialista utilizando-se de norma jurídica não mais aplicável.

Desta forma, pode-se observar uma evolução no conceito de pessoa com deficiência ao longo da legislação brasileira, passando do conceito legal de ser “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho” para serem “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

5 CONCLUSÃO

Constata-se, portanto, a inconvenicionalidade superveniente sempre que alguma lei ou ato normativo, surgida de forma convencional dentro do ordenamento jurídico, tornar-se incompatível diante da inovação jurídica trazida por meio de tratado internacional de direitos humanos; em outras palavras, a lei ou ato normativo transforma-se em inconvenicional em momento posterior à sua publicação; exatamente o que ocorreu com a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS diante da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Como dito anteriormente, o controle de convencionalidade deverá ser realizado como um filtro de efetividade das normas jurídicas situadas em posição hierárquica inferior às normas jurídicas previstas em tratados internacionais de direitos humanos; ou seja, o controle de convencionalidade apareceu no cenário jurídico nacional posteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 como uma espécie de filtro de observação da

compatibilidade normativa diante dos direitos humanos. A inconveniência superveniente das normas jurídicas já existentes no ordenamento jurídico pressupõe sistema democrático de direito, em que os direitos humanos devem pautar não só o Direito como também a sociedade de forma a abarcar princípios especiais como o da dignidade da pessoa humana.

Impossível é a realização de um controle de convencionalidade em estados totalitários diante do fato de não haver, ali, um estado democrático de direito em que os direitos humanos estão previstos expressamente na ordem jurídica. Nos estados democráticos, em que os direitos humanos vêm passando por uma valorização no decorrer das últimas décadas, observa-se que tal valorização passa necessariamente por uma efetivação dos direitos humanos; e isto traduz-se numa preocupação latente na propagação de políticas públicas eficientes para a concretização dos direitos humanos. Não bastando mais a previsão normativa dos direitos humanos, observa-se um pleito pela efetividade dos direitos humanos.

No que diz respeito ao controle de convencionalidade este deverá ser realizado nos moldes do controle de constitucionalidade, mas tendo como parâmetro as normas jurídicas previstas em tratados internacionais de direitos humanos. Isto significa dizer que tanto o Poder Legislativo pode fazer tal controle de forma prévia, em meio ao trâmite do processo legislativo, bem como o Poder Judiciário pode realizá-lo de forma posterior nas modalidades difusa e concentrada.

Assim, a inconveniência superveniente deve ser observada pelo Poder Judiciário quando, em meio à realização do controle de convencionalidade, observar que determinada lei ou ato normativo encontra-se em desacordo com os ditames dos direitos humanos.

E no caso específico da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, tal inconveniência superveniente, como demonstrada aqui, resultou na aplicação indevida de norma jurídica que não fazia mais parte do ordenamento jurídico pátrio por parte do Estado brasileiro, o que resultou numa clara não efetivação do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BRASIL. *Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742/1993*.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993
- CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMENTADA. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- JÚNIOR, André Puccinelli. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Ano IX, nº12. Março, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2010.
- PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. vol. 6, p. 211. Ago/2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.